

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Patrícia Soster Bortolotto

O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A OBRA DE CARL SCHMITT

Florianópolis/SC

2016

Patrícia Soster Bortolotto

O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A OBRA DE CARL SCHMITT

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

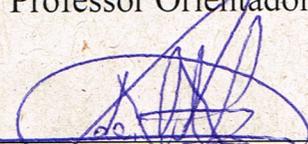
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O direito constitucional brasileiro e a obra de Carl Schmitt”, elaborado pela acadêmica Patrícia Soster Bortolotto, defendido em 12/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

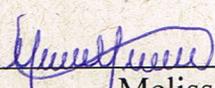
Florianópolis, 12 de julho de 2016.



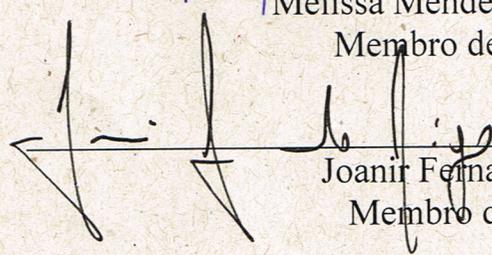
Jeanine Nicolazzi Philippi
Professor Orientador



Adailton Pires Costa
Membro de Banca



Melissa Mendes de Novais
Membro de Banca



Joanir Fernando Rigo
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Patrícia Soster Bortolotto

RG: 5550313-6

CPF: 075.326.569-93

Matrícula: 11100258

Título do TCC: O direito constitucional brasileiro e a obra de Carl Schmitt

Orientador(a):

Eu, Patricia Soster Bortolotto , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 12 de julho de 2016.

Assinatura manuscrita de Patrícia Soster Bortolotto em tinta preta.

Patrícia Soster Bortolotto

RESUMO

O pensamento jurídico autoritário, especialmente no século XX, merece ser estudado pela história do direito. Pesquisadores brasileiros já se dedicam a essa tarefa, analisando a atuação de juristas durante ditaduras, como Airton Seelaender. Como nos ensina esse autor, a pesquisa desse assunto se mostra importante por nos permitir verificar eventuais resquícios de ideologia autoritária nos discursos jurídicos da atualidade. Na presente pesquisa, o pensamento jurídico autoritário foi abordado através da perspectiva específica da história das ideias. Buscamos compreender o fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro, de 1930 a 1970. A hipótese central é a de que juristas brasileiros utilizaram ideias de Carl Schmitt para defender os regimes autoritários do Estado Novo e da ditadura militar. A fim de testar a hipótese, analisamos a obra e carreira de Francisco Campos – redator da Constituição outorgada de 1937, do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 e do Ato Institucional n. 2, de 1965. Em seguida, realizamos uma coleta de dados das citações feitas de Carl Schmitt nas principais obras de direito constitucional do período, de autoria de Araújo Castro, Pedro Calmon, Luis Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Themistocles Cavalcanti e Pontes de Miranda - não conseguimos acessar todas as obras referência do período, ficando, nossa análise, limitada, somente podendo oferecer resultados parciais. Nossa hipótese foi parcialmente confirmada com relação a Francisco Campos, pois o jurista utilizou ideias de Carl Schmitt tanto para defender regimes autoritários, quanto para defender ideias liberais (nos pareceres do período de redemocratização, com o fim do Estado Novo). Já na análise das obras de direito constitucional, a hipótese foi refutada, por não termos encontrado, na pesquisa de dados, citações de Carl Schmitt ligadas à defesa direta dos regimes autoritários brasileiros. Resultados interessantes foram obtidos, por termos verificado uma ampla recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro nos discursos de justificação e legitimação dos regimes autoritários, bem como na defesa de ideias liberais, dos direitos fundamentais e garantias constitucionais (fundamentadas na *Teria Constitucional*). Acreditamos estar seguindo no caminho de busca de maior compreensão do fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Carl Schmitt; recepção; direito constitucional; Estado Novo; ditadura militar; Francisco Campos.

ABSTRACT

Authoritarian juridical thought, especially in the 20th century, deserves to be studied by legal history. Brazilian researchers already dedicate themselves to this task, analyzing the performances of jurists during dictatorships, such as Airton Seelaender. According to this author, this kind of research is important, because it allows us to verify remnants of authoritarian ideology in current juridical speeches. In this research, the authoritarian juridical thought has been approached by the perspective of history of ideas. We have tried to comprehend the phenomenon of the reception of Carl Schmitt's ideas in Brazilian constitutional law, from 1930 to 1970. The main hypothesis is that Brazilian jurists have used Carl Schmitt's ideas justify to the authoritarian regimes of Estado Novo and military dictatorship. In order to test the hypothesis, we have analyzed Francisco Campos's works and career – who wrote the Constitution of 1937, the Institutional Act of April 9th of 1964, and the Institutional Act n. 2, from 1965. Later, we made a data collection of Carl Schmitt's quotations in the main constitutional law works of the period, whose authors were Araújo Castro, Pedro Calmon, Luis Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Themistocles Cavalcanti and Pontes de Miranda – we were not able to access all of the reference works of this period, due to this, our analysis is in certain ways limited, being able to provide only partial results. Our hypothesis has been partially confirmed in regards to Francisco Campos, because this jurist has used Schmitt's ideas both to support authoritarian regimes and to defend liberal ideas (in legal opinions written in the re-democratization period, post-Estado Novo). In the analysis of the constitutional law works, the hypothesis has been refuted, due to the fact that we have not found, in the collected data, quotations of Carl Schmitt directly linked to the justifications and legitimizations of the Brazilian authoritarian regimes. Interesting results have been reached, for us having found a wide reception of Carl Schmitt's ideas in Brazilian constitutional law in the speeches intended to provide justification and legitimization to authoritarian regimes, as well as in the writings that were intended to defend liberal ideas, fundamental rights and constitutional guarantees (based in the *Constitutional Theory*). We believe to be following a path towards the enhancement of the comprehension of Carl Schmitt's ideas' reception in Brazilian constitutional law.

Key-words: Carl Schmitt; reception; constitutional law; Estado Novo; military dictatorship; Francisco Campos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. A OBRA DE CARL SCHMITT	9
1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO – REPÚBLICA DE WEIMAR	10
1.2. A DITADURA (1921): DITADURA COMISSÁRIA E DITADURA SOBERANA ...	13
1.3. TEOLOGIA POLÍTICA (1922): SOBERANIA E DECISÃO	17
1.4. O CONCEITO DO POLÍTICO (1927): ESTADO TOTAL, DIFERENCIAÇÃO AMIGO E INIMIGO	20
1.5. TEORIA CONSTITUCIONAL (1928): CONCEITO POSITIVO DE CONSTITUIÇÃO, PODER CONSTITUINTE, ESTADO BURGUESES DE DIREITO	25
1.6. ATUAÇÃO DE CARL SCHMITT DURANTE O REGIME NAZISTA	40
2. A RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT POR FRANCISCO CAMPOS: UM CASO ESPECIAL	49
2.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1937: INSTAURAÇÃO DO ESTADO NOVO	51
2.2. O ESTADO NACIONAL	55
2.3. DIREITO CONSTITUCIONAL: O FRANCISCO CAMPOS PARECERISTA	62
2.4. OS ATOS INSTITUCIONAIS: INSTAURAÇÃO DA DITADURA MILITAR	83
2.5. SOBRE A RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT POR FRANCISCO CAMPOS	90
3. RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: 1930 A 1970	93
3.1. CARL SCHMITT COMO COMENTADOR DA REPÚBLICA DE WEIMAR	99
3.2. CARL SCHMITT COMO TEÓRICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO	101
3.3. CARL SCHMITT COMO TEÓRICO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E SUAS DECORRÊNCIAS	105
3.4. CARL SCHMITT COMO UM EXPOSITOR DO TEMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	112
3.5. CARL SCHMITT COMO EXPOSITOR DO TEMA FEDERALISMO	116
3.6. CARL SCHMITT COMO DEFENSOR DO LEGISLADOR COMO DESTINATÁRIO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI	122
3.7. CARL SCHMITT COMO TEÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	122
3.8. CARL SCHMITT COMO ANALISTA DO PARLAMENTARISMO E DA DEMOCRACIA.....	129

3.9. SOBRE A RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT PELOS CONSTITUCIONALISTAS	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico autoritário, especialmente no século XX, que teve por função fornecer suporte jurídico a regimes que perpetravam as mais diversas violações à liberdade e direitos humanos, merece ser estudado pela perspectiva da história do direito. Conformava-se o direito à vontade dos ditadores, ao arrepio dos valores democráticos e dos direitos conquistados nas revoluções modernas. Defesa do arbítrio do Chefe do Poder Executivo, adequação do direito à ideologia do partido nacional socialista – estas foram algumas das contribuições de juristas na experiência totalitária alemã. É certo que, com o advento de tais regimes autoritários, não faltaram juristas dispostos a colaborar nessa tarefa de legitimação.

Airton Seelaender, no artigo intitulado *Juristas e Ditaduras: uma leitura brasileira*, defende a importância, inclusive para a atualidade, de se analisar a trajetória do pensamento de juristas e ditaduras:

A análise da trajetória e do pensamento dos juristas pró-ditadura é tanto mais necessária, por ser imprescindível para a compreensão da base ideológica de boa parte da literatura jurídica ainda hoje utilizada no ensino e no foro. A participação de muitos juristas, ainda que passageira, em regimes ou movimentos políticos de inspiração autoritária, contribuiu para a ocorrência de transformações no campo doutrinário, como a adoção de novos temas e teorias. Sob a influência direta ou indireta de tal participação, conceitos foram criados, recriados e reformulados, não raro como uma arma ideológica na luta contra o pensamento jurídico liberal. O universo dos argumentos jurídicos foi alterado, alterando-se também o campo dos possíveis “atos de fala” no jogo do discurso jurídico. (2012, p. 416).

Na presente pesquisa, nos propomos a analisar juristas e regimes autoritários, mas com uma pequena diferença, na medida em que partiremos da perspectiva da recepção das ideias. O autor recepcionado, para tal análise, é Carl Schmitt – jurista de notória participação na defesa do nazismo, no seu período inicial.

Assim, buscaremos compreender o fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro, de 1930 a 1970. Tal recorte temporal foi realizado, em específico, por ser esse período da história constitucional brasileira marcado pela alternância de governos autoritários e democráticos e pela continuidade de um projeto: a criação de um Estado Nacional nos moldes do desenvolvimentismo capitalista, iniciado por Getúlio Vargas.

A nossa hipótese central é a de que as ideias de Carl Schmitt foram utilizadas por juristas brasileiros para defender os governos autoritários do Estado Novo e da ditadura militar. Escolhemos, como campo de análise, o direito constitucional, por ser nesta área do direito que se encontram as justificativas jurídicas e políticas dos regimes existentes. Compreendendo a

postura dos constitucionalistas perante estes governos, poderemos identificar a sua eventual colaboração com regimes autoritários.

A perspectiva metodológica adotada nessa pesquisa será a da história das ideias, nos moldes dados por Quentin Skinner. É nosso dever mencionar que acompanharemos o método de pesquisa de Skinner não na integralidade da pesquisa, mas apenas na parte com ela compatível – nomeadamente, no primeiro e segundo capítulos.

Em síntese, o Quentin Skinner defende que ao se estudar um texto, deve-se buscar compreender o conteúdo deste, e também a intenção do autor ao escrever aquele determinado texto, dentro do contexto histórico da sua criação (2013, p. 79). Especialmente aplicável à nossa pesquisa é a ressalva feita por Skinner acerca da *mitologia da coerência*. O autor atenta para a possibilidade de escritores clássicos não serem totalmente consistentes, falhando em dar sistematicidade a seus pensamentos (SKINNER, 2013, p. 67). Assim, não seria tarefa do historiador resolver tais antinomias, mas levá-las em consideração em sua análise. Ao se estudar juristas em períodos autoritários, tal consideração nos parece muito acertada.

Além da perspectiva metodológica de Skinner, será também utilizado o método historiográfico de António Manuel Hespanha.¹ Para Hespanha: a) ao se pesquisar em história do direito, deve-se ter forte consciência metodológica; b) a história não possui um desenvolvimento necessariamente linear, progressivo; c) as fontes devem ser lidas de maneira densa, sendo buscado o sentido original dos textos, respeitando sua própria lógica; d) não há um conhecimento verdadeiro do passado, pois a história é construção e reconstrução de historiadores.

Seguindo nessa linha, em um primeiro momento, buscaremos compreender a obra do próprio Carl Schmitt, situando-a em seu contexto histórico – a saber, Alemanha do final da República de Weimar e início terceiro *Reich* (1921-1936). Essa tarefa é especialmente importante, por se tratar de um jurista como Carl Schmitt, de trajetória de carreira controversa. Já na República de Weimar, defendia ideias frequentemente classificadas como antiliberais, antidemocráticas e autoritárias. Assim, quando do advento do regime nacional socialista, tais ideias foram bem recebidas. Já no início do regime totalitário alemão, o jurista Carl Schmitt se destacou na sua defesa. O registro de tal contribuição se encontra nos seus textos: *O Führer*

¹HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. 1. ed. 1. reimpr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

protege o direito; Lei para remediar a aflição do povo e do Reich; Estado, movimento, povo; dentre outros. Além disso, Schmitt atuou diretamente na administração nazista, como Conselheiro de Estado da Prússia, em 1933. Passou, ainda, a ocupar o cargo de editor do *Deutsche Juristen-Zeitung*, a lecionar na Universidade de Berlim. Apesar disso, no ano de 1936 começou a se afastar dessas atividades colaborativas com o governo nazista, mantendo apenas sua cátedra na Universidade.

Dedicaremos o nosso primeiro capítulo ao estudo da obra de Carl Schmitt. Como o objetivo da presente pesquisa é buscar compreender como as ideias do jurista alemão foram recepcionadas no direito constitucional brasileiro, analisamos apenas as suas principais obras mencionadas: *A Ditadura*, *Teologia Política*, *O Conceito do Político*, e *Teoria Constitucional*. Organizamos os conceitos de Carl Schmitt por obra publicada, por entender ser esta abordagem a mais apropriada para a análise. Percebemos a obra de Carl Schmitt não como um todo coerente, sistemático, mas como um conjunto de textos que, por vezes se complementam, outras vezes se afastam, dependendo da intenção do autor com a publicação de cada texto. Naturalmente, serão feitas as contextualizações necessárias para a melhor compreensão das obras.

Há importantes pesquisas demonstrando relações entre as ideias de Carl Schmitt e as do jurista brasileiro Francisco Campos – como as de Vamireh Chacon, Gilberto Bercovici, Airton Seelaender, Leonardo Barbosa. Francisco Campos foi Ministro da Justiça no Estado Novo de Getúlio Vargas, tendo redigido a Constituição outorgada de 10 de novembro de 1937. Francisco Campos teve, ainda, importante atuação na ditadura militar brasileira, redigindo o Ato Institucional de 9 de abril de 1964 e o de número 2 – em coautoria com Carlos Medeiros Silva. Contudo, devemos levar em consideração o dado de que a carreira de Campos não foi sempre linear. Entre o fim do Estado Novo e o início da ditadura militar, no período de redemocratização do Brasil – com promulgação da Constituição de 1946 –, bem soube Francisco Campos se adaptar,² passando de defensor de um regime autoritário e intervencionista para patrono das liberdades dos indivíduos e das garantias constitucionais. Tal mudança de perspectiva de Campos se encontra registrada no seu livro *Direito Constitucional*, onde estão reunidos diversos pareceres proferidos à época. Essa nuance da carreira de Francisco

² A categorização de Francisco Campos como jurista adaptável realizada por Airton Seelaender e Alexander de Castro, na obra acima referenciada.

Campos será levada em consideração na análise da recepção das ideias de Carl Schmitt em sua obra – constante do segundo capítulo da presente monografia.

No terceiro capítulo da monografia, adotaremos um método de pesquisa que se afasta um pouco do até então adotado, pois realizaremos uma coleta de dados das citações de Carl Schmitt (menções expressas) nas obras dos constitucionalistas brasileiros, no período compreendido entre 1930-1970. Para tal análise, selecionamos as obras dos principais constitucionalistas do período: Araújo Castro, Pedro Calmon, Luis Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Incluímos, ainda, as obras de Pontes de Miranda e Themistocles Cavalcanti, pela sua relevância no direito constitucional brasileiro – apesar de tais autores não se dedicarem exclusivamente a esta área. Precisamos alertar que não conseguimos obter acesso à integralidade das obras relevantes dos autores acima referidos, da mesma forma que reconhecemos a ausência de tantos outros constitucionalistas que não foram objeto da nossa análise, como João Barbalho. Certamente a análise que fizemos no terceiro capítulo não é exaustiva, por isso são apenas parciais os resultados sobre a recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro. Contudo, mesmo com tais dificuldades, acreditamos que essa análise limitada oferecerá dados importantes para a compreensão da recepção de Carl Schmitt pelos constitucionalistas brasileiros.

Feitas as considerações iniciais, passemos à análise da obra de Carl Schmitt.

1. A OBRA DE CARL SCHMITT

Antes de adentrar no conteúdo deste primeiro capítulo, cabe-nos realizar alguns comentários de ordem metodológica.

Nesse primeiro capítulo, não será possível abarcar toda a obra teórica de Carl Schmitt. A presente monografia não disporá de tamanho fôlego. Abordaremos, apenas, as ideias de Carl Schmitt que foram recepcionadas pelos constitucionalistas brasileiros – as quais correspondem às contidas em suas obras publicadas na República de Weimar (*A Ditadura, Teologia Política, O Conceito do Político, Teoria Constitucional*). Este foi o critério utilizado para a seleção dos tópicos deste capítulo. Nesta primeira parte da pesquisa, será feita uma abordagem mais descritiva do pensamento de Schmitt, tentando-se, tanto quanto possível, manter o sentido original das posições do autor. Tal análise nos permitirá, no segundo capítulo, verificar se os constitucionalistas brasileiros, ao recepcionarem as ideias de Schmitt, teriam se mantido fieis às definições originais de Schmitt, ou se as teriam adaptado. Ao mesmo tempo, buscaremos verificar quais as intenções por detrás da utilização do pensamento de Schmitt pelos constitucionalistas brasileiros – dessa maneira, colocaremos à prova a hipótese central de que esses juristas recepcionaram as ideias de Schmitt para justificar medidas de governos autoritários (Estado Novo e ditadura militar). Naturalmente, serão também realizadas as contextualizações necessárias para a melhor compreensão dos textos.

Outro ponto importante, que não poderíamos deixar de mencionar, se refere à estrutura deste primeiro capítulo. Organizamos os conceitos de Carl Schmitt por obra publicada. Estamos cientes de que os conceitos principais do autor se conectam por entre suas obras, sendo possível a realização de interpretações que buscam unidade no pensamento teórico. Contudo, não acreditamos que esta abordagem seja a mais adequada para estudar este jurista em específico. Justificamos tal afirmação, pois, como se sabe, Carl Schmitt foi um pensador que, durante os anos iniciais do regime nazista, produziu publicação reativa a acontecimentos políticos, justificando-os em favor do partido do governo. Além disso, como afirma Bernd Rüthers, o pensamento de Schmitt pode ser dividido em três diferentes fases:

Quien desee comprender a SCHMITT tiene que leer la obra total de este autor. Sus escritos se clasifican en tres partes claramente diferenciadas, o sea:

- Sus escritos anteriores a 1933, que constituyen hasta hoy la base de su conocimiento internacional –sobre todo en los países románicos;
- Sus fervorosas actividades literarias a favor del régimen nazi entre 1933 y 1936, así como entre 1937 y 1944, sobre dos diferentes temáticas;

- Sus comparativamente pocas contribuciones después de 1945, escritas en parte con seudónimo, siempre muy apreciadas y que fueron redactadas en su pueblo natal Plettenberg, en la provincia de Sauerland, en donde él, despojado de la condición de profesor y destituido de todos los cargos, se sintió desterrado en analogía con MAQUIAVELO y bautizó “modestamente” su cabaña, en uno de los múltiples paralelos históricos que escogió, “San Casiano”. (RÜTHERS,s/d, p. 54).

Percebemos a obra de Carl Schmitt não como um todo coerente, sistemático, mas como um conjunto de textos que, por vezes se complementam, por vezes se afastam, dependendo da intenção do autor com a publicação de cada texto. Por esse motivo, escolhemos analisar as ideias de Schmitt obra por obra.

Dessa maneira, começaremos este capítulo por abordar o período histórico da República de Weimar, para contextualizar a carreira de Carl Schmitt nessa época e suas obras acadêmicas. Em seguida, analisaremos, com mais vagar, os elementos principais da teoria constitucional de Carl Schmitt. Os conceitos elencados, aqui estão pelo motivo de terem sido objeto da posterior recepção pelos constitucionalistas brasileiros. Nesse sentido foi feita, então, a delimitação dos conceitos da obra de Carl Schmitt. Por fim, faremos uma breve exposição da atuação de Carl Schmitt durante o terceiro *Reich*.

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO – REPÚBLICA DE WEIMAR

As obras analisadas neste capítulo, em sua maioria, foram escritas por Carl Schmitt durante a República de Weimar. Por essa razão, acreditamos ser interessante realizar uma contextualização, abordando, mesmo que brevemente, este período histórico.

Após o término da primeira guerra mundial foi criado um novo arranjo político no qual a Alemanha vencida teve os termos da sua derrota determinados pelo Tratado de Versalhes.³ A República de Weimar foi também fruto da revolução de novembro de 1918, a qual pôs fim à

³Sobre o Tratado de Versalhes, comenta Michael Stolleis:

The Versailles Treaty that was signed on 28 June 1919, after intense domestic political debates, did mark the end of the world war in terms of international law, but not the real end of its oppressive burdens. The hoped-for agreement with the wartime enemies on the level of self-determination and equality that would be accorded Germany had failed. The Treaty was in fact a diktat. It excluded Germany from the newly created League of Nations (Part 1), fixed in writing the territorial changes along the borders with Belgium, France, Denmark, Poland, and Czechoslovakia, and prohibited the annexation of Austria (Parts II, III). Its colonies were placed under the authority of the League of Nations (Part IV), Germany was demilitarized (Part V) and was forced to pay reparations of undetermined size (Part VIII). The moral basis of all of these provisions was the ‘war guilt’ clause (Article 231). It is enough to recall these key words to understand just how deeply public opinion in Germany had to be traumatized by this document. (2008, p. 60).

monarquia até então existente na Alemanha e instaurou uma democracia, tornando o povo o detentor da soberania.⁴

Em 14 de agosto de 1919 a Constituição de Weimar entrou em vigor. Sua base era democrática, tendo sido criada por uma Assembleia Nacional Constituinte eleita pelo povo alemão. Michael Stolleis analisa o processo de elaboração desse texto constitucional:

Now, in the critical phase leading up to the adoption of the constitution, with a new law on suffrage, the election itself (19 January 1919), and the convocation of the National Assembly in Weimar, interest in constitutional questions rose dramatically.[...] A provisional Reich authority was installed, a Reich president was elected. A new Reich government was formed, a budget was passed, and the *Reichswehr* was given its temporary structure—in short, the still unified, constitution-creating and law-giving authority laid down the foundation. [...] The first draft (I) called for a ‘decentralized unitary state’ with fourteen individual German *Länder* and two Austrian *Länder*, and dispensed with a more broadly conceived catalogue of basic rights as well as a regulation of the relationship between state and church. A Supreme Court was provided to adjudicate institutional complaints (*Organklagen*) and disputes between the Reich and the *Länder*. When a revised version of this concept was published as Draft II in the *Reichsanzeiger* on 20 January 1919, the catalogue of basic rights had been noticeably expanded, the autonomy of the churches had been secured, and, above all, the explosive reorganization proposals had been toned down. [...] Once the preparatory *Länder* Commission and the Committee of States (*Staatenausschuß*) had turned the unitarian model back into a federal one and the survival of Prussia had been guaranteed, Kaufmann expressed greater satisfaction [...] On other issues the Reich government’s Preuß-dominated blueprint and the counter-proposal worked out by Heinrich Triepel, Friedrich Lusensky, Erich Kaufmann, and others, were in agreement: for instance, to keep the offices of chancellor and president separate and to give the president his own basis of legitimacy by popular election. This construction of a quasi-monarchic counterweight to the parliament was not only in line with the then-prevailing notion of the ‘nature’ of a parliamentary form of government, it also attests to a general distrust of parties and to the continuing tradition of monarchy. The hope was that the ‘*Ersatzkaiser*’ chosen by the people would rise above the parties, lead and represent the state, and thus stand ready in crisis situations with the help of his veto power and the right to pass emergency decrees. (2008, p. 53-59).

Como afirma Stolleis, a Constituição de Weimar foi vista como um *compromise*. Não conseguiu agradar a todos, pois teve de abarcar diversas tendências políticas divergentes. Os

⁴Michael Stolleis aborda a questão da revolução de 1818 e suas consequências:

The revolution itself, which certainly deserves that name even though basic elements of the German Empire of 1871 remained intact, posed an extraordinary challenge to the theory of the state and to state law. Everything had to be reconsidered: the ‘law-creating power of the revolution’, the continuity of the Empire of 1871, the structure and interplay of the traditional institutions in the Empire and the *Länder*, the system of parties, the relationship between state and society, the basic civic rights. The disappearance of the monarchies, in particular, had destroyed the intellectual reference point and the internal legitimization of many institutions oriented toward constitutional monarchy. The dualistic conception of the constitutional monarchy had rested on the notion of the balance of competing legitimacies. In the revolutionary transition to the sovereignty of the people, all weights and counterweights had to be newly assessed, indeed, they had to be given form in the first place through the process of creating a constitution. (2008, p. 47).

juristas, apesar de, eventualmente, desgostarem do texto constitucional em suas convicções internas, o aceitaram como norma constitucional vigente.⁵

A República de Weimar representou um período de instabilidade na Alemanha, por diversos fatores. O sentimento nacionalista alemão estava abalado pelas disposições do Tratado de Versalhes, uma crise econômica severa abateu a Alemanha e parte da população se sentia insatisfeita com o sistema da democracia parlamentar – uns preferindo a monarquia; outros, o socialismo. Michael Stolleis expõe essa situação desconfortável da Alemanha durante a República de Weimar, na seguinte passagem:

November revolution, Weimar Constitution, Versailles Treaty: nearly everything that aroused the passions in German state law and international law during the Weimar period revolved around these three issues. Concretely, we are talking about the end of the monarchies and thus also of the supreme ecclesiastical authority of Protestant regional sovereigns, of the transition to parliamentary democracy and the ‘party state’, and of the humiliation of the nation at the hands of the victorious powers. The ‘November revolution’ and ‘Versailles’ remained traumatic experiences that could not be absorbed and digested in only a few short years. Added to this was the fact that jurists with a predominantly bourgeois disposition experienced the new republic as insecure and unpleasant. The inflation of 1923 threatened the material resources of life, there were coup attempts and strikes, the number of political crimes was high, and governments turned over rapidly. Parliamentarianism remained unloved, especially the ‘party squabbling’. Cultural life was hectic and not to everyone’s liking. And the fact that the social democrats were governing Prussia, still the dominant state in the Empire, was noted by the average university teacher with some displeasure, even as they had to recognize the stability this produced. (2008, p. 45).

Aliada a essa situação instabilidade, existia a previsão de poderes, conferidos ao presidente do *Reich* no art. 48 da Constituição de Weimar,⁶ de decretar situação de emergência, governando por decretos. Giorgio Agambem comenta que durante quase toda a duração da República de Weimar foi instaurado um estado de exceção:

Os governos da República, a começar pelo de Brüning, fizeram uso continuado – com uma relativa pausa entre 1925 e 1929 – do art. 48, declarando o estado de exceção e promulgando decretos de urgência em mais de 250 ocasiões; serviram-se dele particularmente para prender milhares de militantes comunistas e para instituir tribunais especiais habilitados a decretar condenações à pena de morte. Em várias oportunidades, especialmente em outubro de 1923, o governo usou o art. 48 para

⁵Stolleis comenta essa situação:

Against this backdrop, it might appear contradictory that the constitution itself and the legal order it entailed was overwhelmingly accepted and commented upon by scholars of public law. Evidently it was possible for the pressure of political discontent and unhappiness to exist alongside professional work. The emotional side might express itself in the newspaper articles on the Kaiser’s birthday, in speeches on constitution day, or in disparaging remarks about the Republic during lectures. But that didn’t prevent individuals who voiced such sentiments from accepting the established law as such, whether or not they deluded themselves with the illusion of their own objectivity when it came to interpreting it. (2008, p. 46).

⁶ Disposição do art. 48 da Constituição de Weimar, contida na obra de Giorgio Agambem:

Se, no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente [*erheblich*] conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais [*Grundrechte*], estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. (2004, p. 28).

enfrentar a queda do marco, confirmando a tendência moderna de fazer coincidirem emergência político-militar e crise econômica. Sabe-se que os últimos anos da República de Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção; menos evidente é a constatação de que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder se o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando. (2004, p. 28-29).

Parece-nos até normal, portanto, que diante da situação de instabilidade vivida na República de Weimar, Carl Schmitt tivesse se dedicado a estudar a questão do Estado de Exceção – como afirma, no prefácio ao seu livro *A ditadura*, ser seu objetivo: estabelecer conexões sistemáticas e investigar um conceito central da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição (no caso, o conceito de ditadura). É também nesse contexto de debates de juristas de direito público sobre a nova Constituição, que Schmitt escreve a obra *Teoria Constitucional*, apresentando sua visão sobre essa nova ordem constitucional vigente – que representava uma grande mudança para a política alemã: a passagem da monarquia para a democracia.

Feita essa breve exposição do contexto histórico da República de Weimar, passamos à análise das obras de Carl Schmitt.

1.2. A DITADURA (1921): DITADURA COMISSÁRIA E DITADURA SOBERANA

Na obra *A Ditadura*, de 1921, Carl Schmitt apresenta relevante contribuição acadêmica. Realiza um estudo detalhado sobre o fenômeno da ditadura, com base na análise de pensamento de autores clássicos, buscando também referências históricas. A relevância desta obra reside na criação, por Schmitt, dos conceitos de ditadura comissária e ditadura soberana. Gilberto Bercovici sintetiza, de maneira clara, tais conceitos elaborados por Schmitt:

A ditadura comissária suspende a constituição para protegê-la em sua existência concreta. A ação do ditador deve criar uma situação normal na qual o direito possa valer. A constituição é suspensa, mas não perde a validade. Já a ditadura soberana não suspende a constituição, mas busca criar uma situação que torne possível uma nova constituição. A ditadura soberana invoca o poder constituinte. (2008, p. 25-26).

Na obra de Carl Schmitt, a ditadura comissária seria aquela em que se suspende a Constituição vigente, com a finalidade de protegê-la. O ditador comissário, representante do poder constituído, busca proteger aquela ordem constitucional cuja existência está sendo ameaçada. Para atingir tal finalidade, ao comissário é conferido o poder de suspender a Constituição. Tal atuação se dá em ação concreta, podendo o comissário desconsiderar as previsões legais, transgredindo direitos de terceiros, quando for necessário para a proteção da

ordem jurídica (SCHMITT, 2013, p. 59). Nesse ponto é interessante salientar que Schmitt verifica a possibilidade de separação entre normas de direito e normas de realização do direito. Desse modo, a atuação do ditador comissário deve criar uma situação em que seja possível a realização do direito – haja vista que as normas pressupõem um meio homogêneo, uma situação de normalidade em que tenham validade. A Constituição pode ser suspensa, sem deixar de ter validade, pois a suspensão somente significa sua exceção concreta (SCHMITT, 2013, p. 148). Por fim, resta comentar que, uma vez atingida a finalidade da ditadura comissária – ou seja, restabelecendo-se a ordem constitucional –, finaliza-se atuação do comissário, por já ter sido sua missão cumprida.

Na seguinte passagem, Carl Schmitt conceitua ditadura comissária, abordando, inclusive, a questão da realização do direito:

La dictadura comisarial suspende la Constitución *in concreto*, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta. Desde siempre se ha repetido el argumento (sobre todo y con mayor frecuencia desde Lincoln) de que si la existencia de la Constitución está amenazada, debe asegurarse mediante una suspensión temporal de la misma. La dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esta Constitución. La sustantividad metódica del problema de la realización del derecho como un problema jurídico aparece aquí con la mayor claridad. La acción del dictador debe crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación normal en la cual tiene validez. En consecuencia, la dictadura es un problema de la realidad concreta, sin dejar de ser un problema jurídico. La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta. (2013, p. 148).

Já a ditadura soberana, de acordo com Carl Schmitt, seria aquela em que se busca extinguir a ordem constitucional existente, atuando-se para criar condições para a implantação de uma nova Constituição, com base no poder constituinte. Trata-se, portanto, de uma situação revolucionária. O poder constituinte representa um mínimo de Constituição – e, com isso, mantém-se relação com a juridicidade.

O conceito de ditadura soberana, para Carl Schmitt:

La dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haya posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar. Habría que creer que semejante empresa quedaría sustraída a toda consideración jurídica. Porque, jurídicamente, el Estado solo puede ser concebido en su Constitución, y la negación total de la Constitución existente tendría que renunciar propiamente a toda fundamentación jurídica, toda vez que la Constitución a implantar no existe todavía, según sus propias premisas, por lo que se trataría de una mera cuestión de poder. Pero no es así cuando se toma un poder que no está él mismo constituido constitucionalmente, a pesar de que guarda tal conexión con cada Constitución existente, que aparece como el poder fundamentador,

aun cuando nunca sea abarcada por él, por lo que, en consecuencia, tampoco puede decirse que lo niegue la Constitución existente. Este es el sentido del *pouvoir constituant*. (2013, p. 149).

Schmitt afirma que *em toda ditadura há uma comissão* – ou seja, tanto na ditadura comissária, quanto na ditadura soberana. No caso da ditadura comissária, a figura do comissário é facilmente reconhecível. Aqui, o comissário tem o poder de suspender as normas a fim de proteger a Constituição existente, com o objetivo de trazer de volta à normalidade a ordem constitucional existente previamente – já que as normas, para serem aplicáveis, exigem um meio homogêneo, uma situação de normalidade. Assim, em uma ditadura comissária, o comissário suspende a Constituição, com a finalidade de protegê-la. Carl Schmitt verifica a existência da figura do comissário também na ditadura soberana. Como já mencionado, a ditadura soberana busca eliminar a ordem existente, para criar uma situação que torne possível uma nova Constituição. Neste caso, o comissário será o representante do poder constituinte. Apresenta-se um exemplo para esclarecer esta situação. Numa democracia, o detentor do poder constituinte é o povo. O representante do poder constituinte é a Assembleia Nacional Constituinte, eleita pelo povo, que tem a missão de elaborar o novo texto constitucional. É esse representante que atua como comissário. A ditadura é soberana, pois o poder constituinte não se vincula à ordem anterior, tendo poder ilimitado. O representante do poder constituinte, antes de transmitir a vontade deste, tem que a formar. Por isso, afirma Schmitt ser esse comissário dependente de maneira formal incondicional. Schmitt aborda essa questão no seguinte trecho:

Los representantes que actúan en nombre del *pouvoir constituant* son, pues, comisarios dependientes de una manera formal incondicional, cuya misión no está, sin embargo, limitada en su contenido. Como contenido propio de la misión es preciso considerar la formación básica más general de la voluntad constituyente y, por tanto, el proyecto de una Constitución. Pero esto no es debido a la naturaleza jurídica de la Constitución, porque también las medidas de hecho pueden ser tomadas como voluntad del pueblo. Los representantes extraordinarios, es decir, aquellos que ejercen de una manera inmediata el *pouvoir constituant*, pueden tener todo el pleno poder que les plazca, al contrario que los representantes ordinarios. Por ello, es preciso distinguir siempre el ejercicio del *pouvoir constituant* de su sustancia, pues, de no ser así, el *pouvoir constituant* sería constituido de nuevo en su representante extraordinario. Si los representantes extraordinarios tienen el encargo de bosquejar una Constitución, según la interpretación que se dé al contenido del encargo, pueden proclamar por sí la Constitución o bien someterla al referéndum del pueblo. En todo caso, si esto acontece, el encargo está cumplido.

Dessa maneira, conclui Schmitt: “El dictador comisarial es el comissário de acción incondicionado de un *pouvoir constitué*; la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*.” (2013, p. 157).

Giorgio Agambem, em seu livro *Estado de Exceção*, apresenta apurada análise da teoria schmittiana. Agambem aborda a questão da articulação entre o estado de exceção – que, no

caso da obra em análise, apresenta-se na figura da ditadura – e a ordem jurídica. “Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica.” (AGAMBEM, 2004, p. 54). Explica Agambem:

Realmente, a ditadura comissária, à medida que “suspende de modo concreto a constituição para defender sua existência” (Schmitt, 1921, p. 136), tem, em última instância, a função de criar as condições que “permitam a aplicação do direito” (ibidem). Nela, a constituição pode ser suspensa quanto à sua aplicação, “sem, no entanto, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão significa unicamente uma exceção concreta” (ibidem, p. 137). No plano da teoria, a ditadura comissária se deixa, assim, subsumir integralmente pela distinção entre a norma e as regras técnico-práticas que presidem sua realização.

Diferente é a situação da ditadura soberana que não se limita a suspender uma constituição vigente “com base num direito nela contemplado e, por isso, ele mesmo constitucional”, mas visa principalmente a criar um estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição. O operador que permite ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, nesse caso, a distinção entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte não é, entretanto, “uma pura e simples questão de força”; é, melhor dizendo,

um poder que, embora não constituído em virtude de uma constituição, mantém com toda constituição vigente uma relação tal que ele aparece como poder fundador [...] uma relação tal que não pode ser negado nem mesmo se a constituição vigente o negar. (Ibidem).

Embora juridicamente “disforme” (*formlos*), ele representa “um mínimo de constituição” (ibidem, p. 145), inscrito em toda ação politicamente decisiva e está, portanto, em condições de garantir também para a ditadura soberana a relação entre estado de exceção e ordem jurídica. (AGAMBEM, 2004, p. 54-55).

Dessa forma, para Giorgio Agambem, a inscrição de algo exterior ao direito – com a manutenção da juridicidade no estado de exceção – se dá: a) na ditadura comissária, com a distinção entre normas de realização do direito e normas de direito; e b) na ditadura soberana, com o poder constituinte e poder constituído. Explica-se: na ditadura comissária, suspende-se a Constituição, a fim de garantir sua manutenção, através de ações concretas do comissário. A ditadura comissária busca criar as condições de normalidade necessárias para a aplicação das normas. Dessa forma, a Constituição continua vigente. É nesse ponto que se encontra a relação da ditadura comissária com a ordem jurídica. Apesar de o poder constituinte, na ditadura soberana, buscar criar as condições para que seja possível implantar uma nova Constituição, ele já representa um mínimo de Constituição e, nessa medida, representa a manutenção da juridicidade. Diante disso, a Constituição velha não mais existe, estando a nova presente sob a forma mínima do poder constituinte.

Giorgio Agamben chama atenção para uma importante distinção a respeito da ditadura comissária e da ditadura soberana. Ao mesmo tempo em que Schmitt verifica em ambas uma relação com a juridicidade, esta se dá de maneira diferente. Na ditadura comissária, a Constituição é suspensa, mas continua válida, enquanto que, na ditadura soberana, a nova

Constituição é aplicada, apesar de não estar ainda em vigor. Agamben apresenta esta explicação no seguinte trecho:

Considere-se a oposição entre normas do direito e normas de realização do direito, entre norma e sua aplicação concreta. A ditadura comissária mostra que o momento da aplicação é autônomo em relação à norma enquanto tal e que a norma “pode ser suspensa sem, no entanto, deixar de estar em vigor” (Schmitt, 1921, p. 137). Representa, pois, um estado da lei em que esta não se aplica, mas permanece em vigor. Em contrapartida, a ditadura soberana, em que a velha constituição não existe mais e a nova está presente sob a forma “mínima” do poder constituinte, representa um estado da lei em que esta se aplica, mas não está formalmente em vigor. (2004, p. 58).

É dessa maneira que, para Giorgio Agamben, Schmitt insere o fenômeno da exceção no contexto jurídico. Finalizamos esta seção com o conceito de estado de exceção, trazido por Agamben, da teoria de Schmitt:

Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão. (2004, p. 58).

Estes eram os aspectos principais da obra *A Ditadura* de Carl Schmitt, que entendemos importante abordar neste capítulo – haja vista que os conceitos de ditadura comissária e ditadura soberana foram objeto de recepção pelos constitucionalistas brasileiros.

1.3. TEOLOGIA POLÍTICA (1922): SOBERANIA E DECISÃO

Em seu livro *Teologia Política*, Carl Schmitt aborda o conceito de soberania. Schmitt entende o conceito de soberania como um conceito limite em si mesmo. Isso quer dizer que a soberania vai ser definida no caso limite, e não na situação de normalidade. É na exceção que se revela o detentor da soberania. Segundo Schmitt, “A exceção é mais interessante que o caso normal. O normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção. Na exceção, a força da vida real rompe a crosta de uma mecânica cristalizada, na repetição.” (1996a, p. 94).

Assim, para o autor, “Soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção” (SCHMITT, 1996a, p. 87). O caso excepcional acontece quando a existência do Estado corre perigo, no momento em que se coloca em risco a ordem e a segurança públicas. A fim de restabelecer a ordem, o soberano detém o poder de decidir sobre a suspensão da ordem legal vigente.

Tal poder de decisão é ilimitado, não podendo o caso excepcional ser previsto nem regulado por nenhuma norma. Explica Schmitt:

O caso excepcional, aquele caso não circunscrito na ordem jurídica vigente, pode ser no máximo definido como um caso de emergência extrema, de perigo à existência do Estado ou algo assim, mas não pode ser circunscrito numa tipificação jurídica. É só esse caso que torna atual a questão do sujeito da soberania, isto é, a questão da soberania em geral. Não se pode determinar com clareza precisa quando ocorre um caso emergencial, como também não se pode enumerar o que pode ser feito nesses casos, quanto se trata realmente de um caso emergencial extremo que deva ser eliminado. Um pressuposto, como por exemplo o teor da competência, deve ser necessariamente irrestrito. No sentido do Estado de direito não há, portanto, nenhuma competência nesse caso. A Constituição, no máximo, menciona quem pode tratar da questão. Se esse tratamento não se subordinar a nenhum controle, então não se distribuirá (como na prática da Constituição do Estado de direito) de alguma forma entre as diversas instâncias mutuamente restritivas e balanceadoras; assim se evidenciará claramente quem é o soberano. Ele não só decide sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo. Ele se situa externamente à ordem legal vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição. (SCHMITT, 1996a, p.88).

A decisão do soberano acerca do Estado de Exceção é uma decisão no sentido eminente, afirma Schmitt. Não é possível uma norma prever nem regular antecipadamente sua exceção. As normas são aplicáveis e previsíveis em uma situação de normalidade. Quando se instaura a exceção, cabe ao soberano decidir sobre que medidas serão tomadas para restabelecer a ordem, tendo este poder ilimitado para tomar as medidas que entender cabíveis, podendo, inclusive, suspender totalmente a ordem legal vigente.

A decisão sobre a exceção é, portanto, uma decisão no sentido eminente. Pois uma norma genérica, como se apresenta a norma jurídica válida, não pode nunca assimilar uma exceção absoluta e, portanto, nunca justificar totalmente a decisão tomada em um verdadeiro caso de exceção. (1996a, p.87).

Carl Schmitt alerta que, no Estado de Exceção, não se instaura a anarquia, pois a ordem continua existindo, mesmo que não seja a jurídica. Como afirma Schmitt, o direito recua, mas o Estado continua existindo. Elimina-se a norma, mas a decisão na exceção continua permanecendo no âmbito jurídico. É o que explica o autor no seguinte trecho:

[...] nem toda medida ou ordem emergencial policial é um Estado de exceção. É preciso muito mais do que isso para a atribuição de um poder em princípio ilimitado, isto é, capaz de suspender toda a ordem vigente. Assim que essa condição se instala, torna-se claro que o Estado continua existindo, enquanto o direito recua. Como o Estado de exceção ainda é algo diferente da anarquia e do caos, no sentido jurídico a ordem continua subsistindo, mesmo sem ser uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, nesse caso, uma indubitável superioridade sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta. No caso da exceção o Estado suspende o direito em função de um, por assim dizer, direito à autopreservação. Os dois elementos do conceito “ordem jurídica” chocam-se entre si e provam sua independência conceitual. Como no caso normal, em que o momento independente da decisão pode ser reduzido a um mínimo,

no caso da exceção a norma é eliminada. Mesmo assim, o caso de exceção continua acessível ao reconhecimento jurídico, porque ambos os elementos, tanto a norma quanto a decisão, permanecem no âmbito jurídico.

[...]

A exceção é o que não se pode acrescentar; ela subtrai-se à constituição geral, mas ao mesmo tempo revela um elemento formal jurídico específico, em sua pureza absoluta, que é a decisão. (SCHMITT, 1996a, p. 92).

Dessa maneira, para Schmitt, o Estado de Exceção não se localiza nem fora do direito nem dentro. Miguel Nogueira de Brito comenta a explicação de Giorgio Agamben acerca da originalidade de Schmitt, sobre a localização do Estado de Exceção com relação à ordem jurídica:

Segundo Agamben, Schmitt dá uma resposta verdadeiramente original ao problema da localização do estado de exceção em face da ordem jurídica: nem dentro (como querem aqueles que veem o estado de exceção como um direito natural ou constitucional do Estado à sua conservação), nem fora (como aqueles que sustentam ser o estado de exceção fundado na necessidade entendida como questão de facto), mas na verdade um «*estar fora e, todavia, pertencer*». Tal resposta assenta na tensão entre norma e decisão presente na *Teologia Política*. A decisão não é determinada por um conteúdo jurídico e, nessa medida, está fora da ordem jurídica; ao mesmo tempo, visa efetivar o direito, ainda que um qualquer direito, e, nessa medida, está dentro. (2014, p. 160).

O soberano decide se se vive em uma situação de normalidade e a garante, protegendo-a em caso de ameaça – situação de exceção. A essência da soberania estatal reside, portanto, segundo Schmitt, não no monopólio da força ou do domínio, mas sim no *monopólio da decisão* acerca do Estado de Exceção – decidindo quando este se instaura, podendo suspender toda a ordem legal vigente, a fim de proteger a ordem e a normalidade do Estado, para que possam ser aplicadas as normas, que exigem um meio homogêneo. Explica Schmitt:

Não existe norma aplicável no caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse Estado normal é realmente predominante. Todo direito é um direito “situacional”. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão. É nisso que reside a essência da soberania estatal que, portanto, define-se concretamente não como um monopólio da força ou do domínio, mas, juridicamente, como um monopólio da decisão, em que a palavra “decisão” é empregada num sentido genérico, passível de um maior desdobramento. O caso de exceção revela com maior clareza a essência da autoridade estatal. Nesse caso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (formulando-a paradoxalmente) a autoridade prova que, para criar a justiça, ela não precisa ter justiça. (SCHMITT, 1996a, p. 93).

Gilberto Bercovici apresenta comentário sobre a relação entre exceção e soberania em Carl Schmitt em seu livro *Soberania e Constituição*. Bercovici torna claro o entendimento de que a ordem repousa na decisão do soberano, e não na norma. É o apresentado no seguinte comentário de Bercovici:

Carl Schmitt afirma que só a partir do estado de exceção pode ser posto, em toda a sua profundidade, o problema da realização do direito, pois trata-se da essência do Estado, da questão da manutenção da unidade política. A normalidade não demonstra nada, só a exceção prova tudo, pois a regra vive da exceção. A soberania, simultaneamente, afirma e nega a ordem. Toda ordem repousa sobre uma decisão, não sobre uma norma. O estado de exceção não é apenas o oposto da ordem constitucional da normalidade, mas seu fundamento, a partir da decisão do soberano. O soberano decide sobre a situação na qual o direito pode valer. (2008, p. 27-28).

Feita esta exposição, finalizamos esta seção deste capítulo. Passamos, em seguida, a análise da obra *O Conceito do Político*, de Carl Schmitt.

1.4. O CONCEITO DO POLÍTICO (1927): ESTADO TOTAL, DIFERENCIAÇÃO AMIGO E INIMIGO

Uma das maiores contribuições de Carl Schmitt para o pensamento acadêmico mundial foi a sua obra *O conceito do Político*, publicada no ano de 1932. Neste estudo, Schmitt cria uma definição específica do político, com suas categorias próprias – critério amigo x inimigo.

A frase inicial de seu texto é impactante: “O conceito de Estado pressupõe o conceito do político.”. Carl Schmitt se diferencia dos autores contemporâneos seus ao distinguir o conceito do político do conceito de Estado. A tradição da literatura na área, segundo Schmitt, abordava o conceito do político como algo relativo ao Estado. Faziam isso ao equiparar o político à forma estatal, relacionando o conceito do político com o Estado. Schmitt percorre um caminho diferente, ao buscar criar um conceito autônomo do político. Objetiva o autor, nesta obra, descobrir a essência do político. Após definir o conceito do político, o autor chega à conclusão de que este precede o conceito de Estado.

Acerca dessa mudança de perspectiva, realizada por Carl Schmitt, expõe Gilberto Bercovici:

Schmitt definiu o Estado como um status: a unidade política de um povo vivendo em determinado território. Embora aceitasse a essência da definição weberiana de Estado, ele foi além, invertendo a abordagem clássica e, ao rejeitar a tentativa de derivar a concepção do político de uma teoria do Estado, fez com que o Estado dependesse do político: “O conceito de Estado pressupõe o do político”. Para Schmitt, portanto, de conceito de direito público, o Estado se tornou uma questão sobre a essência do político. O Estado deveria ser pensado a partir e em função do político, sem o qual perderia o sentido. Ele é, assim, um meio de continuação e de organização da luta política preexistente a ele, que cria sua própria ordem política. A unidade política, para Schmitt, era a unidade suprema por decidir por si mesma e ser capaz de impedir todos os demais grupos sociais opostos de se dissociarem diante do antagonismo extremo (guerra civil). Onde existisse a unidade política, os conflitos sociais poderiam ser objeto de uma decisão, com o estabelecimento de uma situação normal, de uma ordem. (BERCOVICI, 2013, p. 91-92).

É interessante analisar a visão de sociedade apresentada por Carl Schmitt nesta obra. O autor via, na sociedade do século XX, a ocorrência de um fenômeno diferenciado do século anterior. Afirmava que, naquele momento, a diferenciação entre Estado e sociedade não era mais cabível, não mais representava a realidade. No século XIX, se colocava o Estado como um poder distinto e acima da sociedade (Estado > sociedade). Ainda, havia várias áreas neutras, como a religião, a economia, a cultura. Já no século XX, afirmava Schmitt, vivia-se um Estado Total, em que o Estado e a sociedade se interpenetravam mutuamente (Estado = sociedade). Não mais havia a distinção entre Estado e sociedade, pois agora eles eram idênticos, nem mais áreas neutras, que agora também eram perpassadas pelo político. Consequentemente, tudo poderia ser político. Não se poderia, portanto, mais conceituar o político como sendo algo inerente ao Estado – haja vista que, no Estado Total do século XX, tanto o Estado, quanto a sociedade e as áreas neutras eram possivelmente tocados pelo político.

Gilberto Bercovici comenta essa transição:

O Estado liberal neutro e não intervencionista tinha autonomia em relação à sociedade. Com a clara separação entre Estado e sociedade, o Estado neutro possuía capacidade genuinamente política. Dessa forma, a equação Estado = político é correta, pois o Estado constitui um fato claro e determinado em contraposição aos grupos e esferas não políticos, ou seja, ele mantém o monopólio do político, encontrando-se separado e acima da sociedade. A extensão e a amplitude do sufrágio e da democracia, no entanto, derrubaram a separação entre Estado e sociedade. Nesse contexto, o Parlamento, por pressupor a divisão entre Estado e sociedade, converteu-se em uma estrutura que encerra em si mesma uma contradição que nega as premissas de sua vitória. Afinal, a distinção entre essas esferas desapareceu justamente com a democratização e o triunfo do Parlamento, com o Estado tornando-se a auto-organização da sociedade. Para Schmitt, desse modo, não poderia passar despercebida a diferença entre as tradicionais ideias parlamentares liberais e as ideias da moderna democracia de massas.

O Estado não está mais acima das forças sociais, pois o povo ocupa o Estado, que passa, assim, a ser auto-organização da sociedade. Esse pluralismo, presente na República de Weimar, anula todas as delimitações do político e transfere o monopólio do político do Estado para os partidos. [...] Na medida em que o Estado e a sociedade se interpenetram reciprocamente, gerando a identidade entre ambos (o Estado total), todos os domínios passam a ser políticos, ou seja, não há mais como distinguir o político, aquela identificação entre Estado e político, para Schmitt, deixa de ser verdadeira. (2013, p.92-93).

Carl Schmitt apresenta o conceito de Estado Total, no seguinte trecho:

Como polêmico conceito contrário a tais neutralizações e despolitizações de importantes domínios surge o Estado total da identidade entre Estado e sociedade, Estado que não se desinteressa por nenhuma área e que abrange, potencialmente, qualquer área. Nele, por conseguinte, tudo, pelo menos enquanto possibilidade, é político e a referência ao Estado não está mais em condições de fundamentar uma característica específica de diferenciação do “político”

[...]

Na realidade, é o Estado total que não mais conhece nada absolutamente apolítico, é ele quem tem que eliminar as despolitizações do século XIX e pôr fim, sobretudo, ao

axioma da economia livre do Estado (apolítica) e do Estado livre da economia. (2008, p.24-27).

Em sendo assim, Schmitt prossegue na tarefa de buscar a definição do conceito do político, nesse novo contexto do Estado Total do século XX.

Carl Schmitt entende que, para se encontrar uma definição do político, se deveriam utilizar categorias autônomas. Assim como na moral existem as diferenciações entre bom e mau; na estética, o belo e o feio; no econômico, o útil e o prejudicial, ou o rentável e o não-rentável; no político se teria o amigo e o inimigo. Esse é o ponto central do livro de Schmitt. O Estado, como unidade política organizada, é quem irá definir o grupamento dos indivíduos que são seus amigos e inimigos.

Conceito de inimigo, segundo Carl Schmitt:

O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte, “imparcial”. (2009, p.28).

Assim, inimigo é todo aquele outro que, por suas características diferentes, representa uma negação do próprio tipo de existência da unidade política, podendo, por isso, em caso extremo de conflito, ser combatido. Trata-se, aqui, de combate armado, que resulta na eliminação física de pessoas através de guerra (em caso extremo).

Como afirma Carl Schmitt, o inimigo não precisa ser necessariamente mau, nem feio, nem sendo sempre desvantajoso realizar transações econômicas com ele. Basta que preencha os requisitos do critério de inimigo – a sua existência diferente possa gerar conflitos em casos extremos. A categoria do político – diferenciação amigo e inimigo – é, portanto, *autônoma*. Isso porque, segundo o autor, ela independe dos outros critérios dos outros âmbitos. A definição do inimigo vai apenas levar em consideração o preenchimento dos requisitos relativos a esse critério específico. Além disso, Schmitt faz uma ressalva, de que esse conceito do político não apresenta uma definição exaustiva, mas apenas de critério. É o que afirma no seguinte trecho:

A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo e inimigo*, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo. Na medida em que não é derivável de outros critérios, ela corresponde para o político aos critérios relativamente autônomos de outras antíteses: bom e mau no moral; belo e feio no estético etc. Em todo caso, ela é autônoma, não no sentido de

um novo âmbito próprio, e sim no modo de que nem se fundamenta em uma daquelas outras antíteses ou em várias delas, nem pode ser relacionada a elas. (SCHMITT, 2009, p. 27-28).

Acrescenta Carl Schmitt que o inimigo, como categoria do político, é apenas o *inimigo público*. Adversários privados, por quem se nutrem antipatias, não apresentam nenhuma relação com o conceito de inimigo. O que vai ser levado em consideração no político é o inimigo público. Explicita o autor:

Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. (SCHMITT, 2009, p. 30).

Segundo Schmitt, a situação extrema de inimizade resulta em guerra. Trata-se, portanto, de combate armado, com real possibilidade de morte física. Cabe ao Estado, como detentor do *jus belli*, decidir sobre a determinação de guerra – exigindo prontidão dos seus membros para morrer pelo Estado e para matar o inimigo. Schmitt afirma que pode se tratar tanto de guerra externa, como de guerra interna (guerra civil). Esta última serviria para defender a situação de normalidade dentro do Estado, caso algum inimigo interno atentasse contra a paz intra-estatal, contra a própria existência daquela unidade política organizada daquela maneira, com seu território definido, com suas leis próprias. Este seria o inimigo interno do Estado, devendo ser eliminado na guerra civil, por representar uma ameaça de dissolução do Estado como unidade política organizada. A guerra civil determinará a continuidade ou não daquela determinada unidade política, a depender de quem a vença (SCHMITT, 2009, p. 48-50)⁷.

Apesar de verificar a eliminação do seu inimigo público, em caso extremo, como algo inerente ao político, entendemos que Carl Schmitt não fez uma defesa aberta em favor da realização de guerras, nesta obra. Fez ressalvas, afirmando que, pelos seus efeitos tão nefastos, que resultam na morte de pessoas, a guerra não é desejável. Schmitt entende que a guerra deva ser evitada, somente sendo realizada quando não houver outra possibilidade de coexistência, ou seja, quando a relação de inimizade chegasse a um ponto tal, que não fosse mais possível ignorar a existência do inimigo. Para Carl Schmitt:

⁷Nesse ponto se demonstra a versatilidade da definição de Schmitt, que permite analisar guerras externas (Estado contra Estado), como também guerras civis – em que se determinaria um inimigo interno, que inviabilizaria a manutenção da existência daquele próprio Estado, daquela unidade política organizada. Em interpretação ampliada, que não está contida no texto, se poderia, aqui, verificar uma construção teórica que pudesse fundamentar a eliminação de grupos minoritários por Estados, com a prática de genocídio – como ocorreu com o holocausto dos judeus na Alemanha nazista, os quais foram considerados inimigos do terceiro Reich.

De modo nenhum é a guerra objetivo e finalidade, nem conteúdo da política, sendo, antes, o pressuposto sempre existente como real possibilidade, o qual determina de forma singular a ação e o pensamento humanos, provocando, assim, um comportamento especificamente político. (2009, p.36).

Nessa linha, Schmitt afirma que realizar guerra por mero combate de ideias não se justifica. Só seria justificável a realização de uma guerra, quando esta se fundamentasse na necessidade real de eliminação do inimigo, que, por sua vez, afrontasse concretamente a existência daquela determinada unidade política.

Para Carl Schmitt, a guerra, como uma possibilidade real de acontecer, condiciona o comportamento político. Ao agir, cabe ao político levar em consideração a possibilidade de um conflito armado com o inimigo – tal conflito se justificará apenas quando for necessário, ou seja, no caso de a coexistência com o inimigo não ser mais suportável.

Além de condicionar o comportamento político, a guerra, quando realizada, apresenta outra função, a de revelar a realidade política. É no caso extremo da guerra que se pode visualizar a verdadeira extensão da relação de inimizade existente concretamente entre a unidade política organizada e o seu inimigo que a afronta. Portanto, para o autor, a guerra define o político. Dessa maneira, para Carl Schmitt, o político é tanto condicionado, como definido pela guerra.

Acrescenta Schmitt que o *político não possui domínio próprio*, podendo ser que a associação de pessoas tenha por base a religião, ou a economia, ou a nacionalidade. Tornar-se-á política essa associação de pessoas, por exemplo, religiosa, quando os interesses religiosos tiverem tal força para definir um inimigo e realizar guerra para exterminá-lo – o caso crítico define o político. Nesse caso, o agrupamento de pessoas de base religiosa será soberano, tornando-se político. Para o autor, o político não tem conteúdo próprio, mas é o grau de intensidade de uma associação de pessoas, que pode ter motivos diversos – religiosos, econômicos, nacionais, como anteriormente mencionado. É o que explica o autor na seguinte passagem:

O político pode extrair sua força dos mais diversos âmbitos da vida humana, das contraposições religiosas, econômicas, morais e de outros tipos; ele não caracteriza nenhum domínio próprio, e sim tão somente o grau de intensidade de uma associação ou dissociação de pessoas, cujos motivos podem ser de índole religiosa, nacional (no sentido étnico ou cultural), econômica ou de outra espécie, provocando, em momentos distintos, diversas ligações e separações. O agrupamento real do tipo amigo-inimigo é onticamente tão forte e concludente que a contraposição de cunho não-político, no mesmo momento em que suscita este agrupamento, relega a um segundo plano seus critérios e motivos até então “puramente” religiosos, “puramente” econômicos e “puramente” culturais, ficando submetida às novas e peculiares condições e conclusões da situação doravante política, condições e conclusões estas que, vistas

daquele “puro” ponto de partida “puramente” religioso ou “puramente” econômico, entre outros, são frequentemente muito incoerentes e “irracionais”. Político é, em todo caso, sempre o agrupamento que se orienta pelo caso crítico. Destarte, ele é sempre o agrupamento humano normativo e, por conseguinte, a unidade política sempre quando existe em absoluto, sendo a unidade normativa e “soberana” no sentido de que, por necessidade conceitual, a decisão sobre o caso normativo, mesmo quando este for um caso excepcional sempre haverá de residir nela. (SCHMITT, 2009, p. 40-41).

Estes são, portanto, os conceitos que entendemos relevantes para a presente pesquisa – Estado total, político, distinção amigo e inimigo (público), guerra.

1.5. TEORIA CONSTITUCIONAL (1928): CONCEITO POSITIVO DE CONSTITUIÇÃO, PODER CONSTITUINTE, ESTADO BURGUESES DE DIREITO

A produção acadêmica de Carl Schmitt durante a República de Weimar o tornou famoso internacionalmente. Especial contribuição foi o seu livro *Teoria Constitucional*, publicado em 1927 – que vamos abordar a seguir. Bernd Rüthers comenta o prestígio de Schmitt:

Especialmente los escritos anteriores a 1933, los primeros trabajos, pero sobre todo sus impresionantes ensayos de la época de Weimar, sus análisis críticos sobre la situación del derecho constitucional en la República y su “Teoría de la Constitución” fundamentaron el prestigio internacional de este autor. Ellos atrajeron entonces y todavía después de 1945 enteras generaciones de estudiantes y agrupaciones políticas a su hechizo idiomático e intelectual. SCHMITT se entendió como ningún otro jurista de la época por el mágico poder de la lengua, el embrujo de las palabras. (s/d, p. 54).

Com a obra *Teoria Constitucional*, Carl Schmitt buscou criar um sistema, erigindo uma Teoria da Constituição. Sua Teoria da Constituição se refere ao Estado burgueses de Direito – modelo dominante à época em que a obra foi criada (República de Weimar). É o que afirma Schmitt no prólogo de seu livro (1996b, p. 23). Ainda, vale comentar que o autor não deixa de apresentar conceitos de Constituição de tradições passadas, fazendo análise comparativa. Desenvolve os conceitos teoricamente, os ilustrando através de exemplos históricos, em seguida.

Para Carl Schmitt, a palavra Constituição abarca diversos significados. Por esse motivo, o autor expõe os vários conceitos possíveis de Constituição (absoluto, relativo, positivo e ideal de constituição), relativos ao Estado, para, em seguida, defender que o por ele adotado seria o conceito positivo de Constituição.

O conceito absoluto de Constituição designa uma situação total de unidade e ordenação políticas. Tal conceito pode significar: a) a concreta situação de conjunto da unidade política e

ordenação social de um Estado (todo Estado possui princípios de unidade e ordenação, e alguma instância decisória de conflito de interesses ou poderes – essa situação de conjunto é a Constituição); b) a forma de governo (Monarquia, Aristocracia ou Democracia); c) o princípio do devir dinâmico da unidade política, do fenómeno da continuamente renovada formação desta unidade de uma força e energia subjacente ou operante na base – aqui o Estado é dinâmico, sempre ressurgindo, da integração dos interesses contrapostos, opiniões e tendências (Smend). Por outro lado, o conceito absoluto de Constituição também pode designar um sistema fechado de normas, designando uma unidade ideal, pensada (e não concreta) – Constituição como a norma das normas. Em ambos os casos, o conceito de Constituição é absoluto, pois oferece um todo – seja ele concreto ou pensado. (SCHMITT, 1996b, p. 29-33).

Constituição, em sentido relativo, significa a lei constitucional. Assim, restringe-se o conceito de Constituição. Schmitt imputa falha nos seguintes aspectos: trata Constituição como sinónimo de leis constitucionais; não diferencia leis fundamentais (ex.: O Reich é uma República) de meras leis colocadas no texto constitucional (ex.: se garantirá ao funcionário o direito de examinar seu expediente pessoal), por interesse dos partidos; considera Constituição somente a escrita; reduz o conceito ao momento da reforma. (1996b, p. 37-44).

Neste momento, mostra-se oportuno abordar uma posição importante na teoria constitucional de Carl Schmitt, a de que o conceito de Constituição não se identifica com o de lei constitucional (Constituição \neq lei constitucional).

Carlos Blanco de Moraes explica essa diferenciação trazida por Carl Schmitt, ao apresentar a definição dos conceitos de Constituição e de lei constitucional:

No contexto de um Estado soberano Schmitt distingue, de forma assaz controversa, Constituição de Lei Constitucional.

A Constituição define-se como decisão política fundamental na medida em que exprime a essência da autoridade e da vontade política fundadora de uma ordem estadual, enquanto a lei constitucional constituiria um texto formal, uma norma jurídica de hierarquia superior criada por força da mesma Constituição.

A Constituição seria válida por emanar do poder constituinte, manifestação suprema e ilimitada de autoridade soberana, expressa através de uma vontade imputada ao povo como seu titular e que nasceria por força dos factos, ou seja, brotaria de forma existencial. Haveria legitimidade da Constituição sempre que a força e autoridade do poder constituinte fosse socialmente reconhecida. A sua construção de um poder constituinte incondicional e ilimitado bebe, afinal, na noção de poder constituinte da revolução francesa, tal como fora teorizado por Sýeyès. (MORAIS, 2014, p. 33-34). [grifo nosso].

A Constituição, em sentido positivo, é a decisão consciente, tomada pelo titular do poder constituinte (na democracia, a nação), que fixa o modo de ser e a forma da unidade política

concretamente existente. A Constituição em sentido positivo é dada pelo poder constituinte, que apenas declara o que já existia concretamente. A unidade da Constituição em sentido positivo deriva da unidade política – cuja particular forma de existência se fixa mediante o ato constituinte (SCHMITT, 1996b, p. 46).

No seguinte trecho, Carl Schmitt apresenta o conceito de Constituição em sentido positivo:

La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política, considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya dado «una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*. (1996b, p. 45-46).

Os conceitos de Constituição absoluto e relativo são limitados, na visão de Schmitt. O conceito de Constituição seria, portanto, mais amplo. Schmitt explicita as razões para tal posição:

La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud «su existencia, su integridad, su seguridad y su Constitución» -todo valor existencial. (1996, p. 46). de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución *se establece por sí misma* sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución *se dé a sí misma* es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente. Las *leyes constitucionales* valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una *Constitución*. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia», no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado, digno de existir. Por eso su «derecho a sostenerse y subsistir» es el supuesto de toda discusión ulterior; busca ante todo subsistir en su existencia, *in suo esse perseverare* (Spinoza); defiende «su existencia, su integridad, su seguridad y su Constitución» -todo valor existencial. (1996b, p. 46).

Dessa maneira, para Carl Schmitt, a Constituição não é absoluta, pois não surge de si mesma. Ela é dada pela unidade política concreta, já existente (e fixada por meio de ato do titular do poder constituinte). A validade da Constituição reside na vontade política existente

daquele que a dá (1996b, p. 46). O conceito cabível de Constituição, para este autor, é, portanto, o positivo.

Outro elemento importante a se considerar, quando da definição do conceito positivo de Constituição, é o de *decisão*. A Constituição seria a decisão política do titular do poder constituinte. Decisões políticas estas, fundamentais, e que dão o suporte de validade de toda a normatividade. Explica Schmitt:

Las *leyes constitucionales* valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una *Constitución*. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente.

[...]

La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica. (1996b, p. 46).

No caso da Alemanha da República de Weimar, as decisões políticas fundamentais seriam as seguintes: pela Democracia, pela República, pelo Federalismo, pela forma Representativa Parlamentar, pelo Estado burguês de Direito. Essas decisões políticas fundamentais, que norteiam a forma de existência da unidade política da nação alemã – titular do poder constituinte, já que se trata de uma democracia –, são mais do que leis constitucionais. Estas decisões são o suposto básico de toda a posterior normação. Nenhuma lei, inclusive de caráter constitucional, poderá as contrariar. Schmitt afirma que a Constituição de Weimar somente é Constituição, no devido sentido do termo, porque contém essa decisão totalitária de existência do povo alemão (1996b, p.47-48).

Tal conteúdo acerca da Constituição como decisão é abordado por Schmitt, da seguinte maneira:

1. Las determinaciones de la Constitución de Weimar aquí citadas no son leyes constitucionales. Frases como: «el pueblo alemán se ha dado esta Constitución»; «el poder del Estado emana del pueblo»; o: «el Reich alemán es una República», no son leyes y, por lo tanto, tampoco leyes constitucionales. Ni aun siquiera son leyes de bases o leyes fundamentales. Pero no por eso son algo mínimo o indigno de consideración. Son más que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales. Todo lo que dentro del Reich alemán hay de legalidad y normatividad, vale solamente sobre la base, y solamente en el marco, de estas decisiones. Ellas extinguen la substancia de la Constitución. El hecho de que la Constitución de Weimar sea una Constitución y no una suma inconexa de prescripciones particulares reformables según el art. 76 C. a., colocadas en el texto por los partidos del Gobierno de coalición de Weimar a favor de cualesquiera

«compromisos», consiste sólo en esta decisión existencial totalitaria del pueblo alemán. (1996b, p. 48).

Este seria, portanto, o conceito positivo de Constituição por Carl Schmitt desenvolvido em seu livro *Teoria Constitucional*.

Segundo Carl Schmitt, desde o século XVIII, no processo histórico da Constituição moderna, prosperou um conceito ideal de Constituição. Este conceito ideal designa Constituições que respondem às demandas de liberdade burguesas, com as garantias próprias destas. Corresponde ao conceito ideal, quanto se identifica Constituição com um sistema de garantias da liberdade burguesa (reconhecimento de direitos fundamentais, divisão de poderes e participação do povo no legislativo por meio de seus representantes); quando se identifica Constituição com divisão de poderes (representando a garantia orgânica contra o abuso do poder do Estado); quando se identifica Constituição com Constituição escrita, com o documento constitucional (SCHMITT, 1996b, p.59-61).

Schmitt menciona que, àquela época (1927, República de Weimar), havia outros tipos de Constituição no mundo, como as da Rússia bolchevista e da Itália fascista.⁸ Estas seriam minoria, pois a maior parte dos Estados daquele período adotava o ideal de Constituição do Estado burguês de Direito. Nesse modelo dominante, parte-se de um ponto de vista crítico e negativo perante o Estado, buscando proteger o cidadão contra o abuso de poder do Estado. Assim, preveem-se seguranças contra eventuais ataques estatais. Isso se faz através de restrição da atuação do Estado, com a previsão de competências limitadas. Aqui, Carl Schmitt apresenta seu posicionamento crítico acerca desse ideal de Constituição do Estado burguês de Direito: o Estado burguês de Direito só pode integrar uma parte da total Constituição do Estado, enquanto que a outra parte contém a decisão positiva acerca da forma da existência política (SCHMITT, 1996b, p. 62). Segue a passagem em que o autor explicita tal entendimento:

III. El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho. Si se prescinde de la Rusia bolchevista y de la Italia fascista, puede decirse que ese concepto ideal está todavía en vigor en la mayor parte de los Estados del mundo. La particularidad de su ideal de Constitución consiste en que con él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado -protección del ciudadano contra el *abuso* del poder del Estado--. Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder público. Una Constitución que no contuviera otra cosa que esas seguridades propias del Estado burgués de Derecho no podría concebirse, pues el Estado mismo, la unidad política, lo que ha de ser controlado,

⁸Carl Schmitt afirma que, nesses casos, – Itália e Rússia – o sujeito do poder constituinte seria uma minoria, como uma nova espécie de forma aristocrática. Verifica isso no domínio dos Conselhos na Rússia e dos *Fascio* na Itália. (SCHMITT, 1996, p. 98).

necesita existir de antemano o ser organizado al mismo tiempo. La tendencia del Estado burgués de Derecho va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del Estado y transformar toda la actividad del Estado en *competencias, limitadas* en principio, rigurosamente circunscritas. De aquí resulta ya que lo característico del Estado burgués de Derecho sólo puede integrar una parte de la total Constitución del Estado, mientras que la otra parte contiene la decisión positiva acerca de la forma de la existencia política. Las Constituciones de los actuales Estados burgueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa *frente* al Estado; de otro, el elemento político del que ha de deducirse la *forma de gobierno* (Monarquía, Aristocracia o Democracia, o un *status mixtus*) propiamente dicha. En la reunión de estos dos elementos reside la particularidad de las actuales Constituciones del Estado burgués de Derecho. Esta duplicidad fija su estructura total y lleva a una duplicación correspondiente de conceptos centrales, como el concepto de *ley*. (SCHMITT, 1996b, p. 62)

Faz-se necessário analisar o conceito de poder constituinte adotado pelo autor, por se tratar de conceito-chave para a correta compreensão do conceito positivo de Constituição.

Carl Schmitt apresenta o seu conceito de poder constituinte, no seguinte trecho:

Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.

[...]

El poder constituyente es voluntad política: Ser político concreto. (1996b, p. 93-94).

Assim, poder constituinte é a vontade política que adota a decisão sobre modo e forma da unidade política concreta, previamente existente. É um ser político concreto. Para Carl Schmitt, o poder constituinte é unitário e indivisível, pois abarca todos os outros poderes (legislativo, executivo e judiciário) (1996b, p. 95).

A emissão de uma lei constitucional não esgota, não absorve, não consome o poder constituinte. A decisão política fixada na Constituição não pode ir contra seu sujeito, nem destruir sua existência política. Ao lado e acima da Constituição, segue subsistindo essa vontade política. (SCHMITT, 1996b, p. 94-95).

Entendemos importante apontar que, para Carl Schmitt, a atividade do poder constituinte não está vinculada a nenhum procedimento regulador prévio (1996b, p. 99).

O titular do poder constituinte pode variar, dependendo do tipo de Constituição que esteja lidando: uma monarquia, democracia, aristocracia ou oligarquia. No caso de uma monarquia absoluta, seu titular é o monarca. A atividade do poder constituinte do monarca regula a si mesma, por ser a monarquia absoluta uma instituição estabelecida. O rei manifesta

seu poder constituinte quando emite, da plenitude do seu poder, uma Constituição, outorgada por ato unilateral. Pode haver uma composição com os representantes do estamento ou do povo e vincular-se a sua anuência. Mas isso não representa, no entender de Carl Schmitt, a renúncia do poder constituinte do monarca, nem contém reconhecimento do poder constituinte do povo. Já quando se trata de uma democracia, a situação é diferente. Na democracia, o titular do poder constituinte é o povo. É o povo quem decide sobre as questões fundamentais de sua forma política e organização. Contudo, como o povo não é uma instância firme, organizada, pode ocorrer de suas manifestações de vontade serem mal interpretadas, ou falseadas. Para Schmitt, a forma natural de manifestação da vontade de um povo se dá mediante a aclamação, ou seja, pela voz de aceitação ou repulsa de uma multidão reunida. Schmitt traz como exemplo a negação do povo alemão, em novembro de 1928, da monarquia existente até então. Outra característica da democracia é a de que a vontade constituinte do povo é imediata. É anterior e superior a qualquer tipo de procedimento de legislação constitucional. Adotou-se, na prática das democracias modernas, como procedimento, a criação de uma Assembleia nacional constituinte democrática, elegida pelo sufrágio universal e igual. Schmitt aponta que existem outros procedimentos democráticos são possíveis, como os seguintes: a) uma Assembleia nacional que formula o texto das leis constitucionais, acordando-as por maioria simples, e a expedite – já entrando a normação legal-constitucional em vigor, sem necessidade de confirmação pelos cidadãos com direito a voto – exemplo: Constituição de Weimar de 1919; b) Assembleia (Convenção) que projeta as normas legais constitucionais com imediato referendo, com posterior confirmação, direta ou indireta, do projeto pelos cidadãos com direito a voto; c) Convenção no caso de Constituição federal – no caso, a Constituição pode ser submetida ao consentimento do povo dos distintos Estados membros; d) plebiscito geral sobre uma proposta surgida de um modo qualquer, ou sobre nova ordenação e regulação introduzida de um modo qualquer; entre outros. Schmitt também verifica como sujeito do poder constituinte uma minoria, nos casos de aristocracia ou oligarquia – como nas aristocracias antigas ou medievais, em que um círculo de certas famílias, ou de outro grupo tomava as decisões políticas fundamentais sobre modo e forma da existência política, como também nas constituições do século XX da Rússia, com o domínio dos Conselhos, e da Itália, com o domínio dos *Fascio*. Tais regimes seriam, segundo o autor, ditaduras, no sentido de representar um trânsito, deixando pendente a decisão definitiva sobre a forma e modo de existência política. A decisão política existente, nesses últimos casos, é a de negação dos princípios do Estado burguês de direito, bem como do seu método liberal de decisão majoritária por sufrágio universal, igual e direto de todos

os cidadãos. Apesar disso, estes são considerados pelo autor como atos de Constituição (1996b, p.98-102).

Gilberto Bercovici, na obra *Soberania e Constituição*, sintetiza o conceito de poder constituinte para a teoria constitucional de Carl Schmitt:

O poder constituinte, para Carl Schmitt, é a origem concreta da forma política. É a própria exceção, sendo impossível de ser descrito em termos normativos. Seu fundamento é a vontade política existencial, cujo sujeito, na democracia, é o povo. A unidade política é formada pela decisão política fundamental do poder constituinte, que é pré-existente enquanto ser concreto, mas que só vem a existir efetivamente na decisão existencial. O povo, para Schmitt, está acima e além da constituição, entendendo, portanto, que o poder constituinte não se esgota, permanece existindo ao lado e acima da constituição, o que justifica a célebre distinção entre constituição e lei constitucional. (BERCOVICI, 2008, p. 25-26)

Outra questão importante a ser abordada é a da legitimidade de uma Constituição. Segundo Carl Schmitt, uma Constituição é legítima quando são reconhecidas a força e autoridade do poder constituinte. Esse é o critério de legitimidade adotado pelo autor. Dessa maneira, uma Constituição não se justifica como sendo uma norma de caráter ético ou jurídico, mas sim por expressar a política existente concretamente. Segundo Schmitt, historicamente, podem-se distinguir dois tipos de legitimidade, com base no titular do poder constituinte: a que se baseia na dinastia, onde o titular do poder constituinte é o príncipe em uma monarquia (legitimidade dinástica); e a que se baseia na convicção de que o Estado é a unidade política do povo (legitimidade democrática), sendo o povo o titular do poder constituinte. Schmitt acrescenta ao conceito de legitimidade de uma Constituição, tanto a dinástica, quanto a democrática, que não se exige que a Constituição tenha tramitado segundo leis constitucionais anteriormente vigentes. O conceito de legitimidade não exige nenhum tipo específico de procedimento. Assim, defende o autor, que, numa democracia, se podem adjudicar as mais diversas Constituições legítimas, desde que estas se baseiem no poder constituinte no povo, presente sempre, inclusive quando somente atua tacitamente (SCHMITT, 1996b, p. 104-107).

A relação entre os conceitos de Constituição em sentido positivo e poder constituinte reside no fato de que, para a teoria constitucional de Carl Schmitt, o nascimento de uma Constituição se dá mediante decisão política do sujeito do poder constituinte. Tal decisão pode se dar por vontade unilateral do sujeito do poder constituinte ou por meio de convenção plurilateral de vários de tais sujeitos (esta última no caso de uma Constituição pactuada) (SCHMITT, 1996b, p. 66). Tal posicionamento do autor se encontra no seguinte trecho:

1. *Una Constitución nace, o mediante decisión política unilateral del sujeto del Poder constituyente, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos.*

Una Constitución, en el sentido de un *Status* idéntico a la situación total del Estado, nace naturalmente con el Estado mismo. Ni es emitida ni convenida, sino que es igual al Estado concreto en su unidad política y ordenación social. Constitución en sentido positivo significa un acto consciente de configuración de esta unidad política, mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia. Si varias unidades políticas y sujetos independientes del Poder constituyente adoptan en común, por sí mismos, una tal decisión, que fija un *Status* político y, por cierto, en concurrencia, entonces hay una Constitución pactada o una Constitución convenida. (Ambas palabras, pacto y convención (*Vereinbarung*), quedan aquí sin diferenciar, si bien no cabe desconocer la singularidad que Binding y Triepel han dado del concepto de convención [convención como fusión de distintas voluntades de contenido igual]. (SCHMITT, 1996b, p. 66).

Após apresentar o que entende pelo conceito de poder constituinte, Schmitt o aplica à realidade política que vivenciava.

Entendemos ser interessante acrescentar essa análise de Schmitt à presente pesquisa, pois, nesse momento, ele passa a descrever o processo de criação e implementação da Constituição de Weimar, que ele classificava como de ideal burguês de Constituição. Em posteriores obras, Schmitt faz severas críticas ao sistema político e constitucional da República de Weimar, como se verá adiante. Feito esse breve comentário, passamos à explicação de Carl Schmitt acerca do processo de estabelecimento da Constituição da República de Weimar, de acordo com os termos da teoria constitucional desenvolvida pelo autor.

Segundo Carl Schmitt, no caso específico da Alemanha da República de Weimar, o poder constituinte é democrático, constituído pela nação alemã em sua unidade política. Deriva da revolução, não se limita a nenhuma lei prévia, não tem oposição de interesses. A nação como um todo decide sobre a política. Schmitt aplica, ainda, os seus conceitos de ditadura comissária e soberana, ao poder constituinte da Alemanha da República de Weimar. Apresenta sua análise no seguinte trecho:

b) La Asamblea Nacional reunida en 6 de febrero de 1919, en Weimar, y elegida según postulados democráticos (sufragio universal, igual y directo), ejerció el poder constituyente del pueblo alemán y formuló el contenido de la decisión política del pueblo alemán, así como las normas constitucionales necesarias para su ejecución. Ella no era sujeto o titular del poder constituyente, sino sólo su comisionado. Hasta la emisión de esas leyes constitucionales, no estaba ligada a otros límites jurídicos que a los que resultaban de la decisión política de conjunto del Pueblo alemán. Por lo demás, ella era el único poder constituido de su unidad política. En tanto que no estuvo concluida su misión, la normación legal-constitucional, no existían para ella límites legal-constitucionales. La que suele llamarse Constitución provisional del Reich, emitida por ella poco después de su reunión (ley sobre el Poder provisional del Reich, de 10 de febrero 1919), hubiera podido ser cambiada y vulnerada en todo tiempo, por simple mayoría de esa Asamblea, como cualquier Reglamento de la Cámara. En la terminología de la Teoría constitucional del Estado burgués de Derecho, esta situación de la concentración en un único órgano de todos los poderes del Estado se denomina «dictadura». La peculiar situación de una Asamblea «constituyente» que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad «dictadura soberana». (SCHMITT, 1996b, p. 78).

Portanto, segundo Carl Schmitt, no processo de elaboração da Constituição de Weimar, a Assembleia Constituinte atuava, então, como comissionado do poder constituinte, tendo sido eleita pelo povo. O titular do poder constituinte era o povo alemão. Interessante verificar que Schmitt vê na atuação da Assembleia Constituinte um caráter de ditadura soberana, no sentido de que este único órgão concentrava todos os poderes do Estado, além de não ter nenhuma previsão anterior de competência, atribuição delimitando e regulando sua atividade. Também não se vinculava a nenhuma lei prévia. Seu único limite seria que as suas previsões estivessem de acordo com a decisão política fundamental da unidade política existente concretamente do povo alemão (SCHMITT, 1996b, p. 78-79).

Após a entrada em vigor da Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919, a Assembleia Constituinte encerrou sua atuação, e, com isso, teve fim sua ditadura soberana. Passava a haver, naquele momento, somente o *Reichstag* sobre a base da nova Constituição, com competências reguladas e circunscritas por leis constitucionais, como organismo constitucional (SCHMITT, 1996b, p. 79).

Por fim, acerca desse tema, Carl Schmitt afirma que a Constituição de Weimar se apoia sobre o poder constituinte do povo alemão como nação, como unidade capaz de atuar e consciente de sua existência política. Segue o referido trecho em que o autor explicita tal posicionamento:

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: «El pueblo alemán se ha dado esta Constitución», y en el art. 1, 2: «El poder del Estado emana del pueblo.» Estas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico-positivo de la Constitución de Weimar: el Poder constituyente del Pueblo alemán como Nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política. (SCHMITT, 1996b, p. 79).

Após esta seção inicial de sua obra, em que trabalhou o conceito de Constituição, Carl Schmitt passa a analisar os elementos característicos das constituições modernas do Estado burguês de Direito – lei como norma geral e abstrata, princípios da distribuição e organização, direitos fundamentais, garantias constitucionais, separação de poderes.⁹

⁹É interessante notar que, à medida que desenvolve este tema, Carl Schmitt vai tecendo suas críticas, haja vista que ele discordava da maneira de entender o fenômeno constitucional própria da vertente liberal da época – como já abordado acima. Contudo, como era a visão predominante na República de Weimar, fazendo a Constituição vigente parte desta tendência, Schmitt a analisa dentro de sua tradição dos valores liberais - apesar de internamente discordar deste tipo de Constituição. Analisou-a como seu objeto de trabalho, portanto.

O autor desenvolve o tema da moderna Constituição do Estado burguês de Direito:

1. La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho se corresponde en sus principios con el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y atribuir el mismo significado a las expresiones «Estado constitucional» y «Estado burgués de Derecho» (arriba, § 4, pág. 58). Esta clase de Constituciones contiene, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc. El Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas o, sencillamente, identificado con ese sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento. (SCHMITT, 1996b, p. 137).

Para Carl Schmitt, a moderna Constituição do Estado burguês de Direito é uma Constituição liberal, no sentido da liberdade burguesa (1996b, p.138). Parte da premissa de que as liberdades do indivíduo devem ser protegidas de eventual atuação arbitrária do Estado. Nesse sentido, os direitos fundamentais são previstos no texto constitucional, garantindo-se sua proteção – bem como outros direitos que os representantes da Assembleia Nacional Constituinte entenderem por bem também proteger: as garantias institucionais.

De acordo com Carl Schmitt, da ideia fundamental da liberdade burguesa derivam os princípios da distribuição e da organização. O primeiro se refere à anterioridade do indivíduo em relação ao Estado, sendo a liberdade ilimitada, enquanto que a atuação do Estado é limitada. Relacionam-se a esse princípio da distribuição os direitos fundamentais. Já o princípio da organização relaciona-se com o sistema de competências do Estado – já que a atuação deste é limitada, como informa o princípio da distribuição. Este princípio encontra relação com a separação e o controle recíproco dos poderes. Explica o autor tais princípios no seguinte trecho:

3. De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un *principio de distribución*: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invadirla *es limitada en principio*. Segundo, un *principio de organización*, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se *divide* y se encierra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de distribución -libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio- encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia -Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos «poderes». Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna. (SCHMITT, 1996b, p. 138).

Em seguida, Carl Schmitt apresenta o conceito de Estado de Direito, bem como sua adaptação burguesa. Para Schmitt, corresponde ao significado geral da expressão Estado de direito o seguinte:

1. Según la significación general de la palabra, puede caracterizarse como Estado de Derecho todo Estado que respete sin condiciones el Derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Esto significaría legitimar y eternizar el *status quo* vigente y tener por más importantes los «derechos bien adquiridos» -sea del individuo, sea de cualesquiera asociaciones y corporaciones- que la existencia política y seguridad del Estado. En este sentido, el viejo Imperio alemán, el Imperio romano de la Nación alemana, era, en los tiempos de su disolución, un ideal Estado de Derecho; su condición de tal no significaba otra cosa que la expresión y medio de su caída. Los derechos bien adquiridos de cualquier estamento o vasallos podían detener toda acción política. Pero con la supresión de la existencia política del Imperio quedaron suprimidos al *mismo* tiempo todos esos derechos bien adquiridos. (1996b, p. 141).

Já no sentido do Estado burguês de Direito, o termo, segundo Carl Schmitt, recebe uma série de contraposições, como: o Estado de Direito deve significar um contraste frente ao Estado de força, ao Estado de polícia, Estado de bem estar ou de qual quer outro tipo de Estado que não proponha exclusivamente a manutenção da ordem jurídica burguesa, com base na propriedade privada e na liberdade individual, em que se considera o Estado como protetor dessa ordem, paz e segurança burguesas (1996b, p. 141). Ainda, o conceito burguês de Estado de Direito adiciona critérios orgânicos ao termo. Somente constituiria um verdadeiro Estado de Direito, o que tivesse as seguintes características: Estado organizado pela separação dos poderes; Estado que não cometa ingerências contra a esfera de liberdade individual a não ser com base em previsão legal (princípio da legalidade na administração); Estado em que toda a sua atividade esteja previamente prevista em competências rigorosamente circunscritas – aparecendo a Constituição como a lei fundamental desse sistema de leis que prevê as competências; Estado em que se tenha independência judicial – podendo a administração sofrer controle judicial (SCHMITT, 1996b, p. 141-142). Neste último ponto, adiciona-se que a independência do juiz depende da sua vinculação a uma norma – uma regra geral fixada previamente.

Carl Schmitt aborda o conceito de lei próprio deste Estado de Direito burguês. Segundo o autor, o Estado burguês de Direito é um Estado legalitário, tendo por base o império da lei. Esta lei, é claro, deve guardar conexão com os princípios de liberdade burguesa típicos deste Estado (1996b, p. 149). Nesse império da lei, o próprio legislador fica vinculado a sua própria lei, para que sua faculdade de legislar não se transforme em uma dominação arbitrária. Assim, a lei deve ter certas propriedades, como: retidão, razoabilidade, justiça. Tais características pressupõem que a lei seja uma norma de caráter geral. É o que expõe Schmitt no seguinte trecho:

2. Libertad burguesa y todas las notas antes desarrolladas (§ 12, II, página 141) del Estado de Derecho, presuponen un concepto determinado de Ley. «Imperio de la Ley» sería una expresión vacua, de no recibir su sentido propio mediante una determinada *contraposición*. Esta concepción básica del Estado de Derecho envuelve, tanto desde el punto de vista histórico como desde el lógico, una recusación del «imperio de *hombres*», se trate de un individuo, o de una asamblea o corporación, cuya *voluntad* se coloca en el lugar de una norma *general*, fijada de antemano e igual para todos. Imperio de la Ley significa, ante todo y en primer término, que el Legislador mismo queda vinculado a su propia Ley y que su facultad de legislar no es el medio para una dominación arbitraria. La vinculación del Legislador a la Leyes posible, sin embargo, sólo en tanto que la Leyes una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la Leyes una norma *general*. Un Legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos, valgan también como leyes, al igual que sus normaciones generales, no está ligado a su Ley en ninguna forma concebible; la «vinculación a la Ley» es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer «leyes» arbitrarias. (1996b, p. 149-150).

Fundamental, na análise de Carl Schmitt sobre o Estado burguês de Direito, é que as normas jurídicas tenham um caráter geral. Acerca do conceito de lei, Schmitt o divide em duas categorias: lei formal e lei material. Para o conceito formal, a lei é o produto acordado pelos órgãos legislativos competentes, dentro do procedimento adequado (SCHMITT, 1996b, p. 153). Schmitt vê, contudo, no conceito formal de lei, uma duplicidade. Isso porque ele considera que para uma Constituição moderna é necessária a existência de um conceito político de lei – pois na Constituição coexistem a parte política e a parte típica do Estado de Direito. Para Schmitt, o conceito político de lei resulta da forma de existência política do Estado e da formação concreta da organização do domínio. Aqui, a lei é vontade e mandato concretos e um ato de soberania. Dessa forma, para o conceito político de lei, em um Estado monárquico, lei é a vontade do rei, enquanto que em uma democracia lei é a vontade do povo. Schmitt faz uma crítica ao Estado de Direito, que, segundo ele, realiza um esforço para retirar o conceito político de lei, colocando a soberania na lei, no lugar da soberania existente concretamente (SCHMITT, 1996b, p. 152-155). Para Schmitt, também possui caráter político o conceito material de lei – por não ser formal. Segue este conceito:

Ley es una norma jurídica, es decir, un precepto, en que el Estado se dirige a sus súbditos, «para fijar *entre ellos y él mismo* los límites de lo permitido y lo que puede hacerse». «Pues es una cualidad de toda ley en sentido material el poner límites a la *libertad* personal en general y a la *propiedad* en especial» (Anschütz, artículo *Gesetz-Ley-*, en el Diccionario de Derecho político y administrativo de Stengel-Fleischman, II, pág. 215). Según Anschütz, se daba «entonces, 1848, como antes, como hoy, sólo un concepto material de Ley...», que quiere envolver y envuelve la fórmula: Libertad y Propiedad». (SCHMITT, 1996b, p. 156).

Além disso, Schmitt verifica que o sistema da divisão dos poderes somente pode se realizar enquanto se entenda a lei como uma norma geral. Para Schmitt, quando a Constituição fixa quem deve legislar, isto não significa que o legislador possa se utilizar do procedimento

legislativo para executar atos de governo – com mandatos arbitrários, expedindo medidas e ordens específicas, no lugar de leis gerais. Caso isso fosse possível, estar-se-ia falando de um império dos legisladores, no lugar do império da lei. Viver-se-ia um absolutismo do legislativo, em que se suprimiria toda a distinção entre Legislação, Administração e Justiça. (SCHMITT, 1996b, p. 159). Dessa forma, para Schmitt, para que seja possível um Estado com separação dos poderes é necessário que a lei seja uma norma geral.

Relaciona-se o conceito de lei próprio do Estado burguês de Direito com o conceito de igualdade. Segundo a Constituição de Weimar, todos os cidadãos são iguais perante a lei. Essa igualdade perante a lei, para Carl Schmitt, significa não somente a aplicação igual das leis emitidas, como também a proteção contra dispensas, privilégios. Assim, para o autor, a igualdade perante a lei é imanente ao conceito de lei próprio do Estado burguês de direito. Isso significa que somente é lei aquela que contém a possibilidade de igualdade, sendo, dessa forma, uma norma geral. Schmitt relaciona a compreensão correta do conceito de lei ao conceito de igualdade. Carl Schmitt vai além, afirmando que, na Constituição de Weimar, proíbe-se o legislador de criar leis que não sejam gerais, leis de exceção que sejam dirigidas, por razões individuais, contra uma pessoa determinada ou uma pluralidade definida de pessoas – ou seja, proíbe-se o legislador de criar normas que não estejam de acordo com o princípio da igualdade. (1996b, p. 161-162). Vincula-se, segundo Schmitt, portanto, o legislador ao princípio da igualdade na sua atuação de criação das leis – haja vista que estas, num Estado burguês de Direito, devem ser normas gerais.

Mostra-se oportuno comentar que Schmitt diferencia direitos fundamentais de garantias institucionais. Para Schmitt, são direitos fundamentais:

[...] sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. Esto se ve con toda claridad en los derechos de libertad, que históricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: la libertad de religión, la libertad personal, propiedad, derecho a la libre manifestación de opiniones, existen, según esta concepción, *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el *ámbito*, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia. (1996b, p. 169).

Para Schmitt, direitos fundamentais são, portanto, os próprios do homem individual livre, existentes anteriormente ao Estado. O autor também considera como fundamentais os

direitos do indivíduo em relação a outros indivíduos – liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de discurso e de imprensa, liberdade de reunião, liberdade de associação e de sindicalização. Assim, os direitos fundamentais próprios do indivíduo, bem como do indivíduo em relação a outros indivíduos, são direitos fundamentais autênticos. Como tais, são absolutos, no sentido de que não resultam de nenhuma lei – a ingerência legal aparece apenas como situação excepcional limitada e regulada em termos legais. Nesse momento, Carl Schmitt insere uma nova diferenciação: direitos fundamentais absolutos e relativos. Os absolutos são os mencionados acima. Os relativos são os que são reconhecidos pela Constituição, mas dentro de limites da lei – como a liberdade de indústria e de contratação. Schmitt passa a abordar outras duas categorias de direitos do indivíduo, mas que se diferenciam um pouco dos direitos individuais de liberdade autênticos até agora abordados, por serem próprios da convivência em sociedade, em um Estado: são os direitos democráticos e os direitos socialistas. O primeiro se refere à condição de cidadão que vive em um Estado, tendo um caráter político. Carl Schmitt entende que estes ainda podem ser classificados de direitos fundamentais. Outra diferença é que eles não são ilimitados, tendo como base o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante o Estado. São estes: igualdade perante a lei, o direito de petição, direito de sufrágio, acesso igual aos cargos públicos. Já os direitos socialistas se referem aos direitos do indivíduo a prestações positivas por parte do Estado que não são ilimitados, mas, ao contrário, relativizados. Aqui, Schmitt entende não se tratar de direitos fundamentais, por ter estrutura lógica e jurídica contraposta aos autênticos direitos fundamentais e de liberdade burguesa. Dentre esta categoria de direitos, encontram-se: o direito ao trabalho, direito a assistência e subsídio, direito ao ensino e à instrução gratuita. (SCHMITT, 1996b, p. 169-175).

Apresentou-se, assim, o conceito de direitos fundamentais para Carl Schmitt, que, em síntese, se referem aos direitos de liberdade individual. Em seguida, passa-se a distinguir esses direitos fundamentais das garantias institucionais. Estas são previsões constitucionais, que foram nessa condição colocadas, como uma maneira de fazer impossível que tais direitos fossem suprimidos por via de legislação ordinária. A garantia institucional é, segundo Schmitt, limitada. Existe somente dentro do Estado, afetando uma instituição juridicamente reconhecida (SCHMITT, 1996b, p. 175). Carl Schmitt elenca alguns exemplos de garantias institucionais, como: proibição do Tribunal de Exceção (direito ao juiz legal), o matrimônio como base da vida familiar, descanso aos domingos, direito dos funcionários, liberdade da ciência e de seu ensino – típico das universidades. O autor comenta que a propriedade privada encontra-se em

certa situação de obscuridade, porque, na previsão da Constituição de Weimar, não fica claro se se trata de um direito fundamental ou de uma mera garantia institucional.

Carl Schmitt finaliza esta questão com a seguinte anotação:

Es preciso afirmar que en un Estado burgués de Derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho: esfera de libertad, ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación de la Ley constitucional, no pueden ser nunca más que derechos limitados en principio. Lo dicho vale para todas las garantías institucionales. (1996b, p. 184).

Encerramos por aqui a nossa abordagem da obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt. Os principais temas recepcionados pelos brasileiros foram, portanto, abordados. Esta obra de Schmitt tem grande importância, desenvolvendo, o autor, em detalhes, além dos temas aqui analisados, também o elemento político da Constituição moderna (doutrina da democracia, doutrina da monarquia, sistema parlamentarista) bem como a teoria constitucional do federalismo.

1.6. ATUAÇÃO DE CARL SCHMITT DURANTE O REGIME NAZISTA

Quando do advento do regime nazista, Carl Schmitt já era um renomado professor, reconhecido no meio acadêmico por suas obras como *Crise da democracia Parlamentar*, *Teoria Constitucional*, *O guardião da Constituição*, *O Conceito do Político*, *Legalidade e legitimidade*.

Em primeiro de maio de 1933, dia designado por Hitler como de festa nacional (Dia do Trabalho), Schmitt se filiou ao partido nazista (NSDAP),¹⁰ obtendo o número 2098860 (RÜTHERS, s/d, p. 41).

Durante os anos iniciais do regime nazista, o jurista Carl Schmitt se destacou, alcançando cargos públicos de prestígio.¹¹ Até então, Schmitt atuava como professor

¹⁰NSDAP: *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*.

¹¹Sobre o destaque de Carl Schmitt logo no início do regime nazista, comenta Michael Stolleis:

The figure at the centre of attention between 1933 and 1936 was unquestionably Carl Schmitt. Conscious of his power, he was a large presence on the scene. [...]

Yet in the first three years after 1933, nobody was faster or more effective at supplying the new regime with slogans. His intellect and gift of expression predestined him to grasp the new 'situation' and capture it in handy formulations. (2008, p. 340-341).

universitário, tendo lecionado em Greifswald (1921), em Bonn (1922) e em Berlim (1928). Com o início do regime nazista, no ano de 1933, Schmitt foi nomeado conselheiro de Estado da Prússia, tornou-se membro da Academia de Direito Alemão, passou a lecionar na renomada Universidade de Berlim (no início do ano havia se mudado para Colônia, mas logo voltou a Berlim). Em 1934 tornou-se editor do *Deutsche Juristen-Zeitung* (STOLLEIS, 2001, p. 562).

Índício significativo da contribuição de Carl Schmitt ao governo nacional-socialista encontra-se na sua atuação como Editor do *Deutsche Juristen-Zeitung*, periódico jurídico. Isso é perceptível tanto no conteúdo dos artigos veiculados, quanto pela mudança do símbolo do jornal.

A seguir, expõem-se três imagens, que apresentam capas de edições do *Deutsche Juristen-Zeitung*, dos anos 1933 e 1934, sob a edição de três diferentes personalidades: Otto Liebmann, Adolf Baumbach, e Carl Schmitt.¹²



Janeiro de 1933 – Otto Liebmann



Janeiro de 1934 – Adolf Baumbach

¹²Tais documentos foram acessados no acervo da Biblioteca da *Westfälische Wilhelms-Universität* (WWU), no ano de 2015.



Junho de 1934 – Carl Schmitt

Como se pode perceber, o símbolo do periódico foi modificado quando Carl Schmitt se tornou seu diretor. Passou a ter, em sua composição, o símbolo representativo do partido nazista.¹³

Material interessante de estudo sobre esse autor, que permitem a melhor compreensão de sua atuação durante o terceiro Reich, são suas publicações em periódicos jurídicos. Nos artigos ali publicados, Schmitt se posicionava acerca de temas políticos concretos de sua época. Bernd Rüthers comenta essa contribuição de Schmitt ao governo nacional socialista, no seguinte trecho:

En síntesis, conjuntamente con un ejército de conocidos colegas, SCHMITT produce y propaga teoría del derecho y del Estado nacionalsocialista y justifica los actos legislativos de los nuevos dueños del poder, exagerando frecuentemente su interpretación.

[...]

De mayo de 1933 (ingreso al partido) hasta diciembre de 1936 [...] escribió SCHMITT más de cuarenta (!) contribuciones, entre ellas ensayos breves y artículos fuera de la prensa especializada, pero también dos básicos folletos de teoría del derecho y el Estado, dedicado no al análisis, sino por completo a la aprobación entusiástica a los cambios constitucionales y legales bajo el dominio del nacional-



13

Esta imagem foi retirada de documentos acessados no acervo da Biblioteca da *Westfälische Wilhelms-Universität* (WWU), no ano de 2015.

socialismo. Especialmente clara es la fervorosa adhesión a los fines de los nuevos amos del poder al comienzo de su dominación. (s/d, p.67-80).

Um exemplo destes comentários políticos é o artigo “*Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*” (Lei para remediar a aflição do povo e Reich), publicado no *Deutsche Juristen-Zeitung*, em 1 de abril de 1933. Nesse texto, Schmitt apresentava sua interpretação jurídica a esta recente lei (datada de 24 de março de 1933), a qual permitia a Hitler criar leis sem a necessidade de autorização do poder legislativo. Criava-se, portanto, paralelamente, um novo legislador. Essa lei é considerada por muitos como um dos marcos jurídicos do regime nazista – também chamada de *Ermächtigungsgesetz* (Lei de plenos poderes).

Após o incêndio do *Reichstag* – o parlamento alemão –, o Presidente Hindenburg expediu um Decreto (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*), datado de 28 de fevereiro de 1933. Neste decreto, restringiram-se direitos fundamentais, com base na situação de emergência – invocando o art. 48 da Constituição de Weimar. Hitler aproveitou esse momento de flexibilização dos direitos fundamentais dos cidadãos para perseguir a sua oposição política, principalmente os componentes do partido comunista. Pouco tempo depois, Hitler apresentou ao *Reichstagesse* projeto de lei, em que se previa um novo legislador, o governo do Reich (*Reichsregierung*). A lei foi aprovada com quórum de emenda constitucional, previsto na Constituição de Weimar (2/3 e 2/3), criando-se, com isso, uma aparência de legalidade. Diz-se aparência, pois, naquela votação, os membros do partido comunista não compareceram, pois haviam sido previamente perseguidos por Hitler.

Comenta Luis Villar Borda, no seu prefácio à obra de Bernd Rüthers:

Tomando como pretexto el incendio del Reichstag, el 27 de febrero de 1933, es decir, apenas unos pocos días después de la posesión de HITLER como Canciller, se culpó falsamente a los comunistas, tal como hoy lo demuestran los historiadores serios e imparciales, y se ordenaron acciones policiales inmediatas para capturar a los funcionarios de ese partido, ocupar sus oficinas y expropiar sus bienes. La exclusión de los diputados comunistas permitió a HITLER conseguir mayoría en el *Reichstag*, aislando el único grupo opositor, la socialdemocracia, cuyos días también estarían contados. (s/d, p.15).

Ernst Fraenkel, autor do livro *The Dual State*,¹⁴ apresenta sua análise acerca desse momento político vivido pelo povo alemão. Este autor entende que o governo nazista realizou

¹⁴Esta obra de Ernst Fraenkel é uma das referências para análise do terceiro Reich, tendo criado a terminologia do Estado Dual. Este livro foi escrito quando o autor morava na Alemanha, durante o início do regime nazista. Fraenkel teve que fugir do país, passando a residir nos Estados Unidos, onde publicou esta obra, no ano de 1941 - ainda durante a vigência do regime nazista. Além da importância histórica do livro, com análise atual e de fontes primárias, o autor lança a perspectiva de que a Alemanha nazista consistia em um Estado Dual, composto pela

um golpe de Estado, devido à maneira pela qual o decreto foi executado. No seguinte trecho, explica Fraenkel:

The National-Socialist legend of the ‘legal revolution’ is contradicted by the reality of the illegal *coup d’état*. The events leading up to the Decree of February 28, 1933 are known generally and need not be repeated here. What is significant, however, is that the *coup d’état* consists neither in the Reichstag fire of February 27, 1933, nor in the Emergency Decree of February 28, 1933, but rather in the execution of this decree itself.

[...]

Endowed with all the powers required by a state of siege, the National-Socialists were able to transform the constitutional and temporary dictatorship (intended to restore public order) into an unconstitutional and permanent dictatorship and to provide the framework of the National-Socialist state with unlimited powers. The National-Socialist *coup d’état* resulted from the arbitrary application of the Emergency Decree of February 28, 1933, which made a mandatory dictatorship absolute. The extension and maintenance of this absolute dictatorship is the task of the Prerogative State (FRAENKEL, 1941, p. 4-5).

Em seguida, Ernst Fraenkel evidencia que os próprios membros do partido nazista reconheciam que a perseguição aos comunistas, devido ao fogo ateadado ao *Reichstag*, era uma mera desculpa para quebrar leis antigas.

Even National-Socialists occasionally admit that the Reichstag fire came at an opportune time and that the ensuing temporary dictatorship was a welcome occasion for the abolition of the civil Rule of Law. The mouthpieces of National-Socialism themselves state that the threat of Communism was merely the excuse for the breaking of the old laws. Hamel, a Nazi expert in police law and Professor of Constitutional Law at the University of Cologne, says that ‘the fight against Communism merely gave the National-Socialist state the opportunity to break down barriers which now must be regarded as senseless.’ (FRAENKEL, 1941, p. 12) [grifo nosso].

Ernst Fraenkel afirma que o regime pretendia manter as custódias protetivas como forma de manutenção do poder absoluto do partido nazista e para estabelecer uma ditadura absoluta. Como afirma o autor:

The same attitude is expressed in Hamel’s statement that protective custody is not merely incidental to the revolution, disappearing upon the return to normal conditions of being absorbed by the general penal law. The fiction that protective custody is a necessary means of dealing with the enemies of the state long since has been abandoned. It is now recognized to be what it actually was in the beginning, a means of preserving the absolute power of the National-Socialist Party, i.e., of establishing an absolute dictatorship. (FRAENKEL, 1941, p. 12).

coexistência de um Estado de Prerrogativa (*Massnahmenstaat*) e de um Estado Normativo (*Normenstaat*). Fraenkel explicita esses conceitos:

TOTALITARIAN’ is a word of many meanings too often inadequately defined. In this treatise we have tried to isolate one important characteristic of the totalitarian state in Germany, and by studying this fundamental aspect of the National-Socialist regime we hope to make clearer the legal reality of the Third Reich.

We have not attempted an exhaustive picture of the whole of the emerging legal system; rather we have sought to analyze the two states, the ‘Prerogative State’ and the ‘Normative State’, as we shall call them, which co-exist in National-Socialist Germany. By the Prerogative State we mean that governmental system which exercises unlimited arbitrariness and violence unchecked by any legal guarantees, and by the Normative State an administrative body endowed with elaborate powers for safeguarding the legal order as expressed in statutes, decisions of the courts, and activities of the administrative agencies. (FRAENKEL, 1941, p. XVIII).

Michael Stolleis, em sua obra *A History of Public Law in Germany: 1914-1945* faz um completo panorama do contexto histórico daquele conturbado momento político da Alemanha:

With the suspension of basic rights in the wake of the Reichstag fire and the Enabling Act of 24 March 1933, key pieces had been wrenched from the first and second main sections of the Weimar Constitution. All previous, subtle reflections on where to situate the two main sections of the constitution were suddenly moot. Carl Schmitt made the apodictic and correct statement: ‘The Weimar Constitution is no longer in force’. The legally protected distance between state and citizen had been abolished along with outlawing of certain parties, and the elevation of the NSDAP to the state party, the Reichstag was merely an organ of acclamation, further weakened by the fact that the regime could also appeal to the people to render its acclamation directly.

[...]

The sole ‘positive, valid basic law of the present polity’ was now ‘the unconditional primacy of political leadership’. As decisions were increasingly concentrated in the dictator or were delegated by him – in circumvention of the relevant offices-to agents, who then had to amass their authority from the traditional departments, the state became less and less ‘constitutional’. The fact that the activity of the government became during war a mixture of jurisdictional chaos, apathy, and sincere efforts to hold out was not an aberration resulting from the war, but the consequence of the destruction of the constitution that began on 28 February 1933. (2008, p.332-335).

Com esse contexto em mente, voltemos ao texto de Carl Schmitt, que comenta essa importante lei – que mostrava, já no início do regime nazista, suas inclinações autoritárias. Nesse artigo, Schmitt defendia que além de leis, Hitler poderia, inclusive, modificar a própria Constituição. Interpretação evidentemente favorável ao governo nazista, portanto. Bernd Rüthers comenta esse artigo de Schmitt:

En el curso de una semana, luego de la ley de poderes especiales del 24 de marzo de 1933, justificó el, en un ensayo aparecido el primero de abril de 1933, la eliminación de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales por la dirigencia nacionalsocialista, y por cierto en evidente contradicción con sus antiguas convicciones sobre los límites constitucionales inmanentes de cada modificación de la Constitución. La ley de poderes especiales es, para él, “en verdad [...] una transitoria ley constitucional de la nueva Alemania”. En la elección del Reichstag (Parlamento) de 5 de marzo de 1933 ve SCHMITT un “plebiscito mediante el cual el pueblo alemán ha reconocido a ADOLFO HITLER [...] como el Führer (dirigente) político del pueblo alemán”. (s/d, p. 80).

Outro exemplo é seu artigo *Der Führerschützt das Recht (O Führer protege o direito)*, também publicado no *Deutsche Juristen-Zeitung*, em 1 de agosto de 1934. Neste texto, Schmitt justifica o massacre realizado por Hitler contra seus inimigos políticos, ocorrido pouco tempo antes, em 24 de junho de 1934. Afirma Schmitt que o *Führer* cria a lei, sendo também seu juiz supremo. Classifica o ato de perseguição do *Führer* como de autêntica judicatura.

O *Führer* protege o direito do pior abuso, quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força da sua liderança [*Führertum*] e enquanto Juiz Supremo. “Nessa hora fui responsável pelo destino da nação alemã e com isso Juiz Supremo do povo alemão”. O verdadeiro líder [*Führer*] sempre é também juiz. Da liderança [*Führertum*] emana a judicatura [*Richtertum*].

[...]

Em verdade, o ato do *Führer* foi o exercício de uma autêntica judicatura. Ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema. Não se tratou da ação de um ditador

republicano que em um espaço vazio de direito, enquanto a lei por um instante fecha os olhos, cria fatos consumados para que depois, no assimariado chão dos novos fatos, as ficções da legalidade sem lacunas possam novamente ocupar o seu lugar. A judicatura do *Führer* brota da mesma fonte de direito da qual brota também todo e qualquer direito de qualquer povo. Na necessidade suprema, o direito supremo prova o seu valor [*bewährtsich*] e manifesta-se o grau mais elevado da realização judicantemente vingativa desse direito. Todo o direito tem a sua origem no direito do povo à vida. Toda a lei do Estado, toda a sentença judicial contém apenas tanto direito quanto lhe afluê dessa fonte. O resto não é direito, mas um “tecido de normas positivas coercitivas”, do qual um criminoso hábil zomba. (SCHMITT in MACEDO JR., 2011).

Bernd Rüthers apresenta detalhado comentário acerca deste texto de Schmitt:

La reacción de SCHMITT ante la acción de asesinatos colectivos de HITLER es ampliamente conocida. En su propia publicación, *Deutsche Juristenzeitung*, apareció el 1.º de agosto de 1934 un artículo sobre los acontecimientos con el título “El *Führer* protege el derecho”. Allí justifica los asesinatos ordenados por HITLER mediante la proclamación de una nueva fuente del derecho:

[...]

El 30 de junio de 1934 debió hacer comprender a todo ciudadano, pero en primer lugar a los juristas reflexivos, la realidad de dos perversiones del derecho:

1. La orden criminal del *Führer* es declarada fuente del derecho.
2. El *Concepto de lo político* de CARL SCHMITT, que se funda exhaustivamente en la diferencia de amigo y enemigo e incluye la posibilidad de eliminación física, fue superado ampliamente por la praxis asesina del nacionalsocialismo. Ya no solo se dio muerte a los “enemigos”. Cuando pareció conveniente, también estrechos colaboradores, incluso amigos y camaradas políticos, fueron liquidados y se justificó su asesinato cuando fueron declarados enemigos por el *Führer*.

[...]

Entre los asesinados estaban, con SCHLEICHER, EDGAR JUNG y ERICH KLAUSENER, esto es, a lo menos tres personas que no podían ser indiferentes para SCHMITT. (s/d, p.84-87).

Como se pode perceber, esses dois artigos de Carl Schmitt, *Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, e *Der Führer schützt das Recht*, são exemplos de como este autor escrevia reativamente aos acontecimentos políticos de sua época. Os textos de Schmitt eminentemente políticos, escritos durante o seu período ativo politicamente no início do terceiro Reich, apresentam coerência com seus anteriores livros – *Teologia Política*, *Conceito do Político* –, como quando, por exemplo, criticam o sistema representativo liberal, defendem o autoritarismo, a eliminação de um inimigo público pelo governo (nessas obras ainda indeterminado). Contudo, as suas posições políticas, pouco a pouco, vão se extremando. Isso se percebe quando, em seus novos textos, começa a inserir elementos da ideologia nazista – antes não presentes em sua obra – como a defesa do antissemitismo, do *Führer* como legislador e juiz supremo. Rüthers também aponta o momento em que Schmitt defende o programa do partido nacional socialista como a mais importante fonte do direito – artigo *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes* (s/d, p.83). Como contribuições intelectuais diretas de Carl Schmitt ao regime nazista, Michael Stolleis comenta:

Schmitt conceptualized the still inchoate newness of the ‘constitution of political unity’ in a double triad. He drew a distinction between, first, the bureaucratic and the

military command apparatus (the state); second, the state party (the movement) that ran in a similar way up towards a single point; and third, the 'people' organized into autonomous units, including the churches. The law enacted by the state now became a pure instrument. Legality, which had once mediated legitimacy, was demoted to a purposive 'functional mode of the state's bureaucratic apparatus'.

These three spheres were to be interconnected essentially through personal unions, but would remain distinguishable. [...]

With the phrase 'state, movement, people', Schmitt had articulated the trinity that also pervaded the entire propaganda apparatus of the regime. [...]

Carl Schmitt's ability to articulate, more quickly than the others, the adaptable formula without bothering to define it with greater precision let alone giving any thought to its realization is even more evident in his tract *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* ('On the Three Kinds of Thinking in Jurisprudence'). His apodictic assertion that there were only three possible ways of thinking (norm, decision, order) was-precisely, it would seem, because of its simplicity and the vagueness of the phrase 'concrete order and creation thinking' (*konkretes Ordnungs-und Gestaltungsdenken*)-the sustenance a rattled legal profession needed. The decision had been made, normativism was declared to have been 'overcome', which meant that the ambiguous doubling of (conservative) order and (dynamic) creation could appear as the model pointing the way to the future. (2008, p.340-342).

No ano de 1936, Carl Schmitt se afastou dos cargos políticos que havia recebido durante o regime nazista, apenas remanescendo com sua cátedra na universidade de Berlim. Passou a se dedicar aos estudos de Direito Internacional Público. Com o fim da guerra, Schmitt ficou preso pelos aliados por cerca de um ano, onde escreveu a obra *Capitivitate Salus* (MORAIS, 2014, p. 30). Após sua liberação, a partir de 1945, passou a residir na sua casa em Plettenberg, no Estado da *Nordrhein-Westfalen*. Deixou de escrever textos ligados à política da época, passando a se dedicar a área do direito internacional. Afastou-se, portanto, da sua anterior atuação direta no terceiro Reich – como editor do *Deutsche Juristen-Zeitung*, membro da Academia de Direito Alemã, Ministro da Justiça da Prússia. (STOLLEIS, 2001, p.562).

Bernd Rüthers, em seu livro *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, defende a tese de que esse distanciamento de Schmitt do governo nacional-socialista teria ocorrido por próprio rechaçamento sofrido por Schmitt dos que seriam os *verdadeiros* membros do partido nacional-socialista – havia uma certa diferenciação entre os membros mais antigos do partido, com os mais novos – isso devido ao fato de Schmitt somente ter se filiado ao partido nazista em 1 de maio de 1933, ou seja, momento posterior à nomeação de Hitler a chanceler pelo Presidente Hindenburg. Havia, ainda, dúvidas sobre o antissemitismo de Schmitt – que, no passado, tinha mantido relações intensas, inclusive de amizade, com colegas judeus, como por exemplo com Fritz Eisler, Hermann Heller, Moritz Julius Bonn, Franz Blei, Waldemar Gurian (RÜTHERS, s/d, p.76). Em 3 de dezembro de 1963, comenta Rüthers, apareceu um artigo no *Das Schwarze Korps* – periódico interno da SS -, com fortes críticas a Schmitt, acusando seu antissemitismo de ser mero oportunismo, bem como mencionando seu importante papel como jurista do

catolicismo, durante a República de Weimar – o que implicaria não ser Schmitt um verdadeiro defensor da ideologia nacional-socialista -, além se ter colacionado escritos em que Schmitt havia rechaçado o romantismo da ideologia racista (s/d, p. 114-115). Assim, segundo este autor, da noite para o dia, Schmitt passou de alto representante da hierarquia do partido nacional-socialista, para um pária (RÜTHERS, s/d, p. 116).

2. A RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT POR FRANCISCO CAMPOS: UM CASO ESPECIAL

A partir de agora, passaremos a analisar o fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro, de 1930 a 1970. Nessa época se estava criando um projeto de Estado nacional, no sentido de um desenvolvimento capitalista, com grandes debates político-jurídicos. Para Gilberto Bercovici, a etapa decisiva da constituição do Estado brasileiro se dá a partir da Revolução de 1930 (2012, p. 376). O autor comenta o contexto que levou a tal situação, bem como as principais modificações no Estado brasileiro inauguradas por esse movimento:

Os choques entre as oligarquias estaduais e a cisão nas Forças Armadas, aliadas à forte crise econômica que se iniciou com a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, causaram, por meio da Revolução de 03.10.1930, a queda do regime da Constituição de 1891. O desmonte da máquina política da Primeira República teve início com o Decreto 19.398, de 11.11.1930, que instituiu e regulamentava as funções do Governo Provisório formado pelos revolucionários vitoriosos. [...]

A etapa decisiva de constituição do Estado brasileiro ocorre a partir da Revolução de 1930. As tarefas a serem enfrentadas eram inúmeras: a centralização e unificação do poder estatal, a “*estatização das relações sociais*”, quando os vários segmentos da sociedade passaram a buscar o Estado como *locus* privilegiado para garantir ou ampliar seus interesses, a intervenção econômica minimamente planejada, a construção de um aparelho burocrático-administrativo etc.

[...]

O Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Entretanto, apesar das contradições e limitações estruturais, é um Estado que pode terminar o projeto de formação nacional, ultrapassando a barreira do subdesenvolvimento. (2012, p. 376-377).

Durante esse processo de construção de Estado Nacional ocorreram várias mudanças políticas, culminando nas Constituições de 1934, 1946, 1937, 1967 e na Emenda nº 1 de 1969.

Um jurista especialmente relevante para o estudo da recepção das ideias de Carl Schmitt no Brasil neste período histórico é Francisco Campos. Dedicaremos à análise de sua obra a integralidade deste segundo capítulo da monografia. Tal tratamento diferenciado se justifica por ter sido Francisco Campos o jurista brasileiro que, influenciado pelas ideias de Carl Schmitt, teria posto algumas delas em prática, quando da sua contribuição nos regimes autoritários brasileiros do Estado Novo (1937-45) e da ditadura militar (1964-85).

Segundo Airton Seelaender, Francisco Campos é geralmente associado com o autoritarismo da Carta de 37 e de seus escritos do período do Estado Novo. Não recebe, no

entender de Seelaender, Francisco Campos, da memória do meio jurídico, o mesmo tratamento compreensivo que é concedido a outros juristas que colaboraram a ditadura militar – como o conferido a Alfredo Buzaid. Em diversas ocasiões, Francisco Campos é descrito como fascista, quase-fascista ou como reacionário – havendo quem, inclusive, negasse a Campos a condição de jurista. Contudo, entende Seelaender que o percurso político e intelectual de Campos é muito mais complexo do que tal descrição, revelando uma capacidade de adaptação a mudanças no quadro político e social (SEELAENDER, CASTRO, 2010, p. 256-257).

Francisco Campos possui uma peculiar trajetória de carreira. Foi um dos protagonistas da preparação do Estado Novo, tendo moldado pessoalmente a Carta de 1937 (SEELAENDER, CASTRO, 2010, p. 261). Com o fim do Estado Novo, Campos abandonou o discurso autoritário, passando a contribuir com o movimento pró-democratização – apesar de seu nome ainda ser associado com a Carta de 1937. No novo regime, Francisco Campos não obteve tantos êxitos políticos quanto no Estado Novo, mas conseguiu manter seu prestígio como jurisconsulto e como profissional (SEELAENDER, CASTRO, 2010, p. 262). Airton Seelaender afirma que na década de 60, o nome de Campos voltou a ser associado a causas políticas, pelos seguintes motivos: por ter dado parecer favorável a um conglomerado estrangeiro (Hanna), que atuava no ramo do ferro e era combatido por nacionalistas; e por haver certos indícios de que teria tido relações de proximidade com o complexo Ibes/Ibad – entidades que canalizavam recursos empresariais na luta contra o presidente João Goulart, tendo contribuído o Ibad para a preparação do golpe de 1964 (SEELAENDER, CASTRO, 2010, p. 262-263). Diante de tais elementos, afirma Airton Seelaender:

Ligações desse jaez e o antiesquerdismo de Campos habilitavam-no, sem dúvida, para colaborar com as lideranças do Movimento de 64. Fruto de tal colaboração, o preâmbulo do primeiro Ato Institucional comprovaria mais uma vez a capacidade de Campos de combinar teorias estrangeiras e conveniências locais, legitimando o esmagar, pela força, de uma ordem constitucional democrática. Aderindo ao novo regime, o jurisconsulto contribuiria para viabilizar medidas de repressão a opositores, inclusive sustentando a competência da Justiça Militar para os casos de subversão. (SEELAENDER, CASTRO, 2010, p. 263).

Da detida análise da carreira de Francisco Campos, Airton Seelaender e Alexander de Castro entendem que seja equivocado verificar em Campos um jurista permanentemente autoritário (2010, p. 260). Optam os autores por categorizá-lo como um jurista adaptável:

As fontes aqui analisadas, em suma, não parecem reforçar a visão usual de Campos como expressão de um autoritarismo monolítico e de um estatismo sistemático. Pelo contrário, revelam um jurista extremamente adaptável às circunstâncias políticas e econômicas – sem compromissos definitivos nem com ortodoxias doutrinárias, nem com movimentos políticos, nem com os interesses de sua classe de origem. Um jurisconsulto adaptável – como tantos outros em nossa história. Um jurisconsulto,

enfim, que via “acelerado o rhytmo da mudança” à sua volta – e que abertamente proclamava, por isso mesmo, que a nova “attitude do espirito” deveria “ser uma attitude de permanente adaptação não a situações definidas, mas simplesmente de adaptação à mudança”. (SEELAENDER, CASTRO, 2010, p. 286).

A seguir, passaremos a analisar os principais escritos de Francisco Campos, ao longo da trajetória de sua carreira, buscando verificar de que maneira este autor teria utilizado ideias de Carl Schmitt nos diferentes momentos políticos: como agente político e defensor do Estado Novo, tendo redigido a Constituição de 1937, posteriormente, no processo de redemocratização, como parecerista defensor das liberdades dos indivíduos e das garantias constitucionais e, em seguida, com o advento da ditadura militar, como seu colaborador, tendo participação na redação dos atos institucionais de 9 de abril de 1964 e de número 2 de 1965. A compreensão de Francisco Campos, portanto, como um jurista adaptável nos acompanhará nessa tarefa.

2.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1937: INSTAURAÇÃO DO ESTADO NOVO

Getúlio Vargas chegou ao poder no ano de 1930 através da revolução, que culminou na deposição do presidente Washington Luís Pereira de Souza pelas Forças Armadas – que logo transmitiu o governo a Vargas (CRETELLA JR., 2000, p. 35-36). Teve início, assim, o chamado governo provisório, onde Vargas permaneceria no poder até a promulgação da nova constituição pela Assembleia Nacional Constituinte a ser eleita.¹⁵

Elaborada a Constituição de 1934, esta dispunha que a Assembleia Nacional Constituinte elegeria, na data da sua promulgação, o novo presidente para um mandato de 4 (quatro) anos.¹⁶ Getúlio Vargas foi o eleito. Iniciou-se a fase do governo constitucionalista, que durou até a instauração do Estado Novo – com a outorga da Constituição de 1937, redigida por Francisco Campos.

No dia 10 de novembro de 1937, foi realizado um golpe de estado. Getúlio Vargas, apoiado pelas forças armadas, fechou o Congresso, passando a governar através de decretos-leis. Vargas justificou tal atitude na necessidade de tomar medidas radicais destinadas a pôr fim à situação de conturbação da paz e política social, por fatores de desordem e desintegradores,

¹⁵Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930:

Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléa Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país;

¹⁶Constituição de 1934. nas Disposições Transitórias:

Art 1º - Promulgada esta Constituição a Assembléa Nacional Constituinte elegerá, no dia imediato, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional.

além de estar o país a beira da guerra civil, com infiltração comunista cada dia mais profunda (CRETELLA JR., 2000, p. 44).

A Constituição de 10 de novembro de 1937, como se sabe, foi redigida por Francisco Campos – que, naquele momento, ocupava o cargo de Ministro da Justiça. Na obra *Elementos de Direito Constitucional*, Cretella Junior comenta:

Tendo um total de 187 artigos, como a Constituição anterior, redigida apressadamente por Francisco Campos, a carta de 1937 entra logo em vigor, tendo sido anunciada pelo rádio em todo o país.

Daí por diante, o jurista Francisco Campos, apelidado “Chico-Ciência”, por dominar todos os ramos da ciência jurídica, além de ser dotado de grande memória, clara inteligência e brilhantismo, passou a assessorar o ditador, redigindo as leis rapidamente e, não raro, transplantando para o Brasil diplomas legislativos estrangeiros, nem sempre com as necessárias adaptações.

Deve-se a Francisco Campos a redação da Carta de 1937, elaborada em poucos dias e datilografada pelo então jovem Bel. Carlos Medeiros Silva, seu ajudante direto, depois notável e culto Jurista. (2000, p. 45-46).

Passaremos, neste momento, a analisar o texto da Constituição de 1937, redigida por Francisco Campos, buscando verificar se existiriam relações entre o seu conteúdo e a obra de Carl Schmitt.

Dispõe a justificativa que precede o texto da Constituição de 1937:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País: [...].

É possível verificar, nesta justificativa, certas afinidades com elementos da obra de Carl Schmitt.

Fundamenta-se a outorga da Constituição pelo Presidente da República no fato de o país estar vivendo uma situação de perturbação e desordem, com suas instituições civis e políticas sofrendo decomposição rapidamente, o que colocava a nação sob iminência de guerra civil. Em seguida, indica-se um inimigo público: os comunistas que, ao infiltrarem o país, geram uma situação de apreensão que, no entender do constituinte, exigia remédios radicais e permanentes. Nestes pontos acima descritos, entendemos que a obra *O Conceito do Político*, de Carl Schmitt, possa ter inspirado a redação do referido texto constitucional. O Estado, na figura do Presidente da República, ao verificar a iminência de guerra civil, decide tomar medidas para proteger a ordem existente. Não se fala abertamente em guerra contra o inimigo – no caso, os comunistas –, mas sim em “remédios radicais e permanentes”.

A própria outorga da Constituição é vista como uma maneira de realizar a tarefa de manter a unidade do povo brasileiro. Aqui, entendemos que o conteúdo do texto se afasta, em certa medida, da teoria de Carl Schmitt. Essa afirmação é feita pelos motivos a serem expostos na sequência. A outorga da Constituição 1937 é entendida como uma maneira de manter, de proteger aquela unidade política existente. Contudo, a solução tradicional dada por Schmitt, nesse caso, seria a suspensão da constituição existente, com a tomada de medidas necessárias, por parte do Estado, para o restabelecimento da ordem perturbada, podendo restringir certos direitos fundamentais – figura ditadura comissária, criada na obra *A Ditadura*, de Carl Schmitt. No caso brasileiro, afirma-se buscar proteger a ordem existente, mas não por meio de suspensão da constituição, e sim através da outorga de uma nova constituição – que traria disposições mais aptas a lidar com esse tipo de situação. Contudo, na teoria de Carl Schmitt, a criação de uma nova Constituição seria fruto de uma ditadura soberana – com ocorrência de uma revolução, onde se busca acabar com a constituição anterior, criando-se condições para a implantação de uma nova constituição, que esteja de acordo com a vontade do poder constituinte. No caso da Constituição brasileira de 1937, a intenção declarada do Chefe do Poder Executivo, que a outorgou, se aproxima da ditadura comissária, mas que busca ser realizada por meio de uma nova constituição.

Outro ponto a merecer breve comentário é o conteúdo do artigo 187 da Carta de 1937.¹⁷ Este previa que a Constituição seria submetida a um plebiscito nacional. Carl Schmitt, em sua *Teoria Constitucional*, defende que existem diversas formas de execução e formulação da vontade do poder constituinte do povo. A tradicional é a da Assembleia Nacional Constituinte,

¹⁷Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

eleita por sufrágio universal. Schmitt caracteriza como democrático também o procedimento em que o texto constitucional tenha sido elaborado de uma maneira qualquer, sendo submetido posteriormente à aprovação do povo, através de plebiscito (como exemplo, Schmitt aponta os plebiscitos napoleônicos) (1996b, p.101-102). Assim, Francisco Campos, ao receber a tarefa de redigir o texto constitucional do Estado Novo, poderia ter inserido tal dispositivo por eventual influência da obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt – a que sabemos ter tido Campos acesso. Estamos conscientes, contudo, de que esse é um mero exercício de suposição – pois não dispusemos de maiores provas para realizar tal afirmação. Limitamo-nos a apontar eventual influência.

Gilberto Bercovici apresenta relevante análise acerca da Constituição de 1937, especificamente no tocante à questão da previsão de suspensão da própria constituição – contida na obra de Carl Schmitt:

Embora não cite diretamente Carl Schmitt, a presença das concepções schmittianas é clara nos textos de Francisco Campos. Além da ideia de um líder acima das forças políticas desagregadoras, há a adoção do conceito de suspensão de si própria na Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937. Afinal, por mais paradoxal que possa parecer, o texto legal de 1937 nunca foi aplicado. Nele, o artigo 178 dissolveu o Poder Legislativo em todas as esferas governamentais do Brasil e previa que o presidente da República convocaria eleições depois de realizado o plebiscito previsto no artigo 187. Enquanto não se reunisse o Parlamento nacional, o presidente teria o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União (artigo 180). De acordo com seu artigo 187, a Constituição deveria ser submetida a um plebiscito para que a população se manifestasse sobre sua eventual adoção. Esse plebiscito nunca foi convocado e, por isso, não foram marcadas as eleições parlamentares previstas na própria Constituição de 1937. O que houve durante o Estado Novo foi a ditadura pura e simples do chefe do Poder Executivo. (BERCOVICI, 2013, p. 111).

Bercovici destaca, portanto, o paradoxo de a Constituição de 1937 – outorgada pelo próprio governo para ser mais apta à situação que vivia o país – nunca ter sido aplicada. O Congresso Nacional foi fechado (art. 178),¹⁸ governando Getúlio Vargas por meio de decretos-leis (art. 180),¹⁹ durante todo o período do Estado Novo. Como se percebe, essas atuações estavam de acordo previsões da própria Constituição de 1937 – como bem afirmou Bercovici, o próprio texto constitucional previa a sua suspensão. Além disso, o plebiscito, previsto no art. 187,²⁰ em que se iria submeter o texto constitucional à aprovação do povo não foi convocado

¹⁸ Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

¹⁹ Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

²⁰ Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

por Getúlio Vargas (BERCOVICI, 2013, p. 111). Acrescentamos, aqui, que a referida constituição, no caso de normalidade, dispunha que apenas o Presidente da República detinha a iniciativa de propor projetos de lei (art. 38) —²¹ essa atuação limitada dos parlamentares nem chegou a se dar, haja vista que o Congresso Nacional permaneceu fechado durante todo o Estado Novo. Consideramos que tais dados são importantes para melhor entendermos o governo do Estado Novo. Apesar de nossa pesquisa ter o enfoque na recepção das ideias, entendemos que seja importante mencionar, mesmo que brevemente, como os textos estudados foram aplicados na prática.

Gostaríamos de acrescentar que a nossa análise foi realizada com certa liberdade, pois alguns pontos foram baseados apenas na interpretação da Constituição de 1937. Nessa tarefa, buscamos verificar, na análise do texto constitucional em si, se este continha disposições que fossem similares às ideias desenvolvidas por Carl Schmitt em suas obras. Já nessa análise inicial, conseguimos verificar alguma influência do pensamento schmittiano na Constituição de 1937. No tópico seguinte, analisaremos os comentários de Francisco Campos acerca da Constituição de 1937, contidos em *O Estado Nacional*. Nesta obra, podemos encontrar mais elementos que confirmam a influência das ideias de Carl Schmitt na Constituição de 1937.

2.2. O ESTADO NACIONAL

No livro *O Estado Nacional* se encontram reunidos diversas entrevistas, conferências, discursos de Francisco Campos, sobre o período do Estado Novo (1937-1945). Francisco Campos, em tais textos, defende o governo autoritário de Getúlio Vargas. Em especial, Campos desenvolve os argumentos jurídicos que fundamentam as disposições da Constituição de 1937, de sua autoria. Da análise desta obra, se pode melhor compreender a maneira pela qual Francisco Campos entendia a política do Estado Nacional. O enfoque da presente análise será dado nos pontos em que Francisco Campos, ao justificar o período autoritário do Estado Novo, teria sido recepcionado ideias de Carl Schmitt.

Gilberto Bercovici tece comentários sobre esta obra de Francisco Campos:

O principal jurista do Estado Novo foi o autor da Carta de 1937 e Ministro da Justiça até 1942 (ano em que o Brasil rompe relações diplomáticas com os países do Eixo e

²¹ Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

entra na Segunda Guerra Mundial ao lado dos Aliados) Francisco Campos. A sua defesa do regime autoritário se fez simultaneamente com o exercício das funções ministeriais, condensada na coletânea intitulada **O Estado Nacional: Sua Estrutura, Seu Conteúdo Ideológico**, publicada em 1940. Para Francisco Campos, a sociedade de massas só poderia ser bem governada por uma liderança carismática em um Estado autoritário, que conseguiria, assim, eliminar os conflitos e tensões sociais potencialmente desestabilizadores: “*O regimen politico das massas é o da ditadura (...) Não ha hoje um povo que não clame por um Cesar*”. (2012, p. 390).

A obra se inicia com o comentário de Francisco Campos sobre a política de seu tempo. Campos afirma que, naquele período (1935), se estava vivendo uma época de transição. Nos termos de Francisco Campos:

O que chamamos de época de transição é exatamente esta época profundamente trágica, em que se torna agudo o conflito entre as formas tradicionais do nosso espírito, aquelas em que fomos educados e de cujo ângulo tomamos a nossa perspectiva sobre o mundo, e as formas inéditas sob as quais os acontecimentos apresentam a sua configuração.

Nas épocas de transição, o presente, ainda não acabada a ressonância da sua hora, já se converteu em passado. O demônio do tempo como sob a tensão escatológica da próxima e derradeira catástrofe, parece acelerar o passo da mudança, fazendo desfilar diante dos olhos humanos, sem as pausas a que estavam habituados, todo o seu jogo de formas que, nas condições normais, teriam que ser distribuídas segundo uma linha de sucessão mais ou menos definida e coerente. Daí, o caráter problemático de tudo: acelerado o ritmo da mudança, toda situação passa a provisória, e a atitude do espírito há de ser uma atitude de permanente adaptação, não a situações definidas, mas simplesmente de adaptação à mudança. A função normal do espírito [...] passou a ser precisamente o oposto, isto é, a de mudar perpetuamente o seu sistema de referências, em função de posições em movimento (2002, p.11-12).

Assim, diante dessa época de transição, onde as referências podem mudar a qualquer instante, cabe à Educação preparar as pessoas “para o que der e vier” (CAMPOS, 2002, p. 12). Para Campos, se começava a entrar em um clima de massas. Estas são fascinadas pela personalidade carismática. Para este jurista, o regime político próprio das massas é o da ditadura. A única forma natural de expressão da vontade das massas é o plebiscito, por meio do voto-aclamação (CAMPOS, 2002, p. 28). As massas são movidas pelo mito, pela irracionalidade. O clima das massas é o de grandes tensões políticas. Não seria cabível, portanto, falar em debates parlamentares – próprios do liberalismo (CAMPOS, 2002, p. 35) – que são baseados na racionalidade. Nesse contexto, as instituições democráticas passam a se divorciar do liberalismo (CAMPOS, 2002, p. 35). Em meio a essa realidade das massas, alerta Francisco Campos:

A conseqüência do desdobramento desse processo dialético será, por força, a transformação da democracia, de regime relativista ou liberal, em estado integral ou totalitário, deslocado, com velocidade crescente, o centro das decisões políticas da esfera intelectual da discussão para o plano irracional ou ditatorial da vontade. É o que já se vem observando nos regimes democráticos, em que, dia a dia, aumenta a zona de proscricção ou de ostracismo político a que vão sendo relegadas massas de opinião cada vez mais volumosas e significativas (2002, p. 38).

Assim, naquela época, Francisco Campos verificava que os processos de captação da maioria deveriam fazer uso da irracionalidade. Em virtude disso, as instituições parlamentares – com a categoria da discussão própria do liberalismo – já não correspondiam mais a essa realidade. Os parlamentos estavam esvaziados de conteúdo ou significado espiritual. No processo político, não se trataria mais de resolver divergências de ideias, mas de compor antagonismos de interesses, para cada um dos polos de conflito reunir a maior massa de força, para conseguir obter uma decisão final inteiramente favorável (CAMPOS, 2002, p. 45).

Era dessa maneira que Campos compreendia a política da atualidade em que vivia. Uma época de transição para uma sociedade de massas, movida pela irracionalidade, pelos mitos, em que se buscava a figura de um César. Verifica-se, no desenvolvimento desses argumentos, certa semelhança com o texto *Crise da Democracia Parlamentar*, de Carl Schmitt. Para Campos, não seria compatível com essa nova realidade da sociedade de massas, portanto, o sistema parlamentar representativo tradicional do liberalismo – baseado na racionalidade, no alongado debate de ideias. Nesse contexto de mudança de referências e valores, a Educação deveria preparar as pessoas para que ficassem aptas a lidar com as situações mais imprevisíveis.

Leonardo Barbosa realiza uma análise em que relaciona a obra de Carl Schmitt com esse pensamento de Francisco Campos:

É em Carl Schmitt, porém, que a crítica ao sistema parlamentar assume sua forma mais radical. Schmitt está interessado em apartar *democracia e sistema parlamentar*. Para ele, democracia nada tem a ver com a versão liberal do *government by discussion*. Ela tem um único propósito: afirmar a unidade política e “aniquilar o heterogêneo”.

“Em toda a verdadeira democracia está implícito que não só o igual seja tratado igualmente, mas que, como consequência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. Portanto, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, – se for preciso – eliminar ou aniquilar o heterogêneo. (...) A força política de uma democracia se evidencia quando mantém à distância ou afasta tudo o que é estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade.” (SCHMITT, 1996, p. 10)

A violência da sugestão schmittiana está na exploração da irracionalidade da política, que se organiza por meio de oposições como amigo/inimigo, igual/diferente. Francisco Campos, contemporâneo de Schmitt, concordava com ele. Os processos democráticos não tinham por objetivo convencer ninguém da verdade, mas simplesmente cooptar uma maioria que permitisse dominar o adversário, algo que se dava pela mobilização de forças intrinsecamente irracionais. Afirma Campos, em texto de 1935: “Quem quiser saber qual o processo pelo qual se formam efetivamente, hoje em dia, as decisões políticas, contemple a massa alemã, medusada sob a ação carismática do Führer” (CAMPOS, 2001, p. 35). (2012, p. 24).

Consta da obra de Francisco Campos uma entrevista concedida em novembro de 1937, em que comenta o início do Estado Novo de Vargas – tal texto consiste no segundo capítulo da obra aqui analisada, intitulado de Diretrizes do Estado Nacional.

Francisco Campos justifica o advento do Estado Novo como resultado de um imperativo de salvação nacional. Afirmo o autor que Getúlio Vargas teria salvado a pátria em um momento de extremo perigo, tendo seu governo a engrandecido. Aclamado pelo povo, se tornou o centro de convergência dos anseios gerais e das inspirações cívicas, para a reconstrução da República. Segundo Campos, as antiquadas fórmulas institucionais anteriormente existentes não possibilitariam o progresso da nação. (CAMPOS, 2002, p. 55-57)

Tal justificativa da instituição do Estado Novo em 37 é reiterada diversas vezes por Francisco Campos ao longo do livro aqui analisado. O enaltecimento da figura de Getúlio Vargas como representante da vontade da nação também perpassa toda a obra.

Nesta entrevista, Campos apresenta uma interpretação interessante acerca dos acontecimentos políticos de 1937. Ele afirma que a revolução de 1930 teria se operado efetivamente apenas em 10 de novembro de 1937. Para Campos, a revolução de 30, logo em seu início, foi captada pela política, que se apressou em abortá-la para implantar seus processos dilatórios, frustrando a oportunidade da revolução. É certo que Campos reconhece que, mesmo nesse contexto, Vargas conseguiu implantar importantes reformas no governo provisório, como as leis sociais. Contudo, no entender de Campos, os problemas políticos anteriores a 1930 haviam permanecido. Os erros e vícios da ordem política anterior foram tão evidentes que deles tomaram conhecimento tanto as elites, como também as multidões. Assim, formou-se um só juízo acerca da necessidade de transformar o sistema institucional. Para Campos, em 1937 teria ocorrido a continuação da revolução de 1930, que havia sido interrompida pelo velho modelo de política da Constituição de 1934 (que apresentava grande similaridade com a Constituição de 1891).

Francisco Campos, ainda na mesma entrevista, critica a democracia de partidos. Afirmo que os partidos não apresentavam correspondência com o sentimento e opinião do país e teriam se transformado ou em instrumentos de falsificação das decisões populares, ou em simples cobertura para a atuação de chefes locais, mais interessados em defender seus interesses e privilégios pessoais e de seu grupo. Os partidos estavam, dessa forma, destituídos de substância. Tal sistema, para Campos, havia se tornado um instrumento de divisão do país. Campos vê nisso o resultado infalível das democracias de partidos que, em sua opinião, nada mais seriam que a guerra civil organizada e codificada (2002, p. 60-61). Explica Campos que: “Não pode existir disciplina e trabalho construtivo num sistema que, na escala dos valores políticos, subordina os superiores aos inferiores e o interesse do Estado às competições de grupos” (2002,

p. 62). O sistema de democracia de partidos era obsoleto, tendo sido desmoralizado pelo uso inadequado realizado pelo quadro político e econômico. Dessa forma, este sistema deveria ser substituído por uma nova organização racional que permitisse o desenvolvimento nacional (CAMPOS, 2002, p. 63).

Gilberto Bercovici, em sua obra *Soberania e Constituição*, explica que, no Brasil, utilizou-se argumentação similar a de Carl Schmitt – de que a ditadura não seria o oposto da democracia – para conferir ao Estado Novo de Getúlio Vargas o status de república democrática e representativa, que promovia o nacionalismo e a *democracia substancial*. Bercovici aponta Francisco Campos como um dos juristas que teria realizado tal defesa, na obra *O Estado Nacional* (2008, p. 27) – aqui abordada.

Bercovici, ainda, explica o conceito de democracia para Carl Schmitt:

Para Schmitt, a identidade é o verdadeiro princípio democrático, pois indica igualdade substancial entre governantes e governados. Quanto mais densa e absoluta for a homogeneidade do povo, mais forte e decidido será o governo. A identidade e a representação determinam a unidade política do povo e o tornam capaz de agir como unidade. A ditadura, para Schmitt, não é o oposto de democracia. É um meio para alcançar um fim, podendo significar exceção a princípios democráticos ou a princípios liberais. A ditadura se justifica porque ignora o direito para realizá-lo. De acordo com Carl Schmitt, o oposto da democracia não é a ditadura, mas o liberalismo. (2008, p. 26-27).

O exposto por Bercovici, acerca do conceito de democracia de Carl Schmitt, se encontra nas seguintes passagens da *Teoria Constitucional*:

La igualdad democrática es, pues, una igualdad *sustancial*. Todos los ciudadanos pueden ser tratados como iguales, tener igualdad ante el sufragio, etc., porque participan de esa sustancia. La sustancia de la igualdad puede ser diferente en las distintas Democracias y en las distintas épocas.

[...]

La igualdad democrática es, en esencia, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. [...]

III. *Definición de Democracia*. Democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la Legislación) es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen. (1996b, p.225-231).

De acordo com o texto acima exposto, para Carl Schmitt, o conceito de democracia seria a identidade entre dominadores e dominados, entre governantes e governados e dos que mandam e obedecem. Para Schmitt, a igualdade democrática é substancial. Ela é, em sua essência, homogeneidade do povo determinado.

A defesa de Carl Schmitt de que uma ditadura não seria a antítese de uma democracia pode ser encontrada em *Crise da Democracia Parlamentar*:

[...] dictatorship is not antithetical to democracy. Even during a transitional period dominated by the dictator, a democratic identity can still exist and the will of the people can still be the exclusive criterion.

[...]

Because parliamentarism and democracy were so closely allied with each other in the nineteenth century that they could be accepted as synonymous, these comments on democracy must be made first. But democracy can exist without what one today calls parliamentarism and parliamentarism without democracy; and dictatorship is just as little the definitive antithesis of democracy as democracy is of dictatorship. (2000, 28-32).

Com base nessas ideias de Carl Schmitt, se pode perceber uma possível ligação com a defesa de Francisco Campos de que o Estado Novo seria democrático, sob o fundamento de que a vontade do povo brasileiro se identificava com a de seu governante Getúlio Vargas.

É exatamente nessa linha que Francisco Campos faz a defesa do caráter democrático do Estado Novo na entrevista concedida à imprensa em janeiro de 1938 (terceiro capítulo da obra *O Estado Nacional*, intitulado *Problemas do Brasil e soluções do Regime*). Dentre os temas abordados nesta entrevista, interessa-nos aquele em que Campos defende que a Carta 1937 procurando manter o sentido democrático da formação constitucional brasileira (2002, p. 114). Campos realizou essa defesa quando questionado sobre se a possibilidade de reeleição do Presidente da República, prevista no art. 84, não colidiria com o sentimento democrático da formação constitucional brasileira. Segundo Campos, o Estado Novo seria a expressão mais perfeita do sentido democrático (2002, p. 114). Sua argumentação segue na linha de que não existe identidade necessária entre democracia e liberalismo. Ou seja, pode existir democracia que não esteja fundamentada nos moldes do liberalismo político. Em seguida, Campos explica porque seria perfeitamente democrática a reeleição de um chefe de Estado, no caso de essa ser a vontade do povo:

A essência da democracia reside em que o Estado é constituído pela vontade daqueles que se acham submetidos ao mesmo Estado: reside na vontade do povo, como declara, logo de início, a atual Constituição. A afirmação de que o Estado é produzido pela vontade popular não implica a conclusão de que o sufrágio universal seja um sistema necessário de escolha, nem a de que o Presidente da República deva exercer o seu cargo por um curto período de tempo, não podendo ser reeleito. É absurdo tirar de uma noção meramente formal de democracia conclusões que a prática repele. Os meios pelos quais a vontade popular se pode fazer sentir têm de ser estabelecidos de acordo com a realidade social e não com os ensinamentos meramente dialéticos. (2002, p. 116).

Voltemos para a entrevista concedida em novembro de 1937 (capítulo 2 de *O Estado Nacional*). Após essa justificativa do novo regime, Campos passa a comentar – a ponto a ponto – as inovações da Constituição de 37. Começa por abordar a decisão pela restrição do sufrágio universal, sob o argumento de que uma massa eleitoral estava em estado de ingenuidade sobre

os problemas do governo e da política nacional. As massas, para Campos, eram movidas pela emoção (2002, p. 78). No entender de Campos, a Constituição não havia abandonado o sufrágio universal, mas apenas o colocou em função mais adequada a sua natureza:

Ao sufrágio universal são submetidas apenas as questões que são da sua competência própria, questões essencialmente políticas, eminentemente políticas, colocadas em termos simples e gerais, suscetíveis de interessar realmente o povo e para cuja decisão não se exija da massa eleitoral senão a vista panorâmica da vida política (2002, p. 78).

Em síntese, são estes os pontos específicos abordados por Campos, nesta entrevista, sobre a Constituição de 1937: declaração de direitos contendo direitos positivos, em que o indivíduo tem direito a prestação de serviços e bens que devem ser assegurados pelo Estado (como o direito a educação, ao trabalho); a permissão da delegação do poder legislativo, restringindo-se a iniciativa para a propositura de projetos de lei ao Presidente da República; limitação dos poderes dos juízes de declarar inconstitucionalidade de leis; a centralização da máquina administrativa, sendo o recrutamento dos funcionários baseado no interesse público – contudo, não havia previsão de estabilidade para funcionários, pois, no entender de Campos, não poderia haver estabilidade contra o interesse público; promoção da organização corporativa da economia nacional; educação como dever do Estado; declaração de que a imprensa exerce uma função de caráter público (2002, p.87-102).

Ainda acerca da Constituição de 1937, persiste uma questão que merece ser mencionada: a regulação da declaração de inconstitucionalidade de leis. Francisco Campos aborda esse tema na entrevista à imprensa de janeiro de 1938 (capítulo 3 do livro *O Estado Nacional*). Segundo Campos, a Constituição de 37 permite que o parlamento remova inconstitucionalidades através de nova votação de lei – o que equivaleria a emendar a Constituição, impedindo a impugnação de tal lei. Contudo, para se utilizar dessa prerrogativa, seria necessário que o presidente tomasse a iniciativa e de que se tratasse de caso de interesse nacional, exigindo-se a votação por dois terços nas duas Câmaras (2002, p. 160-161). Campos complementa afirmando que não vê como essencial que o Poder Judiciário detenha a prerrogativa de declaração de inconstitucionalidades de leis ou de recusar a sua execução. Afirma Campos que essa prerrogativa do judiciário não é reconhecida universalmente, sendo própria do sistema americano – que mesmo nos Estados Unidos é combatido com melhor fundamentação (2002, p. 161). Para Campos:

O controle judicial de constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção ao povo, era um expediente sabiamente engendrado para o fim de impedir ou moderar as reivindicações populares, ou colocar sob o controle dos interesses criados ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das

instituições democráticas, privando-as das virtualidades dinâmicas que lhes são inerentes. (2002, p. 166).

Leonardo Barbosa, na sua obra *História Constitucional Brasileira*, desenvolve detalhada análise das relações entre pensamento de Schmitt e de Francisco Campos, abordando o entendimento deste sobre o controle de constitucionalidade:

Para o pensamento autoritário, interessa a unidade, a identidade, a homogeneidade. Instituições democráticas encarnam a “essência” do povo. Não se fundam por um ato de razão, mas por uma decisão que expressa opção por um modo de vida e de organização política concretos (SCHMITT, 1934, p. 87). A forma constitucional não merece a atenção que lhe confere o pensamento liberal, pois não passa da externalização precária daquela decisão. A Constituição, em sentido formal, “é meramente a expressão do que é fundamental” (DYZENHAUS, 1997, p. 52). A conhecida distinção schmittiana entre “Constituição” e “leis constitucionais” consubstancia essas premissas. O poder constituinte originário permanece latente, “destinado a reemergir manifestamente, atuar como guardião da revolução e preservar o ânimo original e selvagem do ato fundacional contra aqueles que, obedecendo à letra da Constituição, fraudam o seu espírito” (PREUSS, 1994, p. 156).

A recusa em opor a forma constitucional a essa “Constituição material” (DOGLIANI, 1994) pode ser percebida na justificação de Francisco Campos à limitação imposta pela Constituição de 1937 ao poder do Judiciário de declarar leis inconstitucionais. Para Campos, o *judicial review* foi uma alternativa encontrada pelos americanos para “tutelar os poderes de origem popular” e reprimir a dinâmica das instituições democráticas. O caráter “democrático” do Estado Novo fortalecia-se com a garantia de que o povo (que acabou “representado” nessa função não pelo Congresso, mas pelo ditador) seria o intérprete último da Constituição. “É a passagem do governo dos cenáculos para o governo do povo” (CAMPOS, 2001, p. 105). (BARBOSA, 2012, p. 24-25).

Estes são os principais aspectos da obra *O Estado Nacional*, de Francisco Campos, que nos interessam para o estudo da recepção das ideias de Carl Schmitt por tal jurista. Encontramos, neste texto de Campos, a defesa do governo autoritário do Estado Novo com argumentos semelhantes àqueles utilizados por Carl Schmitt.

2.3. DIREITO CONSTITUCIONAL: O FRANCISCO CAMPOS PARECERISTA

Com a radical mudança no contexto político internacional – terminada a 2ª Guerra Mundial – não restava espaço para a manutenção do governo autoritário de Getúlio Vargas. Gilberto Bercovici aborda esse momento histórico nos seguintes termos:

O enfraquecimento do regime estadonovista com o desenrolar da Segunda Guerra Mundial na Europa, em que os aliados venciam o Eixo, obrigou o governo a convocar eleições para a Presidência da República e o Congresso Nacional, através da Lei Constitucional 9, de 28.02.1945. [...]

A reinstauração da democracia é marcada pela Constituição de 1946. Ela consolidou a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar do reforço do poder federal, a cooperação e integração nacional. [...] Desde então, todas as

constituições brasileiras têm a preocupação de tentar consagrar instrumentos para a superação das desigualdades regionais.

A Ordem Econômica e Social (arts. 145 a 162) consagrou a intervenção estatal na economia como forma de corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado e como alternativa para desenvolver os setores que não interessassem à iniciativa privada. O fundamento da ordem econômica da Constituição de 1946 passou a ser a justiça social, consagrando-se a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145). A continuidade do “constitucionalismo social” é garantida pela Constituição de 1946, embora com recuos, como foi o caso da reforma agrária. (2012, p. 391-394).

O processo de redemocratização, que culminou na promulgação da Constituição de 1946, apesar de ter rompido com o antigo governo autoritário, trazendo diversas modificações políticas, manteve certos aspectos de continuidade. Gilberto Bercovici comenta a manutenção, até certo ponto, do projeto nacional-desenvolvimentista iniciado por Getúlio Vargas em 1930:

A grande diretriz da política econômica e social da chamada Era Vargas (1930-1964), ou seja, a internalização dos centros de decisão econômica, por meio do processo de industrialização e urbanização, se dá apesar da Constituição. A Constituição simplesmente não é a referência do projeto nacional-desenvolvimentista, embora seja sob a vigência da Constituição de 1946 que se manifesta a enorme influência do pensamento da Cepal no debate político brasileiro, particularmente entre 1949-1954. [...] A concepção do Estado como promotor do desenvolvimento, coordenado por meio do planejamento, dando ênfase à integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão econômica, bem como o reformismo social, característicos do discurso cepalino, foram plenamente incorporados pelos nacional-desenvolvimentistas brasileiros. Com o desenvolvimentismo, o Estado evoluiu de mero prestador de serviços para agente responsável pelas transformações das estruturas econômicas, promovendo a industrialização.

Além disso, incorpora-se o Estado ao pensamento social reformador, especialmente a partir do início da década de 1960, quando o desenvolvimento adquire, cada vez mais, um cunho reformista. (2012, p. 394-395).

A esse momento de mudança política, de volta à democracia liberal, bem soube Francisco Campos se adaptar.²² É o que pode se verificar na obra *Direito Constitucional*, publicada em 1956, a qual contém diversos pareceres proferidos por Francisco Campos. Tais pareceres são uma importante fonte a ser analisada, porque expõem a mudança de posicionamento por parte de Francisco Campos. A passagem de um jurista defensor de um Estado autoritário e intervencionista, para um jurista defensor da liberdade dos indivíduos e das garantias constitucionais. Conforme comentam Seelaender e Castro, “Após sua saída definitiva do Ministério o político e pensador mineiro mergulharia por mais tempo e mais profundamente – fato nem sempre observado – no que poderíamos chamar de *liberalismo de parecerista*” (2010, p. 282). Adaptou-se, portanto, Francisco Campos ao novo contexto político de sua época

²²Sobre Francisco Campos como jurista adaptável, ver: SEELAENDER, Airton L. C. L.; CASTRO, A. R. de. Um juriconsulto adaptável- Francisco Campos (1891-1968). In : **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**. MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha (Orgs.). 1 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2010.

– pós 2ª Guerra Mundial, como término do Estado Novo. Certa curiosidade reside no fato de que, para realizar a defesa de posições liberais, Campos fez uso de certas ideias de Carl Schmitt.

Ressalta-se o fato de que, nestes textos, Francisco Campos faz diversas citações diretas às seguintes obras de Carl Schmitt: o livro *Teoria Constitucional*, o parecer *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vordem Gesetz und Gewährleistung des Privat – Eigentums nach der Weimarer Verfassung* e o texto *Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volks*, constante do volume II do livro editado por Gerhard Anschütz e Richard Thoma, Tübingen, do ano de 1932. Nas referências diretas encontramos, portanto, um dado objetivo de análise da recepção das ideias de Carl Schmitt por Francisco Campos. A imensa maioria dessas citações diretas é feita da obra *Teoria Constitucional*, de Carl Schmitt. Contudo, não tivemos acesso aos outros dois textos de Schmitt utilizados por Francisco Campos. Em virtude desse fato, não será possível realizar a análise comparativa com estes dois textos – ou seja, não será possível verificar se Francisco Campos teria se mantido fiel ao sentido original desses textos de Carl Schmitt ou se os teria adaptado de alguma forma. Procedemos a análise apenas das referências relativas à *Teoria Constitucional* – que compreendem a grande maioria das citações diretas.

Feitos os comentários preliminares, passamos à análise desses textos de Francisco Campos.

As referências ao referido jurista alemão são feitas nos seguintes pareceres: 1) *As garantias conferidas pela Constituição a funcionários se estendem aos funcionários estaduais* (vol. I, p.205-208); 2) *Interpretação do art. 173 da Constituição de 1934* (vol. I, p.209-216); 3) *Aprovação, pela Constituinte Estadual, dos Atos do Governo do Estado* (vol. I, p.363-373); 4) *Igualdade perante a lei. Sentido e compreensão desta garantia constitucional. Qual o seu destinatário? Conceito de lei na Constituição de 1946. Irretroatividade da lei. Marcas de indústria e de comércio constituem objeto do direito de propriedade* (vol. II, p.7-56); 5) *Inconstitucionalidade da Comissão Central de preços* (vol. II, p. 57-103).

O primeiro parecer selecionado para análise denomina-se *As garantias conferidas pela Constituição a funcionários se estendem aos funcionários estaduais*. Neste texto, Francisco Campos defende a posição de que as garantias previstas no título VIII (Dos Funcionários Públicos) da Constituição de 1946 foram previstas para favorecer a criação de carreira do serviço público – com a previsão de estabilidade, de competência, de segurança de amparo em caso de invalidez. Segundo Campos, estas garantias e seguranças previstas pela Constituição não seriam apenas restritas aos funcionários federais. Pelo contrário, elas se aplicariam a todos

os funcionários, independentemente da natureza de sua investidura pela esfera federal, estadual ou municipal. (CAMPOS, 1956a, p. 205). Essa é a ideia central do texto.

Após expor de forma clara seu entendimento, Francisco Campos busca fortalecer seus argumentos através de uma análise de direito comparado – com o direito constitucional alemão. Comenta que a parte da Constituição de Weimar que regula o estatuto dos funcionários públicos se refere não somente aos funcionários do Reich, mas também aos dos Estados, dos Municípios, das corporações ou instituições de direito público – posição defendida por Stier-Somlo, Friedrich Giese, Poetzsch-Heffter (CAMPOS, 1956a, p.205-206). Francisco Campos aponta que essas garantias dos funcionários, previstas nas constituições de Weimar e brasileira, são estendidas a todos os funcionários devido a sua natureza de verdadeiras garantias constitucionais (1956a, p. 207). Nesse momento, Campos faz citação direta do trecho em que Carl Schmitt, na sua *Teoria Constitucional*, afirma que as garantias institucionais da Constituição de Weimar acerca dos funcionários não se destinam a favorecer o interesse particular destes, mas sim a organização da burocracia (1956a, p. 207).

Campos acrescenta que, dessa maneira, as garantias previstas nessas duas constituições destinam-se a assegurar a instituição do serviço público de carreira. Como meio para atingir tal finalidade, assegura-se a situação pessoal do funcionário, protegendo-a constitucionalmente. Defende Campos que essas garantias constitucionais devem ser observadas tanto pelo Poder Federal, quanto pelos Estados e Municípios. Leis estaduais ou municipais não poderiam contrariá-las. Entende Campos que os entes federativos podem legislar sobre seus funcionários, criando regalias ou direitos especiais, desde que não diminuam nem anulem as garantias previstas no título VIII da Constituição – que, como havia afirmado, é conteúdo obrigatório de toda a legislação sobre funcionários públicos, nos âmbitos federal, estadual e municipal (1956a, p. 208).

O segundo parecer de Francisco Campos, em que menciona Carl Schmitt, se chama *Interpretação do art. 173 da Constituição de 1934*. O texto inicia com a seguinte pergunta a ser respondida:

Pergunta-se, diante disto, se o art. 173 da Constituição de 16 de julho confere ao Poder Judiciário a faculdade de executar por ato próprio a reintegração do funcionário cujo afastamento foi invalidado por sentença, ou consiste apenas numa regra imposta à atividade do Poder Executivo, sem outra sanção que não seja a da reparação civil do prejudicado e da responsabilidade do agente da administração pública a que incumbe a sua observância. (CAMPOS, 1956a, p. 209).

A resposta a essa pergunta, desenvolvida por Francisco Campos nesta consulta, é a de que o Poder Judiciário teria sim a faculdade de executar por ato próprio a reintegração do funcionário cujo afastamento foi invalidado por sentença – haja vista que o dispositivo em questão prevê expressamente que o funcionário que teve seu afastamento invalidado por sentença será reintegrado em suas funções, ficando o que tiver sido em seu lugar destituído de plano, sem direito a receber indenização.

Campos faz comparação com a previsão desta matéria na vigência da constituição anterior, a de 1891. Naquela época, a jurisprudência apresentava o entendimento uniforme de que *o Poder Judiciário não reintegrava o funcionário ilegalmente exonerado, limitando-se a garantir-lhe as vantagens pecuniárias ligadas ao exercício da função* (CAMPOS, 1956a, p. 209). Poder-se-ia responsabilizar o patrimônio do autor do ato ilegal de demissão, pelo ônus criado à despesa pública (CAMPOS, 1956a, p. 209). Contudo, Campos aponta que essa garantia de responsabilização do agente prevaricador não funcionava, sofrendo a fazenda prejuízo. Assim, ao comparar com o novo dispositivo constitucional em questão, o art. 137 da Constituição de 1937, Francisco Campos argumenta que a sua inserção visava substituir essa prática anterior, que onerava a fazenda pública por poder esta responder dobradamente por um mesmo cargo (1956a, p. 210). Campos verifica, nessa nova previsão, uma intenção de proteção do interesse público, no sentido de que ela evitaria esse eventual prejuízo à fazenda pública. A destituição de plano do funcionário nomeado em lugar daquele ilegalmente afastado significa que este seria reintegrado imediatamente ao cargo que antes ocupava. Afirma, ainda, que a Constituição visava impedir que tal reintegração do funcionário ficasse na dependência de formalidades, causando eventual prejuízo à fazenda pública. Desse modo, defende Campos que, da sentença que anula o afastamento do funcionário, o seu sucessor fica de plano, por força da sentença, destituído do cargo. (CAMPOS, 1956a, p. 210-211).

Francisco Campos, neste tema, entende que essa previsão constitucional visa a proteger o interesse público, nomeadamente da fazenda nacional de não pagar dobrado por única prestação de serviço. Nesse sentido, essa previsão constitucional não tem o caráter de garantir um interesse individual do funcionário ilegalmente afastado. Contudo, nesse momento, os interesses público e do funcionário coincidem – sendo este parte legítima para promover a ação judicial respectiva. (CAMPOS, 1956a, p. 212). Logo, para Campos, a intenção da previsão do art. 137 da constituição era proteger o interesse público, protegendo apenas de maneira reflexa o interesse do funcionário ilegalmente exonerado (1956a, p. 212).

Em seguida, Francisco Campos aborda a relação dessa situação com a separação dos poderes. Defende que essa atribuição da sentença de operar de plano a substituição de funcionário não atenta contra o princípio da separação dos poderes (CAMPOS, 1956a, p. 213). Para Campos, essa afirmação só seria consequente no caso de a Constituição ser obra de pura lógica ou no caso de sua estrutura ter caráter absolutamente sistemático. Campos entende que a toda Constituição falta o caráter de unidade absolutamente lógica e sistemática (CAMPOS, 1956a, p. 213). Com base nisso, entende que uma Constituição não pode ser interpretada por deduções ou *more geométrico* (CAMPOS, 1956a, p. 213). Francisco Campos desenvolve esse entendimento da seguinte forma:

Uma constituição se compõe de várias disposições, de conteúdos distintos e diversos, as quais não podem, tôdas elas, ser agrupadas em uma unidade sistemática, por se referirem a múltiplos assuntos, muitas vezes sem correlação aparente, ou oculta, próxima ou remota, direta ou indireta. Aos próprios princípios nela enunciados não se pode atribuir valor absoluto, tanto nas disposições seguintes vão êles sofrendo restrições, modificações ou especificações. Uma constituição é uma pluralidade de normas, algumas das quais mais ou menos relacionadas entre si por nexos de coordenação ou de subordinação; a êstes nexos, porém, não se pode, evidentemente, atribuir uma fôrça maior do que às disposições expressas da Constituição. (1956, p. 213).

Com base nesses fundamentos, afirma Francisco Campos que somente *metaforicamente* se poderia conferir à constituição um caráter de unidade absolutamente sistemática – pois tal unidade da constituição não existe na realidade (1956a, p. 214). Para fortalecer este argumento, Francisco Campos faz citação direta da obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt. Foi destacado o seguinte trecho de Schmitt:

Não há nenhum sistema constitucional maciço de natureza puramente normativa, e é arbitrário conferir caráter de unidade e ordenamento sistemático a uma série de prescrições particulares, se a unidade não surge de uma suposta vontade unitária. Igualmente arbitrário é o falar-se, sem mais precisões, de ordenamento jurídico. O conceito de ordenamento jurídico contém dois elementos completamente distintos: o elemento normativo do direito e o elemento real do ordenamento concreto. A unidade e o ordenamento residem na existência política do Estado, e não nas leis, regras ou quaisquer outras normatividades. *As ideias e palavras que falam da Constituição como uma “lei fundamental” ou uma “norma fundamental”, são quase sempre obscuras e imprecisas. Subsumem em uma série de normações das mais variadas classes, por exemplo, os 181 artigos da Constituição de Weimar, em uma “unidade” sistemática, normativa e lógica. Levando-se em conta a diversidade de pensamentos e conteúdos das prescrições constitucionais insertas na maior parte das leis constitucionais, isso outra coisa não é que uma grosseira ficção. A unidade do Reich alemão não repousa naqueles 181 artigos e em sua vigência, mas na existência política do povo alemão. A vontade do povo alemão – uma coisa, portanto, existencial – funda a unidade política e jurídica, sôbre as contradições sistemáticas, incongruências e obscuridades das leis constitucionais concretas.* (SCHMITT apud CAMPOS, 1956a, p. 214).

Na parte inicial da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, o autor alemão estava lançando as bases para posteriormente desenvolver o seu conceito positivo de Constituição. O que precede o trecho citado é a exposição do que Schmitt classifica de conceito absoluto de Constituição. Dentre as suas vertentes, está a acima criticada: a que toma o conceito de Constituição como uma regulação legal fundamental, como um sistema de normas supremas e últimas – Constituição como norma das normas. Trata-se de uma regulação total da vida do Estado, entendendo-se essa lei fundamental como uma unidade fechada, como a lei das leis. Todas as outras leis e normas podem ser referidas a essa uma norma. Dessa forma, o Estado se converte em ordenação jurídica, que tem a Constituição como norma fundamental, ou seja, o Estado é visto como uma unidade de normas jurídicas. Assim, a Constituição é o Estado, pois este é tratado apenas como um dever ser normativo (e não como um ser). Nesse sentido, soberana seria a Constituição – o que entende Schmitt ser uma forma pouco clara de se expressar, haja vista que, para ele, somente uma coisa existente concretamente poderia ser soberana – e não uma simples norma válida (SCHMITT, 1996b, p. 33).

Após apresentar essa vertente do conceito absoluto de Constituição, Carl Schmitt passa a criticá-la. Para Schmitt, uma Constituição é válida, em realidade, somente quando emana de um poder constituinte e se estabelece por sua vontade. Essa vontade se dá de maneira existencial, ela reside no ser – e não no dever ser (SCHMITT, 1996b, p. 34). De acordo com Francisco Campos, Schmitt estava justamente criticando a ideia de existir um sistema constitucional fechado de natureza puramente normativa. Para Schmitt, não pode haver unidade nem ordenação sistemática nessa série prescrições particulares – a que ele denomina de leis constitucionais – se a unidade não surgir de uma suposta vontade unitária. Schmitt defende que existem dois elementos distintos dentro do conceito de ordenação jurídica: o elemento normativo do direito e o elemento real da ordenação concreta. No entender de Carl Schmitt, a unidade e ordenação pertencem ao elemento real da ordenação concreta – e não nas leis, regras nem em nenhuma classe de normas. Não se deveria, portanto, falar em unidade lógica e sistemática dos dispositivos de um texto constitucional (SCHMITT, 1996b, p. 35) – é essa afirmação que interessa a Francisco Campos em seu parecer.

Logo na sequência, Francisco Campos insere outra citação direta de Carl Schmitt. No trecho anterior ao citado por Campos, Schmitt, na *Teoria Constitucional*, comenta que, na sua época, não se acreditava mais em uma Constituição como uma unidade normativa e coisa absoluta, que pudesse abarcar a totalidade do Estado – o que se explicava historicamente no período em que se entendia Constituição como uma codificação fechada, como na França de

1789, com sua fé na racionalista e confiança na sabedoria do legislador (SCHMITT, 1996b, p. 35). Já não era mais o caso. Na sua atualidade, Schmitt afirma que predominava o entendimento de que o texto da Constituição seria independente da situação política e social existente no momento de sua elaboração. (SCHMITT, 1996b, p. 35). Isso é explicado no capítulo seguinte, onde Schmitt comenta que, no momento de elaboração do texto constitucional pela Assembleia Nacional Constituinte, várias prescrições particulares são ali inseridas apenas porque os partidos querem evitar deixar certas matérias sujeitas às alternantes maiorias parlamentares, aproveitando a ocasião para dar caráter de leis constitucionais a seus postulados (SCHMITT, 1996, p. 40) – dificultando ou, por certas vezes, impedindo sua modificação posterior pelo legislador ordinário. Desse modo, não havia mais que se falar em unidade sistemática da Constituição. É nesse contexto que se insere a segunda citação direta de Carl Schmitt feita por Francisco Campos – na qual defendia que a constituição passava a ser entendida como uma série de leis constitucionais positivas, numa pluralidade assistemática de prescrições legis-constitucionais. Isso gerou a relativização do conceito de Constituição para o de lei constitucional em concreto (lei escrita) (SCHMITT, 1996b, p. 36).

Francisco Campos complementa as referências a Carl Schmitt – de que o texto constitucional não possui unidade lógica e sistemática. Seguindo nessa linha, para Campos, a divisão da Constituição em partes, títulos e capítulos teria valor meramente relativo. Aplicando esse entendimento ao caso concreto analisado em seu parecer, Campos afirma que o fato de o art. 173 não estar localizado no capítulo relativo ao Poder Judiciário não impede a sentença de gerar efeitos que ela declara dever ser (CAMPOS, 1956a, p. 215). O caráter lógico, sistemático ou unitário da Constituição não seria um atributo de uma constituição real, e sim um predicado de um tipo idealizado de constituição. Portanto, o eventual conflito do disposto no art. 173 com esse tipo de interpretação não deveria diminuir sua força (CAMPOS, 1956a, p. 215).

Campos finaliza seu parecer defendendo que as sentenças de reintegração dos funcionários afastados ilegalmente do seu cargo devem ser executadas de plano. No caso específico analisado por Campos, tratava-se da restituição de tabeliães a seus cargos – categoria de funcionários auxiliares da justiça submetida à autoridade do juiz. Caso a autoridade incumbida pela lei de cumprir o dever de reintegrar os funcionários ilegalmente afastados se negue a atuar dessa forma, poderá esta responder criminalmente e, em caso extremo, justificar a realização de intervenção federal (CAMPOS, 1956a, p.215-216).

Parece-nos que Francisco Campos, ao realizar as referidas citações da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt neste parecer, não tinha a intenção de desenvolver um conceito de constituição e, em sendo conseqüente com ele, defender a solução do caso prático. A maneira pela qual o texto de Campos foi redigido (brevemente) deixa a impressão de que as citações de Carl Schmitt foram simplesmente pinçadas e ali colocadas, pelo fato de conter um entendimento favorável à ideia que Campos estava a defender no parecer.

Passaremos, agora, a abordar o conteúdo do parecer de autoria de Francisco Campos intitulado *Aprovação, pela Constituinte Estadual, dos Atos do Governo do Estado*. Trata-se de análise do seguinte art. 1º das Disposições Transitórias do projeto de Constituição do Estado de Minas Gerais: “Ficam aprovados todos os atos e decretos do Governo do Estado e de seus delegados nos municípios, a partir de três de outubro de 1930, excluída qualquer apreciação judicial dos mesmos atos e decretos e de seus efeitos” (CAMPOS, 1956a, p. 363).

Francisco Campos entende tal dispositivo como sendo supérfluo. Isso porque a aprovação dos atos do governo estadual, bem como a subtração de qualquer apreciação judiciária, durante o interregno constitucional – a que Campos denomina de regime ditatorial ou discricionário – já tinha sido realizada pelo art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934.²³ Por esse motivo, o dispositivo do projeto de Constituição estadual seria inútil. Segundo Campos, o dispositivo em questão do projeto de Constituição estadual deveria ter em vista os atos de governo praticados a partir da promulgação da constituição de 16 de julho de 1934, ou seja, os atos praticados já no período de vigência do novo regime constitucional. Contudo, esses atos praticados depois da promulgação da Constituição são por ela regidos, não tendo a Assembleia Constituinte Estadual competência para afastar a observância da legislação federal. Para Francisco Campos o poder constituinte estadual é limitado pela Constituição federal e pela legislação ordinária federal, devendo com estas estar em conformidade (1956a, p. 363-364).

O art. 13 da Constituição de Weimar prevê que o direito federal (constitucional e ordinário) tem preeminência sobre o direito local (constitucional e ordinário). Tal consequência deriva da própria forma federativa de organização do Estado. O Estado Federal é o detentor da competência da competência (*Kompetenz-Kompetenz*), e, como tal, a ele cabe o primado do seu direito sobre o direito local (CAMPOS, 1956a, p. 364-365). Neste ponto Francisco Campos

²³Art 18 - Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos.

insere citação direta da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt: “Este caráter jurídico do Estado Federal tem como consequência que, toda vez que o Estado Federal age dentro de sua competência própria, o direito federal tem preeminência sobre o direito local” (SCHMITT apud CAMPOS, 1956a, p. 365).

Campos também menciona a Constituição americana que contém, de maneira explícita, o mesmo princípio – segundo o qual a Constituição e as leis feitas em conformidade com ela são a lei suprema do país, devendo ser observadas pelos juízes em cada Estado, não obstante disposições contrárias nas constituições ou leis estaduais (CAMPOS, 1956a, p. 366). Francisco Campos defende, portanto, que esse princípio também se aplica ao judiciário. Dessa maneira, o projeto de Constituição do Estado de Minas Gerais não poderia excluir de apreciação da Justiça local os atos do governo estadual e local que incidissem na aplicação da Constituição Federal e das leis federais vigentes (CAMPOS, 1956a, p. 366).

Francisco Campos aponta uma impropriedade técnica na redação do artigo em questão, na parte em que menciona que os atos e decretos do governo estariam aprovados. Campos entende que por decreto, o constituinte estadual teria querido significar decretos legislativos, e não atos administrativos revestidos da forma de decreto – que são coisas distintas (1956a, p. 368). A aprovação dos atos do governo provisório no art. 18 da constituição de 1934 foi irrestrita. Trata-se de atos que já haviam produzido efeitos no passado, que já tinham sido consumados, em um momento prévio à lei constitucional – referindo-se a Constituição de 1934, nesse ponto, ao passado (CAMPOS, 1956a, p. 368). Em situação distinta se encontram os decretos legislativos, que como leis, produzem efeitos para o futuro. Como tais, caso fossem contrários à nova constituição, eles simplesmente não seriam mais aplicados – porque seriam incompatíveis com o novo direito constitucional (CAMPOS, 1956a, p. 369).

Campos afirma que nem seria preciso declarar que as leis que não fossem contrárias à Constituição continuariam em vigor.

Não se interrompe a continuidade do Estado ou este não perde a sua identidade com a promulgação de nova carta constitucional. Uma constituição não é, em regra, um começo absoluto. O Direito Constitucional não abrange ou envolve no seu conteúdo todo o sistema jurídico vigente anteriormente à sua promulgação. Sob as mudanças e transformações dos regimes políticos ou dos sistemas constitucionais permanece, muitas vezes inalterado, o tecido do Direito comum. (CAMPOS, 1956a, p. 371).

Afirma Campos que “A opinião dominante é que os Estados não desaparecem pelo simples fato da revolução, mas continuam a subsistir, embora dotados de outra constituição; apenas esta não é a mais a mesma” (1956a, p. 371). O caso de o Estado não subsistir após a

revolução se daria somente quando esta modificasse todo o sistema jurídico, havendo um antagonismo jurídico total ou quase total – como aconteceu na Rússia (CAMPOS, 1956a, p. 371). Nesta perspectiva, Francisco Campos comenta a Revolução de 1930. Campos afirma que a Constituição de 1934, oriunda da revolução de 1930, teve intuito reformador.

A revolução brasileira de 1930 não se pode dizer que haja mudado o regime político, nem mesmo a Constituição, pois a nova é, nas suas linhas mestras ou na sua substância, apenas uma reforma ou modificação da antiga. O primeiro ato da revolução triunfante foi o decreto institucional de 11 de novembro de 1930, no qual se mantinha todo o sistema jurídico vigente, salvo a dissolução do Poder Legislativo, a qual era fato consumado, cuja confirmação, para todos os efeitos, era objeto do art. 2.º. [...]

Não podia ser mais expressa, mais cabal e mais completa a vontade, manifestada pela revolução vitoriosa, de manter a continuidade do sistema jurídico que encontrou vigente, não apenas no que tocava ao Direito comum, ao Direito Civil, Comercial e Processual, mas, igualmente, ao Direito Político ou à estrutura jurídica do Estado.

Continuou em vigor, na sua quase totalidade, a legislação anterior à revolução, e a nova Carta constitucional, cingindo-se, em grande parte, à Constituição de 91, pode ser considerada como a mesma Constituição de 91 modificada ou reformada. (1956a, p.372).

É interessante que, nesse parecer, Francisco Campos tenha apresentado sua opinião acerca do momento constitucional da Revolução de 1930. Tal informação se mostra importante, porque nos traz certa luz para compreender como o autor entendia juridicamente essa situação de exceção. A maior parte dos textos de autoria de Francisco Campos, em que comentava constituições, se referia à de 1937 – o que faz sentido, por ter sido ele seu redator. Assim, neste parecer tivemos a oportunidade de verificar a posição de Campos acerca do movimento revolucionário de 1930.

Vejamos. No início do parecer, Campos se referiu ao governo provisório de Getúlio Vargas (1930-34) como uma ditadura (1956a, p. 363). Após, no trecho acima citado, Campos afirma que está expresso no Decreto Institucional de 11 de novembro de 1930, que a revolução buscava manter a continuidade do sistema jurídico até então vigente, não somente no tocante ao direito comum, mas também à estrutura jurídica do Estado (1956a, p.372). Ainda, no mesmo trecho acima citado, Campos descreve a Constituição de 1934 como podendo ser considerada a mesma constituição de 1891, apenas modificada ou reformada (1956a, p. 372). Juntando esses elementos, uma interpretação possível de ser realizada seria a de que, para Francisco Campos, o governo provisório de Vargas poderia, até certo ponto, ser entendido como uma ditadura comissária – claro que numa versão aproximada da de Carl Schmitt, pois a identificação com esta figura não se dá de forma completa. Um dos pontos em que a possibilidade dessa interpretação se afasta é o de que, para a ditadura comissária de Schmitt, não seria necessário implantar uma nova constituição, pois a mera suspensão da constituição em vigor já permitiria

que o comissário tomasse as medidas cabíveis para o restabelecimento da ordem perturbada – e, após ter este objetivo sido realizado, a constituição suspensa voltaria a ser aplicada na sua integralidade. Outro ponto discordante é o de que Getúlio Vargas não era o presidente da república da ordem constitucional anterior a 1930, mas sim Washington Luís, o qual foi deposto pelas forças armadas – que entregou o governo a Vargas. Fazemos novamente a ressalva de que esse foi um mero exercício interpretativo, que não se baseia em elementos suficientes para suportar uma afirmação imperativa. Muito pelo contrário, Francisco Campos não menciona em nenhum momento deste parecer a categoria da ditadura comissária de Carl Schmitt. Contudo, entendemos que, ainda assim, seja frutífero o exercício de levantar essas similaridades, apresentando uma possível interpretação, haja vista que há diversos outros momentos em que Campos se mostrou influenciado por ideias de Carl Schmitt.

Realizado esse breve exercício interpretativo, retornamos à análise do parecer de Francisco Campos. Após comentar a revolução de 1930, Campos apresenta as conclusões do seu parecer. São estas: a) a de que a previsão de aprovação dos atos de governo do Estado de Minas Gerais no período discricionário (governo provisório de Vargas) seria inútil, pois já teria se dado com o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934; b) caso a aprovação buscasse alcançar os atos de governo do Estado de Minas Gerais praticados já no período de vigência da Constituição de 1934, ela não poderia ter nenhum efeito, sendo mera declaração inútil; c) acerca dos decretos legislativos, Campos afirma que embora seja inútil declarar que continuariam em vigor os que não contrariassem a Constituição, enquanto não revogados pelos meios regulares, isto poderia figurar na Constituição, pela generalidade e autoridade dos precedentes passíveis de serem invocados a seu favor (CAMPOS, 1956a, p. 373).

Os pareceres até aqui abordados estão contidos no volume I do livro *Direito Constitucional* de Francisco Campos. Serão analisados, a seguir, os pareceres contidos no volume II da referida obra.

O próximo parecer de Francisco Campos a ser analisado se intitula: *Igualdade perante a lei. Sentido e compreensão desta garantia constitucional. Qual o seu destinatário? Conceito de lei na Constituição de 1946. Irretroatividade da lei. Marcas de indústria e de comércio constituem objeto do direito de propriedade*. Aqui, Campos defende sua tese jurídica de forma brilhante. É inclusive mencionado na obra *Curso de Direito Constitucional* de José Afonso da Silva, onde este autor dá razão a Campos quando afirma que o destinatário principal do princípio da igualdade é o legislador (2012, p. 217-218).

Neste parecer, Francisco Campos analisa o caso prático dos refrigerantes a base de guaraná. O conflito teve início quando o Governo, no ano de 1944, expediu o Decreto-lei nº 6.425, determinando que os produtos cuja propaganda comercial se baseie no guaraná teriam que, obrigatoriamente, observar a utilização de uma porcentagem específica dessas sementes (cf. art. 1º). No seu artigo 2º, este decreto dispunha que os refrescos vendidos sob a denominação de guaraná somente poderiam continuar a utilizar tal denominação caso observem a proporção mínima de 0,5 grama de guaraná para 100 centímetros cúbicos de bebida (CAMPOS, 1956b, p. 7).

Em virtude de tais disposições, Campos afirma que os interessados representaram ao governo, pedindo que tal decreto fosse revogado. O governo não atendeu a tal pedido, adotando medidas ainda mais severas acerca dessa matéria – expediu o decreto-lei nº 7.669, que proibiu a venda de refrigerantes de guaraná com a menção *artificial*. Modificaram-se, ainda, as porcentagens obrigatórias de guaraná. (CAMPOS, 1956b, p. 7-8).

Francisco Campos afirma que essa situação é grave, pois o governo, ao invés de promulgar medidas gerais, criando um regime uniforme para todas as bebidas, refrigerantes estava, pelo contrário, criando um odioso regime de exceção às de guaraná. Estabeleceu condições de fabricação tais que o produto teria que forçosamente desaparecer do mercado. Dessa maneira, os concorrentes que vendiam bebidas e refrigerantes que não fossem à base dessa semente seriam beneficiados com a abertura de novo consumo subitamente posto em disponibilidade, podendo ser absorvido pelo refrigerante artificial que fizesse publicidade (CAMPOS, 1956b, p. 8).

Francisco Campos vai além na análise, afirmando que a expedição pelo governo destes decretos-leis, que criavam um regime de exceção aos refrigerantes de sabor guaraná, teria a intenção deliberada de aniquilar este concorrente poderoso (por ser a bebida de predileção nacional), para transferir o patrimônio para as mãos de um outro concorrente que desejava entrar no mercado brasileiro – a empresa Coca-Cola (CAMPOS, 1956b, p. 9-10). Assim, através da mediação do governo, a empresa Coca-Cola assenhoreava-se do mercado nacional de refrigerantes (CAMPOS, 1956b, p. 9). Percebe-se, portanto, que essa regulamentação não foi feita com base no interesse público.

Ainda, estabeleceu-se, no Estado do Amazonas – *habitat* natural do guaraná –, o monopólio da cultura e do comércio do guaraná. Dessa forma, para poder continuar a produzir

refrigerantes de guaraná, os seus produtores se viram obrigados a se submeter às condições desse monopólio amazonense – o que viria a onerar o produto (CAMPOS, 1956b, p. 11).

Francisco Campos defende que o governo imediatamente revogue o decreto em questão, por motivos de decência legislativa. Isso porque as suas disposições, em última análise, determinam a transferência de patrimônio do bolso de alguns particulares para o bolso de outros – intenção que, por pressa, o legislador não conseguiu esconder. Caso esse decreto não seja revogado, Campos afirma que não poderá produzir efeitos, pois foi virtualmente fulminado pela Constituição de 1946, que o condena em diversos artigos (1956b, p. 11).

Assim, Francisco Campos passa a analisar o conteúdo da Constituição de 1946. Já previa o seu art. 141, parágrafo 1º, que *todos são iguais perante a lei*. A cláusula que prevê a igualdade diante da lei inicia a lista de direitos e garantias na constituição. Campos não vê nisso uma mera coincidência, mas como contendo significado. Ao dar primeiro lugar na enumeração, procurou o legislador, segundo Campos, significar que o princípio da igualdade rege todos os direitos que são enumerados em seguida (1956, p. 12). Para Campos, é como se o artigo 141 da Constituição apresentasse a seguinte redação: *A constituição assegura com igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes*; (1956b, p. 12). Dessa forma, Francisco Campos defende que o direito à igualdade rege os demais direitos individuais. Além disso, a Constituição, no entender de Campos, não admite que seja feita qualquer limitação ao princípio da igualdade. Ela o enuncia em termos absolutos. O princípio da igualdade não pode ser limitado, nem admite exceção, independentemente do motivo invocado. Nenhuma lei, nem poder, nem autoridade poderá derogar o princípio da igualdade (CAMPOS, 1956b, p. 14).

Nas declarações de direitos das revoluções do século XVIII o princípio da igualdade, se poderia afirmar, teria um significado estrito, pois destinava-se a evitar que a ordem desigual da sociedade do antigo regime retornasse. Assim, a igualdade dos homens devia ser completa (CAMPOS, 1956b, p. 14). Campos, em seguida, faz uma distinção com relação às constituições surgidas após a revolução industrial no século XIX. Instaurou-se, nessas condições, a ordem econômica vigente no mundo ocidental. Tal ordem tem como princípio regulador a livre concorrência – com igualdade de oportunidades (CAMPOS, 1956b, p. 15-16).

Dessa forma, o Estado tem o dever de se manter neutro, não cabendo a ele intervir na disputa entre os concorrentes. Não pode, evidentemente, o Estado criar vantagens a uma das

partes, que ao mesmo tempo deixa de conferir aos outros, nem criar restrições que não sejam comuns a todos (CAMPOS, 1956b, p. 16).

A igualdade perante a lei, portanto, teria como domínio de aplicação as atividades econômicas – evidentemente que não exclusivamente a esse campo. Para Francisco Campos, o interesse nos outros domínios teria se perdido, pois acreditava não existir, naquela época, o risco de se estabelecer a ordem social típica do antigo regime, com discriminação de classes sociais (CAMPOS, 1956b, p. 17). Dessa maneira, o motivo que inspira o direito da igualdade perante a lei, é o de proteger e garantir a livre concorrência entre os homens (CAMPOS, 1956b, p. 15).

Após definir a extensão e a natureza do princípio da igualdade perante a lei, Francisco Campos passa a analisar a questão de quem seria o seu destinatário. Seria tal mandamento constitucional dirigido apenas às autoridades que tem o dever de aplicar a lei, administração e justiça, ou seria norma obrigatória para todos os órgãos do Estado, sendo especialmente endereçada ao legislador? Campos, neste parecer, defende que a resposta correta para essa questão é a de que o princípio da igualdade deve ser observado pelo legislador, sendo a ele especialmente endereçado. Para fortalecer seu argumento, menciona autores que defendiam tal posição: Stier-Somlo, Triepel, Erich Kaufmann (CAMPOS, 1956b, p. 17-18).

Francisco Campos afirma que semelhante entendimento é adotado nos Estados Unidos – de que o poder legislativo americano não pode deixar de observar normas constitucionais, estando a elas sujeito da mesma maneira que outros departamentos do governo (1956b, p. 19).

Campos aborda, ainda, o tema do princípio da igualdade na Suíça. Afirma que, nesse país, a doutrina é pacífica no sentido de que o princípio da igualdade perante a lei vincula o legislador em sua atuação (CAMPOS, 1956b, p. 21).

O autor analisa, ainda, o caso alemão, da vigência da Constituição de Weimar. Afirma que apenas o doutrinador Anschütz defendia que o princípio da igualdade não vincularia o legislador, mas que seria uma norma obrigatória exclusivamente às autoridades incumbidas de aplicar a lei (CAMPOS, 1956b, p. 22). Em seguida, Campos contrapõe a visão de Anschütz com a de outros doutrinadores alemães, como Erich Kaufmann, Triepel, de que o princípio da igualdade se destinaria ao legislador. Neste segundo grupo se encontra Carl Schmitt. Campos afirma que Schmitt teria considerado essa questão a seu modo particular, indo às raízes, tornando explícitas as razões pelas quais um princípio isolado constitui uma peça fundamental

do sistema constitucional. Para Schmitt, segundo Campos, o princípio da igualdade é o critério fundamental ou sistemático caracterizador do Estado de Direito. Defende que o destinatário deste princípio é o legislador, estando este proibido de editar leis com disposições individuais ou concretas contra determinadas pessoas – medidas de caráter individual, ordens sobre casos concretos. Caso fosse possível à lei conter decisões sobre casos individuais e concretos, não haveria razão para o princípio da igualdade reger a aplicação das leis – pois essa própria lei de exceção já haveria violado manifestamente tal princípio. Caso a lei tivesse disposições gerais, para todos os indivíduos, negócios e relações, não seria preciso recorrer ao princípio da igualdade para a sua aplicação (CAMPOS, 1956b, p.25-26). Quando Schmitt afirma que todos os alemães são iguais perante a lei, isso significa só pode significar que todos estão igualmente sujeitos à lei. Em sendo assim, a lei deve ser formulada de maneira que possibilite a igualdade perante suas disposições. Ainda na explicação da tese de Schmitt, Campos realiza citação direta, no trecho em que o jurista alemão afirma que o princípio da igualdade perante a lei significa o real Estado de Direito e a garantia eficaz contra qualquer despotismo (1956b, p. 26). Francisco Campos concorda com essa ideia de Carl Schmitt, seguindo a defesa do parecer neste sentido.

Em seguida, Francisco Campos analisa mais um aspecto do princípio da igualdade. Busca responder a questão de se o princípio da igualdade se referiria apenas a pessoas ou se também regeria a regulamentação por lei de direitos, coisas e fatos. Da análise, Campos conclui que o princípio da igualdade, por meio de lei, abrangeria também a regulamentação de direitos coisas e fatos, haja vista que eles necessariamente afetam a pessoa.

Na segunda parte do parecer, Francisco Campos analisa o conceito de lei. Para o autor, o conceito de lei decorre do tipo de constituição do Estado (1956b, p. 37). Dessa maneira, Campos buscará definir o conceito de lei de acordo com o tipo específico da Constituição brasileira de 1946. Segundo Campos, esta seria do tipo democrático e liberal. O conceito de lei próprio de tal tipo constitucional é o de lei como regra geral e abstrata. Segundo tal conceito, restringe-se a atuação do legislador:

O conceito de lei, em tal tipo ou sistema de Constituição, não pode deixar de ser o conceito de lei como regra geral ou abstrata, ou a vedação, ainda que implícita, ao Poder Legislativo de editar para a esfera reservada à liberdade ou aos direitos individuais medidas que não sejam concebidas em termos gerais, ou que tenham como objeto, ao invés de uma classe ou de uma ordem de relações, casos concretos, particulares e determinados (CAMPOS, 1956b, p. 41).

Nesse sentido, para Francisco Campos, o conceito de lei como regra geral garante as garantias constantes do art. 141 da Constituição de 1946 (1956b, p.45). Além disso, tal conceito de lei é também uma garantia contra a atuação arbitrária do Estado (1956b, p. 45).

A citação direta feita da obra de Carl Schmitt, por Francisco Campos, é exatamente do trecho em que ele desenvolve o conceito de lei como proposição jurídica geral ou abstrata. Para Schmitt, isso deriva do princípio da igualdade perante a lei. As referências feitas a Schmitt, neste parecer, portanto, são realizadas no sentido de confirmar a posição defendida por Campos, conferindo-lhe maior credibilidade.

Diante do pensamento desenvolvido até agora, Francisco Campos passa a analisar o caso concreto da consulta. Campos entende que o Decreto nº 7.769 fere o direito adquirido dos industriais à marca registrada – feita mediante inscrição regular no competente registro, cumprindo-se as disposições legais. Dessa forma, mesmo no caso de, ao decreto questionado, eventualmente ser dado força de lei, este não poderia ser aplicado em relação à marca registrada dos industriais, pois consistem em direito adquirido (CAMPOS, 1956b, p. 53).

Francisco Campos finaliza seu parecer afirmando que o Decreto nº 7.769 em análise não poderia ser considerado lei, por se tratar de um ato arbitrário – por ser medida específica, não se tratando de regra geral ou abstrata, decorrente do respeito ao princípio da igualdade. Para Campos, o governo da república deve revogá-lo, da mesma maneira que revoga um ato administrativo nulo. Ainda, pelos fundamentos expostos no parecer, o Congresso não poderia revalidar o referido decreto, atribuindo força de lei às suas disposições (1956b, p. 55).

O último parecer a ser analisado se intitula *Inconstitucionalidade da Comissão Central de preços*. A pergunta a ser respondida por Francisco Campos é a que segue:

A Consulta indaga de se é Constitucional a intervenção do Poder Executivo no mercado para o fim de fixar os preços de todas as mercadorias de produção nacional ou importadas para consumo interno, com fundamento em decreto-lei anterior à Constituição de 1946. (CAMPOS, 1956b, p. 57).

Antes de examinar a questão na Constituição de 1946, Francisco Campos se propõe a determinar a relação entre Constituição como sistema e cada uma das disposições tomadas isoladamente (1956b, p. 57). Buscará, portanto, responder à questão de se a Constituição seria uma unidade sistemática ou não. Já adiantamos que Campos, neste parecer, argumenta em favor da existência do caráter sistemático da Constituição. Em se confirmando a tese da unidade

sistemática da Constituição, tal premissa serviria de guia para a interpretação dos diversos artigos de que ela é composta, no caso concreto.

Inicia Campos sua análise teórica para verificar se a Constituição possuiria um caráter unitário e sistemático, Francisco Campos afirma ser necessário analisar as suas raízes filosóficas. Segundo o autor, antes da guerra, havia se difundido, entre os grandes intelectuais, a doutrina em que *a Constituição não constitui uma totalidade lógica, um sistema com normatividade própria, senão um conglomerado de regras autônomas ou que subsistem por si mesmas* (CAMPOS, 1956b, p. 58). Essa doutrina tinha por base a filosofia de que ideias e conceitos são meras ficções, e, dessa forma, a realidade seria irreduzível à razão (CAMPOS, 1956b, p. 58). Nesse sentido, a Constituição:

Seria um simples coletivo destinado a designar uma pluralidade insuscetível de organizar-se em unidade, ou entre cujos indivíduos haveria apenas relações de caráter puramente formal e de simples contiguidade por acidente [...]

Assim, o atribuir-se à Constituição uma existência própria ou distinta da existência das regras constitucionais positivas, ainda que tal existência seja de caráter puramente ideal ou normativo, é o que se poderia denominar de realismo jurídico, por consistir em conceber como dotado de existência ou realidade, o que é apenas um nome, cifra ou sinal. (CAMPOS, 1956b, p. 60).

No grupo dos defensores desta ideia – de que a Constituição não possui caráter unitário –, o autor inclui Carl Schmitt. Francisco Campos reconhece a crítica de Carl Schmitt, de que o texto constitucional pode apresentar partes incoerentes, disposições desconexas. Contudo, Campos defende que haveria sim uma unidade da Constituição, no que chama de um *sentido aproximativo*. Isso porque Campos leva em consideração que, na criação de toda constituição por uma Assembleia Nacional Constituinte, há a intenção de construir uma totalidade, de regular a situação geral. Esse fato já conduziria para a tese de unidade da Constituição. Assim, Francisco Campos afirma que Carl Schmitt possui uma *acepção extrema* do conceito de unidade da Constituição. Nem na matemática as exigências postas pelo pensamento schmittiano poderiam ser cumpridas. Campos afirma ser essa ideia de totalidades completas em si algo próprio do pensamento existencialista (1956b, p. 63-64).

Francisco Campos prossegue na crítica ao pensamento de Schmitt. No seu entender:

Segundo SCHMITT, portanto, não seria possível nenhuma ciência do espírito, e mais ainda, nenhuma ciência do ser, pois nenhuma totalidade existencial pode ser objeto de uma síntese ou de uma racionalização, absolutamente satisfatória. Para SCHMITT, existiriam somente totalidades existenciais, não passando os conceitos lógicos de unidade e de síntese de meros sinais, de nomes ou de convenções mais ou menos arbitrárias, que não teriam qualquer validade, seja do ponto de vista lógico, seja do ponto de vista normativo. Foi com este espírito nihilista que CARL SCHMITT abordou o estudo teórico da Constituição. (CAMPOS, 1956b, p. 65).

Diante dessa perspectiva, Campos analisa a obra *Teoria Constitucional* de Schmitt:

A “Teoria da Constituição” de CARL SCHMITT foi uma tentativa de aplicar à Constituição de Weimar o ácido corrosivo da crítica existencialista, procurando mostrar que no fundo, e em última análise, não existe Constituição no sentido de uma totalidade significativa e normativa, mas apenas uma série de decisões constitucionais, que encontram em si mesmas a sua justificação, como totalidades autônomas ou dotadas da única normatividade admitida pelo existencialismo, ou a normatividade comum aos fatos por si próprios, às decisões por si mesmas, à vontade como vontade, graças à lei imanente que *existe no que existe pelo simples fato de existir*. (1956b, p. 66).

Afirma Campos que, quando da publicação da obra de Carl Schmitt em 1928, as instituições políticas de Weimar, fundadas em 1918, já estavam em decomposição. Ao mesmo tempo em faltava de lealdade do povo alemão ao regime de Weimar, havia o grande aceite da filosofia existencialista pelos pensadores da teoria política e jurídica. Campos afirma que essas condições combinadas possibilitaram o grande impacto do movimento nazista. Aqui, Campos apresenta uma postura negativa perante o nazismo, afirmando ter se ocorrido na Alemanha o *desencadeamento do mais dramático espetáculo existencialista a que a humanidade já assistiu no domínio da política* (1956b, p. 67).

Em seguida, Campos comenta a colaboração de Schmitt com o regime nazista, proferindo um dos golpes, na perspectiva teórica, contra a Constituição de Weimar. Schmitt teria afirmado que o que se denominava de Constituição não seria mais do que um simples nome, sem nenhum conteúdo lógico, jurídico, político. O que existiria, em realidade, seriam as 181 decisões da Assembleia Constituinte de Weimar. Como a Constituição não possuía o atributo da totalidade, não poderia nem ser utilizada como instrumento auxiliar de esclarecimento das decisões de caráter constitucional do povo alemão. (CAMPOS, 1956b, p. 67).

Aqui, Campos faz uma pausa para defender a sua posição acerca da unidade da Constituição. Afirma que quem folheie uma constituição poderá ter a impressão de se tratar de uma pluralidade desconexa de normas, tendo cada uma delas seu conteúdo próprio e constituindo por si mesmas um todo completo. Contudo, se o leitor continuar a análise, pode investigar se não haveria nessas disposições constitucionais um fio de pensamento que um propósito, de uma concepção global. Para Campos, o próprio fato de as disposições constitucionais terem sido postas pelo legislador constituinte na mesma ocasião já as une em unidade de tempo. Para Campos, tal simultaneidade não deve ser deixada de fora dessa busca investigativa por uma ideia global da constituição (1956b, p. 70).

Na sequência, Francisco Campos volta a criticar o argumento de Schmitt, de que a constituição não teria unidade sistemática. Para Campos, se Schmitt realmente acreditasse não existir nenhum caráter unitário na constituição, nem chegaria a ter escrito o seu livro, em que se propõe a fazer uma teoria constitucional – pois uma teoria pressupõe uma ideia de conjunto. Assim, Campos afirma que Schmitt contorna o problema, escrevendo o livro como se efetivamente acreditasse existir uma constituição como unidade lógica e sistemática. Schmitt teria contornado, assim, o problema da unidade da constituição, ao afirmar que esta não se encontrava no texto constitucional, mas num ponto exterior: na vontade do povo alemão. Contudo, Campos vê um problema nessa saída encontrada por Schmitt, pois entende que o povo alemão como unidade não existe, ele é uma categoria ideal. Assim, Campos critica que se somente o existencial pode conferir caráter unitário à constituição – e o povo alemão não era uma unidade existencial, mas apenas ideal –, a constituição continuaria a ser um mero conglomerado de disposições divergentes (1956b, p.75-76). Neste ponto, Campos critica fortemente a teoria de Schmitt, ao enfrentar o que entende ser inconsistência da própria teoria nas suas categorias. Campos volta a comentar o que Schmitt chama de decisões políticas do povo alemão (pela democracia, pelo federalismo), afirmando que estas, efetivamente, consistem em uma unidade lógica, pois integram, numa totalidade de sentido, as normas constitucionais particulares (1956b, p. 77). Arremata Campos:

E eis como Schmitt, embora continue a afirmar que a Constituição não é uma unidade lógica e normativa, dá todos os elementos necessários à sua concepção como estrutura de sentido e sistema de normas, ou como planificação normativa e lógica, isto é, um todo organizado, em que as partes se acham em relações de coordenação e de subordinação, tal como nas criações artísticas e nas demais totalidades espirituais, em que a multiplicidade, graças ao poder construtivo da fantasia ou da razão, pela forma, pelo ritmo, pelos princípios regulativos, se organiza e configura em unidade (1956b, p. 78).

Essa é a crítica realizada por Campos à obra de Schmitt neste parecer. A maneira pela qual essa crítica é feita nos parece muito interessante, pois Campos a realiza dentro da própria lógica do pensamento de Schmitt.

Assim, Francisco Campos entende como sustentada a sua tese de que existe unidade, sistematicidade, ordem lógica na constituição. Tal unidade, no entender de Campos, pode ser utilizada como guia para a interpretação dos dispositivos particulares. É nessa perspectiva que Campos analisará a constituição brasileira de 1946, acerca da questão a ser respondida neste parecer – de se seria constitucional a intervenção do poder executivo no mercado para fixar preços de mercadorias, com base em decreto-lei anterior à Constituição de 1946.

Em síntese, Francisco Campos caracteriza o Estado brasileiro da Constituição de 1946 como Estado liberal – entendendo-se, por este termo, um Estado de Direito burguês e democrático. Campos analisa o desenvolvimento histórico de cada conceito. É curioso que, nessa tarefa, Campos se utilize da obra de Schmitt como parâmetro de análise – quando passou grande parte do parecer a criticá-la. As referências feitas a Schmitt, nesta parte do texto, são seguintes: desenvolvimento por Schmitt do conceito de Estado de Direito – como sendo seus elementos a administração e a justiça –; num Estado Liberal, a constituição se opera em uma separação entre Estado e sociedade; ideia de que os direitos individuais devem orientar o legislador na criação da legislação ordinária (CAMPOS, 1956b, p.81-95).

Acerca da intenção do legislador constituinte, Campos afirma que o objetivo deste era inverter a perspectiva constitucional prévia. Ou seja, tomou-se como ponto central para a organização da constituição de 1946 que ela fosse o oposto da constituição de 1937 – passando de uma ordem autoritária para democrática, de um sistema em que os direitos individuais não constituíam limitações efetivas ao poder, para um sistema em que o poder é limitado em sua atuação pelos direitos individuais. Nesse sentido, a Constituição de 1946 optou pela ordem econômica liberal, em que se objetiva pouca intervenção estatal na economia. Assim, conclui Francisco Campos que o decreto-lei abordado no presente parecer foi revogado pela Constituição de 1946, por ser com ela incompatível (1956b, p. 98-103).

Cabe comentar a importância deste parecer para a nossa pesquisa, por fornecer uma relação diferente entre Campos e a obra de Schmitt. Neste texto, Campos apresenta uma detida análise crítica de um ponto essencial da teoria constitucional de Schmitt (impugnação da unidade da constituição), ao mesmo tempo em que, na segunda parte do texto, volta a tomá-la como referencial da sua análise – como na maioria das vezes em que mencionava a obra de Schmitt.

Além disso, ao compararmos este parecer de Francisco Campos com o segundo parecer analisado neste capítulo, verificamos a defesa posições divergentes para a mesma questão. No parecer acima, Campos critica a tese de Carl Schmitt – de que a constituição não possui caráter unitário –, defendendo que existiria sim uma unidade da constituição, devendo esta ser interpretada de maneira sistemática. Enquanto que no segundo parecer analisado, intitulado *Interpretação do art. 173 da Constituição de 1934*, Francisco Campos, novamente, cita a obra de Schmitt, mas para com ela concordar em sua integralidade. Em tal parecer, Campos expressamente defende que as várias disposições da constituição, de conteúdos distintos e

diversos, não podem ser agrupadas em uma unidade sistemática. Campos analisava, nos dois pareceres, constituições realizadas por Assembleias Nacionais Constituintes (de 1934 e 1946). O que se pode concluir, portanto, diante dessa contradição? A confirmação de tese criada por Airton Seelaender e Alexander de Castro, de que Francisco Campos era um jurista adaptável.

2.4. OS ATOS INSTITUCIONAIS: INSTAURAÇÃO DA DITADURA MILITAR

Antes de adentrar na análise dos atos institucionais (A.I. de 9 de abril de 1964 e o A.I. nº 2 de 1965), de autoria de Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva, mencionaremos as condições políticas em que se deu o golpe militar de 1964.

Daniel Aarão Reis comenta o contexto político da instauração da ditadura militar. Para este autor, tudo começou com a renúncia de Jânio Quadros, em agosto de 1961. Os ministros militares, por ele nomeados, buscaram impedir a posse do vice-presidente João Goulart, que estava visitando a China Popular. Aarão Reis afirma que, por um movimento de resistência liderado por Leonel Brizola - governador do Rio Grande do Sul -, que conseguiu mobilizar a população de Porto Alegre, bem como o apoio do comandante do III Exército, tendo criado uma cadeia nacional de comunicações, a rede da legalidade, o golpe intentado em 1961 contra Jango não prosperou (2004, p. 31).

Segundo o autor, Jango, temendo enfrentamentos, aceitou negociar sua posse em 1961. Assumiu a presidência com poderes reduzidos por uma emenda parlamentarista votada pouco antes (REIS, 2004, p. 32).

Após essa crise institucional, iniciou-se uma conjuntura crescente de crise até 1964. Relembra o autor que se vivia a guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética, que se empenhavam na polarização em nível mundial, naquele período (2004, p. 33) – apesar de mencionar este dado, o autor discorda da tese de que os brasileiros haviam sido mero joguetes dos interesses de tais potências.

De acordo com Aarão Reis, animados por terem vencido a tentativa de golpe contra João Goulart em 1961, vários movimentos sociais populares se desencadearam. Realizaram estes diversas greves econômicas e políticas, manifestações, comícios, invasões de terras. Buscavam melhorar as condições de trabalho e participar da política. Demandavam as reformas de base.

Em 1963, quando João Goulart recuperou seus poderes presidenciais, tais grupos ganharam mais força. Aarão Reis comenta que no início do ano de 1964, os movimentos mais radicalizados passaram a adotar uma postura ofensiva de política reformista revolucionária – por duvidarem que conseguiriam realizar as reformas através dos meios legais. O autor afirma que as esquerdas, que antes adotaram uma postura defensiva, passavam uma posição ofensiva (REIS, 2004, p. 34-36).

Ao mesmo tempo, as direitas se rearticulavam, sendo compostas pela união entre os capitalistas, a igreja e as forças armadas – que gradativamente passaram a questionar o governo de Jango, pela ameaça à estrutura da hierarquia. Aarão Reis afirma que, naquele momento, quem adotava posição defensiva eram as direitas. Justificavam, estas, o golpe militar de 1964 como um último recurso para salvar a democracia. Afirma que, a partir de 1º de abril de 1964, as direitas se esforçaram em defender a memória do golpe como uma intervenção salvadora contra o comunismo – inclusive mobilizando meios de propaganda e educacionais (REIS, 2004, p. 37-39).

Segundo Aarão Reis, à medida que a ditadura foi se tornando impopular, tornava-se insustentável a tese de que uma ditadura poderia salvar ou constituir uma democracia. As esquerdas afirmavam que a ameaça revolucionária inexistia na prática. Não passava de manifestações de certos líderes de esquerda desavisados, que as direitas souberam muito bem manipular, pondo a serviço de seus interesses políticos (REIS, 2004, p. 40).²⁴

²⁴ Elio Gaspari possui interpretação diversa acerca da instauração do regime militar – tese esta, devemos afirmar, muito controversa.

De acordo com Gaspari, João Goulart havia se tornado presidente após a renúncia de Jânio Quadros, no ano de 1961. Havia oposição à sua chegada ao poder, instaurando-se o parlamentarismo como solução para que Jango, ao se tornar presidente, não tivesse tanto poder. Contudo, no plebiscito de 1963 se decidiu que se voltaria a adotar o sistema presidencialista. Nesse período, o país vivenciava uma crise econômica – com inflação, gastos do governo maiores que sua receita, deflagração de diversas greves. (GASPARI, 2014, p. 47-49).

Nessa situação de instabilidade política, Elio Gaspari aponta que teriam existido dois projetos de golpe em curso. Um a ser dado pelo próprio Jango – que detinha, até determinado momento, da chefia dos militares, apoio do Ministro da Guerra e da base armada do PCB. Do lado oposto, haveria outro golpe, preparado pelos opositores do presidente, composto por setores conservadores, certos movimentos dentro das Forças Armadas – especialmente após o Comício da Central do Brasil, onde Jango anunciou estar disposto a realizar a campanha pelas Reformas de Base, e pela crise derivada da revolta da Marinha, que foi tomada como significativa quebra da hierarquia –, contando como auxílio do governo dos Estados Unidos, que temia a instauração de um regime comunista no Brasil (com especial atuação do embaixador americano Lincoln Gordon, apoiado pelo presidente à época, John F. Kennedy) (GASPARI, 2014, p. 50-62). A situação de tensão foi aumentando, com o desenrolar de diversas manobras e estratégias, até que, no dia 1 de abril de 1964, os militares deram o golpe. Os militares encontraram apoio no Congresso Nacional, que decretou a vacância do cargo de presidente, ocupado por João Goulart – que ainda se encontrava em território nacional. Assim foi instaurada a ditadura militar brasileira.

Abordado brevemente esse contexto de instauração da ditadura militar, passemos a analisar a sua busca por fundamentação jurídica. Em tal tarefa, Francisco Campos auxiliou, tendo redigido, em coautoria com Carlos Medeiros Silva, os atos institucionais de 9 de abril de 1964 e o de número 2, de 1965.

Gilberto Bercovici comenta a trajetória de Francisco Campos de oposição aos governos democráticos, que culminou na sua colaboração com a ditadura militar:

Nesse sentido, alijado do poder em 1942, Francisco Campos se torna, a partir da redemocratização de 1945-1946, uma das vozes conservadoras a fazer oposição aos governos democráticos de Getúlio Vargas (1951-1954), Juscelino Kubitschek (1956-1960) e João Goulart (1961-1964), defendendo o liberalismo econômico e a não intervenção estatal nas esferas econômica e social, de forma muito similar à encontrada por Schmitt em sua definição de “Estado total” no início da década de 1930. E, correspondendo à afirmação de José Luiz Werneck da Silva, Francisco Campos esteve de plantão para atender ao convite do autointitulado “Comando supremo da revolução”, que usurpou o poder com o golpe militar de 1.º de abril de 1964 e desejava se “legitimar” juridicamente. (BERCOVICI, 2013, p. 113).

Para Bercovici, na redação dos dois primeiros atos institucionais da ditadura militar se pode encontrar influência de Carl Schmitt:

A autoria do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 (então sem número) é de Francisco Campos, com o auxílio de Carlos Medeiros Silva. A situação inverteu-se com a edição do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Nesses dois atos institucionais pode-se perceber claramente a influência schmittiana e a autoria de Francisco Campos em vários trechos [...] (BERCOVICI, 2013, p. 114).

Em virtude disso, analisaremos o Ato Institucional de 9 de abril e o Ato Institucional nº 2, com a finalidade de buscar similaridades com ideias de Carl Schmitt, já anunciadas por Bercovici.

Francisco Campos elaborou o preâmbulo do ato institucional de 9 de abril de 1964. Neste primeiro ato normativo, expedido pelo *Comando Supremo da Revolução*, se buscava conferir juridicidade ao novo momento político vivido pelo país.

O referido ato institucional trata o golpe militar como uma revolução:

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação. (Ato Institucional de 9 de abril de 1964).

É significativo que Francisco Campos tenha, já no início do preâmbulo deste ato institucional, definido o (por nós entendido) golpe militar como uma revolução. Conferir o status de revolução a uma situação de exceção, de acordo com o constitucionalismo moderno, tem grande significação. Tal conceito remete a uma ruptura completa com a ordem constitucional passada. Sua categoria própria é a de poder constituinte.

Em seguida, detalha-se a relação entre revolução e o conceito de poder constituinte, neste caso brasileiro:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destituiu o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. (Ato Institucional de 9 de abril de 1964).

Para Carl Schmitt, o detentor do poder constituinte toma as decisões sobre modo e forma da unidade política já existente concretamente. Não se vincula à ordem constitucional anterior, sendo completamente livre na sua atuação, tendo poder ilimitado. É uma categoria própria de uma experiência revolucionária. Como se pode perceber, os termos utilizados por Francisco Campos, na descrição do conceito de poder constituinte do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, são muito similares aos desenvolvidos por Carl Schmitt.

Ao caracterizar o Comando Supremo da Revolução como representante da vontade do detentor do poder constituinte – no caso, o povo –, Francisco Campos, de maneira astuta, buscou conferir a este, de acordo com a teoria constitucional, ilimitado poder de atuação.

Da leitura do referido ato institucional, se depreende que o objetivo da “revolução” era restaurar a ordem interna do país, que estava em risco pelos comunistas (inimigo público), que já haviam se infiltrado, inclusive, no próprio governo – segundo o texto analisado.

O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a *restauração da ordem interna* e do prestígio internacional da nossa Pátria.

[...]

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento,

pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. (Ato Institucional de 9 de abril de 1964) [grifo nosso].

Dessa forma, a intenção dos militares era a de proteger a ordem constitucional anterior. Contudo, na pureza dos conceitos de Carl Schmitt, tal intenção seria própria da categoria de ditadura comissária, em que se busca proteger a ordem política existente. Para atingir tal finalidade, um comissário (representante do poder constituído) tem o poder de suspender a Constituição, a fim de protegê-la. Terminado o período de exceção, restaurada a situação de normalidade, se voltaria a aplicar a anterior Constituição.

Ocorre que, na justificativa do novo regime, constante do preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, se fez uso de categorias próprias da ditadura soberana de Carl Schmitt – revolução, poder constituinte. De acordo com a teoria schmittiana, uma ditadura soberana deriva da ocorrência de uma revolução, a qual objetiva destruir a ordem constitucional anterior. Assim, na ditadura soberana, se busca criar condições para a implantação de uma nova constituição.

A questão se afigura complexa. Não se trata, aqui, de mera transposição de conceitos de uma categoria para a outra – de uma ditadura comissária revestida de fundamentação de ditadura soberana. A intenção do Comando Supremo da Revolução seria a de restaurar a ordem, mas, ao mesmo tempo, se dizia representante do detentor do poder constituinte, o que lhe conferiria poder ilimitado para alterar a ordem existente. Como se percebe, as categorias se mesclam – como defende Leonardo Barbosa, em sua obra *História Constitucional Brasileira*.

A “revolução” estava comprometida com a “restauração da ordem”. Assim, não era surpreendente que o ato institucional fosse ambíguo. Ele subvertia a tradicional oposição entre revolução e reforma ao arrogar para si um poder muito superior ao que de fato seria necessário à sua tarefa. E, a todo tempo, recordava a seus destinatários que poderia fazer muito mais do que efetivamente fazia, mas contentava-se em fazer o necessário, recusava-se a “radicalizar o processo revolucionário”. Em outras palavras, os militares invocaram o poder constituinte para *não* outorgar uma nova Constituição e, quando por fim decidiram fazê-lo, em 1967, preferiram utilizar o Congresso (ainda que sob rígido controle), como será visto adiante. Trate-se de uma mescla improvável entre os dois tipos de ditadura identificados por Schmitt, a ditadura comissária e a ditadura soberana. A ditadura comissária “suspende a Constituição para protegê-la em sua existência concreta. A ação do ditador deve criar uma situação normal na qual o direito possa valer”. Já a ditadura soberana “busca criar uma situação que torne possível uma nova Constituição. A ditadura soberana invoca o poder constituinte” (BERCOVICI, 2008, p. 25). A ditadura militar hesitava entre as duas categorias, pois reivindicava o exercício do poder constituinte, mas, ao mesmo tempo, dizia-se preocupada com a restauração da ordem. (BARBOSA, 2012, p. 59-60).

Outro ponto que pode ser relacionado à obra de Carl Schmitt é o da legitimidade. O referido ato institucional afirma que a revolução é legítima, pois deriva do exercício do poder constituinte. Como vimos no primeiro capítulo, segundo Carl Schmitt, uma constituição é legítima quando são reconhecidas a força e autoridade do poder constituinte (1996b, p. 104). É o que se interpreta dos seguintes trechos:

Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.

[...]

Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. (Ato Institucional de 9 de abril de 1964).

Uma peculiaridade do referido Ato Institucional é o de que ele invoca um poder ilimitado de atuação ao Comando Supremo da Revolução, por ser este representante do detentor do poder constituinte (o povo), num processo revolucionário, ao mesmo tempo em que expressamente declara intenção de restringir os plenos poderes a que defende estar investido. Leonardo Barbosa chama atenção para essa ambiguidade, em sua obra *História Constitucional Brasileira* (2012, p. 59).

A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

[...]

Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. (Ato Institucional de 9 de abril de 1964).

Passaremos, a seguir, a analisar o texto do Ato Institucional nº 2 de 27 de outubro de 1965, expedido pelo então Presidente da República, Castello Branco. Em seu preâmbulo foram reiterados os termos do preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Dessa forma, a justificativa do golpe militar, de autoria de Francisco Campos, foi mantida em suas categorias principais (revolução, poder constituinte), como pode se perceber dos seguintes trechos do AI-2:

A Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e uni Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão.

No preâmbulo do Ato que iniciou a institucionalização, do movimento de 31 de março de 1964 foi dito que o que houve e continuará a haver, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, mas também na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. E frisou-se que:

- a) ela se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação;
- b) a revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma;
- c) edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória, pois graças à ação das forças armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representa o povo e em seu nome exerce o Poder Constituinte de que o povo é o único titular.

[...]

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País". (Ato Institucional nº 2).

A novidade trazida pelo preâmbulo do Ato Institucional nº 2 consistiu no argumento de que a constituição continuava, por não ter sido sua tarefa concluída.

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

[...]

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional. (Ato Institucional nº 2).

Para Leonardo Barbosa, o preâmbulo do AI-1 era a certidão de nascimento do poder constituinte permanente da revolução:

O preâmbulo do Ato Institucional nº 2 é a certidão de nascimento da doutrina do poder constituinte permanente da revolução: "Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará". A sugestão de Heitor Ferreira havia sido certa. O poder constituinte de que se achava investida a "revolução" não se exaurira. Ele era "próprio do processo revolucionário" e, para atingir seus objetivos, deveria ser "dinâmico": [...]. (2012, p. 80).

No AI-2, alegou-se que a tranquilidade do país continuava a ser ameaçada por agitadores que desafiavam a ordem revolucionária. Assim, como o poder constituinte da revolução era intrínseco, inclusive para continuar a sua obra – que ainda não havia terminado, segundo o texto aqui analisado –, o Presidente da República, como Chefe do governo revolucionário e comandante supremo das forças armadas, expedia o novo ato institucional. Aqui se encontra tal fundamentação:

Assim, o Presidente da República, na condição de Chefe do Governo revolucionário e comandante supremo das forças armadas, coesas na manutenção dos ideais revolucionários,
 CONSIDERANDO que o País precisa de tranqüilidade para o trabalho em prol do seu desenvolvimento econômico e do bem-estar do povo, e que não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem;
 CONSIDERANDO que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs, [...]. (Ato Institucional nº 2).

A parte dispositiva do Ato Institucional nº 2 conferia maiores poderes ao poder executivo – aos militares que estavam em seu exercício. Dentre as suas disposições, destaca Leonardo Barbosa as seguintes:

[...] estabelecer eleições indiretas para a Presidência da República (art. 26), autorizar a imposição unilateral do estado de sítio pelo presidente (art. 13), possibilitar novos expurgos nos órgãos políticos, judiciários e administrativos (arts. 14 e 15), limitar a liberdade de associação (art. 18), possibilitar a suspensão de direitos políticos (art. 16), fragilizar o federalismo (art. 17) e excluir da apreciação judicial os atos praticados pelo comando revolucionário e pelo governo (art. 19). (2012, p. 80-81).

Como as principais contribuições de Francisco Campos com a ditadura militar brasileira se deram por meio da redação do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 e do Ato Institucional nº 2 de 1965, acreditamos ter cumprido o objetivo desta parte da pesquisa. Encerraremos, portanto, por aqui, a análise da sua atuação durante a ditadura militar.

2.5. SOBRE A RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT POR FRANCISCO CAMPOS

A presente monografia objetiva buscar compreender o fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro, no período histórico delimitado de 1930 a 1970. Neste segundo capítulo, nos dedicamos a estudar a influência do pensamento schmittiano na obra de Francisco Campos. Como exposto, tal jurista merece análise mais detida, pois teve importante atuação na conformação dos regimes autoritários brasileiros do Estado Novo e da

ditadura militar. É na análise destes textos normativos constitucionais que encontramos, além da influência das ideias de Carl Schmitt, a sua realização na prática. Na obra *O Estado Nacional*, se encontram manifestações de Francisco Campos em favor do Estado Novo, onde pode verificar similaridades com a obra de Carl Schmitt, em alguns aspectos. Nesta parte da análise, confirmamos nossa hipótese de que juristas brasileiros – no caso, Francisco Campos –, teriam recepcionado ideias de Carl Schmitt para defender regimes autoritários no Brasil.

A hipótese foi confirmada, mas apenas de maneira parcial. Isso porque Francisco Campos, no período posterior ao Estado Novo, passou a defender a liberdade dos indivíduos e das garantias constitucionais. Para tal, fez uso também de ideias de Carl Schmitt. Nos pareceres contidos na obra *Direito Constitucional*, encontramos os registros dessa atuação. Aqui, encontramos diversas citações diretas a obras de Carl Schmitt – sua grande maioria em relação à *Teoria Constitucional* –, justamente para defender ideais liberais. Nesta obra, Carl Schmitt havia se proposto a analisar a Constituição de Weimar, vigente à época. Como se tratava de uma constituição do tipo de Estado burguês de Direito, Schmitt analisou os seus elementos. Grande parte dessa obra se compõe de descrições dos conceitos burgueses de Estado de Direito, dos quais Schmitt discordava. À medida que expunha tais conceitos, Carl Schmitt apresentava suas críticas. É possível que um jurista interessado em defender ideias próprias do Estado liberal de Direito utilizasse apenas os trechos em que Schmitt descreve a realidade constitucional da sua época – mesmo que dela discordasse. Utilizações pontuais e descontextualizadas são, portanto, possíveis de ser realizadas. Em certa medida, foi o que fez Francisco Campos.

Um dado interessante, encontrado na pesquisa, é o de que, em dois dos pareceres estudados, Francisco Campos se contradiz.²⁵ E se contradiz com relação a uma ideia de Carl Schmitt, a saber, a impugnação do caráter unitário da constituição. Ou seja, nos dois pareceres Campos expõe a mesma ideia de Schmitt, mas em um com ela concorda, e, no outro, dela discorda. Claro que a natureza do texto jurídico – parecer – já abre caminho para a possibilidade de eventuais mudanças, dependendo de quem o solicitasse. Não seria cabível exigir deste tipo de fonte uma coerência total com a integralidade da obra do autor. Há que tomá-la com certa cautela, portanto. Ainda assim, o que não se esperava é que isso fosse tão evidente, justamente num ponto em que analisava uma ideia de Carl Schmitt.

²⁵ Os pareceres são: Interpretação do Art. 173 da Constituição de 1934 (vol. I, p. 205-216) e Inconstitucionalidade da Comissão Central de Preços (vol. II, p. 57-103). Ambos compõem a obra *Direito Constitucional*, de Francisco Campos.

Entendemos essa contradição como a comprovação da tese de Campos ter sido um jurista adaptável. Ainda, este trecho afasta a possibilidade de ser entendido Campos como um puro schmittiano. É o que Seelaender já afirmava:

Além de conhecer boa parte da doutrina francesa e italiana, Campos tinha extrema familiaridade com a literatura jurídica alemã do Império e de Weimar. Conhecia bem, inclusive, a obra de Carl Schmitt, na qual por vezes se inspirou direta ou indiretamente. Tal influência schmittiana parece ter sido, por sinal, acentuada nos anos 30.

O reconhecimento disso não deve nos levar, contudo, a ver Campos – autor eclético, mais preocupado com os resultados do que com as vias de sua argumentação – simplesmente como um seguidor de Schmitt. O recurso à obra deste não basta para explicar Campos, que, mais do que assumir as ideias de Schmitt, se utilizava delas – e das ideias de dezenas de outros autores célebres – de forma pragmática e desvoluta, para justificar o que bem lhe interessasse. (SEELAENDER; CASTRO, 2010, p. 264).

Na nossa pesquisa, tomou-se a análise do jurista Francisco Campos pela perspectiva da recepção das ideias de Carl Schmitt. O objetivo não era o de analisar toda a carreira de Campos – o que já foi feito com grande êxito por Seelaender e Castro. Aqui, interessava-nos a análise da atuação de Campos que tivesse relação com ideias de Carl Schmitt, como maneira de melhor compreender o fenômeno da recepção das ideias do jurista alemão no Brasil.

3. RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: 1930 A 1970

Nesta etapa da pesquisa, selecionamos os principais doutrinadores do direito constitucional do período de 1930-1970, para verificar de que maneira eles teriam recepcionado as ideias de Carl Schmitt – principalmente nos comentários às Constituições e nos cursos de direito constitucional, obras às quais nossa análise deu maior enfoque.

Nosso objetivo era realizar uma coleta de dados das citações feitas de Carl Schmitt nas principais obras de direito constitucional brasileiro. Buscamos, portanto, um dado objetivo: citação com menção expressa a Carl Schmitt. Com base na análise, caso a caso, dessas citações, verificamos como se deu a recepção da obra de Carl Schmitt na doutrina constitucional brasileira. Nosso método de pesquisa, como se percebe, se distanciou do até então utilizado na presente monografia.

Para realizar tal tarefa, era necessário acessar as obras de direito constitucional do período temporal delimitado. Consultamos, então, a Biblioteca Central da Universidade Federal de Santa Catarina e a Biblioteca do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. É nosso dever alertar que a análise ficou, assim, infelizmente, limitada às obras disponíveis neste acervo. É de se reconhecer que a falta de tempo nos impediu de conseguir acessar a totalidade das obras relevantes, por se tratar de livros não tão facilmente acessíveis.

Diante disso, os constitucionalistas selecionados para a nossa pesquisa foram os seguintes: Araújo Castro, Pedro Calmon, Luis Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Acrescentamos, ainda, à nossa análise, pela sua relevância, as obras de direito constitucional de dois eminentes juristas brasileiros: Themistocles Brandão Cavalcanti e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, os quais se dedicavam, com grande destaque, também a outras áreas do direito. Para facilitar a nossa pesquisa, denominaremos de constitucionalistas todos estes juristas, a partir de agora. Estes foram selecionados por terem sido os principais constitucionalistas atuantes no período analisado nesta pesquisa: de 1930 a 1970. Tal conclusão pode, ainda, ser verificada nas referências recíprocas nas suas obras, por eles realizadas.

Inicialmente, entendemos ser importante abordarmos, mesmo que brevemente, a vida e obra destes juristas que trabalhavam com direito constitucional.

Araújo Castro é um dos constitucionalistas analisados na presente monografia. Para apresentar, brevemente, sua carreira, retiramos dados constantes da sua obra *A Constituição de 1937*, reeditada pelo Senado Federal em sua Coleção História Constitucional Brasileira. Consta dessa obra breve relato de sua vida e atuação profissional: Araújo Castro nasceu no Estado do Maranhão, no ano de 1880; bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Livre do Rio de Janeiro, quando do ano de 1907; exerceu o cargo de Diretor-Geral do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, em 1912; foi designado, em 1919, para compor a comissão destinada a organizar projeto de lei de acidentes do trabalho; foi nomeado como membro integrante do Conselho Nacional do Trabalho.²⁶ Atuou, ainda, Araújo Castro, como Juiz Federal no Estado do Maranhão²⁷. Castro publicou diversos livros de direito, dentre os quais destacamos os seguintes: *Manual da Constituição Brasileira*; *Estabilidade de Funcionários Públicos*; *Acidentes do Trabalho*; *Instrução Moral e Cívica*; *A Reforma Constitucional*; *A Nova Constituição Brasileira* e *A Constituição de 1937* (CASTRO, 2003, p. 4) – essas últimas duas obras são por nós abordadas na presente pesquisa.

Themistocles Cavalcanti (1899-1980) foi um importante doutrinador de direito administrativo e constitucional brasileiro. Maurício Mesurini da Costa menciona os diversos cargos públicos ocupados por Cavalcanti em sua carreira, bem como as comissões das quais participou:

Procurador do Tribunal Especial (1930); Procurador da Junta de Sanções (1931); Procurador da Comissão de Correição Administrativa (1931); Procurador da República (1931-1932); Membro da Comissão Consultiva do DF (1932); Membro da Comissão Elaboradora do Anteprojeto da Constituição de 1934, do Itamarati (1933); Procurador da República no DF (1938-1945); Consultor-Geral da República (1945-1946; 1955); Procurador-Geral Eleitoral (*ad hoc* por diversas vezes e efetivo em 1946) e Procurador-Geral da República (1946-1947); Presidente da Comissão de Tarifas do Serviço Público e da Comissão Revisora do Código Rural (1945).

Em 1950 foi nomeado para o Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio (CNC), cargo que exerceu por 30 anos. Em 1960 foi eleito deputado à Assembleia Constituinte da Guanabara pela legenda da União Democrática Nacional (UDN). Após a promulgação da Constituição exerceu mandato ordinário até 1961, quando renunciou. (2016, p. 36-37).

²⁶ Todas estas informações foram retiradas da obra *A Constituição de 1937*, de Araújo Castro, reeditada pelo Senado Federal, no ano de 2003.

²⁷ Informação obtida do discurso do Presidente do Senado, José Sarney, no ano de 2003, sobre a publicação de três obras da Coleção História Constitucional Brasileira, em que dentre elas estava a de Araújo Castro - sobre a Constituição de 1937.

Mesurini da Costa aponta, ainda, a atuação de Themistocles Cavalcanti durante a ditadura militar. Cavalcanti integrou a comissão especial de juristas designada por Castelo Branco para elaborar um novo projeto de Constituição (COSTA, 2016, p. 37). Além disso, Cavalcanti foi indicado por Costa e Silva para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo o exercido de 1967 a 1969 (COSTA, 2016, p. 37). Acrescenta Mesurini da Costa que Themistocles Cavalcanti fez parte da comissão constitucional de alto nível de Costa e Silva, que tinha a tarefa de elaborar emendas à Constituição de 1967 (2016, p. 37).

Na carreira acadêmica, Themistocles Cavalcanti teve diversas atuações. Mencionamos, aqui, apenas algumas delas: foi Diretor da Faculdade Nacional de Ciências Econômicas da Universidade do Brasil (Rio de Janeiro) de 1945 a 1960; dirigiu o Instituto de Direito Público e Ciência da FGV; participou da fundação do Núcleo de Direito Público da FGV, que em 1952 se transformou em Instituto de Direito Público e Ciência Política, tendo Cavalcanti o gerido até o seu falecimento, coordenando a Revista de Direito Público e Ciência Política; lecionou na PUC do Rio de Janeiro; recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Escola Superior da Guerra (COSTA, 2016, p. 39-40).

Outro jurista que teve suas obras de direito constitucional analisadas na presente monografia foi Pontes de Miranda (1892-1979). Pinto Ferreira publicou um texto sobre Pontes de Miranda na Revista de Informação Legislativa, edição de 1981, que utilizamos como fonte para esse breve comentário sobre a carreira do eminente juriconsulto alagoano.

Pontes de Miranda se formou bacharel pela Faculdade de Direito de Recife em 1911. No início da sua carreira, passou a residir no Rio de Janeiro, atuando como advogado. Pinto Ferreira comenta ter sido Pontes convidado pelo Presidente Arthur Bernardes para ocupar o cargo de Juiz na 1ª Vara de Órfãos. Posteriormente, atuou como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara – Pinto Ferreira comenta que a Pontes foi oferecida vaga de ministro do Supremo Tribunal Federal, por ele recusada. Afirma Pinto Ferreira que Pontes de Miranda também não aceitou o posto de Embaixador do Brasil na Alemanha, por não lhe agradar o regime hitlerista. Atuou, ainda, Pontes de Miranda, como Embaixador do Brasil na Colômbia, prestando, também, pelo seu prestigioso trabalho, assessoramento pessoal ao governo dos Estados Unidos por dois anos. Segundo Pinto Ferreira, após 1941, Pontes voltou a residir no Brasil (1981, p. 209).

Esse renomado juriconsulto redigiu diversas obras fundamentais para a ciência brasileira, em especial à área jurídica, das quais destacamos: *História e Prática do Habeas*

Corpus; Direito de Família; Sistema de Ciência Positiva do Direito; Fundamentos Atuais do Direito Constitucional; Comentários às Constituições – objeto de nossa análise nessa monografia -; *Tratado de Direito Privado* (BROSSARD, 1980, p. 25-26). Paulo Brossard apresenta Pontes de Miranda como um jurista de formação democrática e liberal, que possuía grande apreço pelo Poder Legislativo (1980, 29-30).

Outro importante constitucionalista brasileiro foi Pedro Calmon (1902-1985). Como fonte para a menção à sua carreira, utilizamos o acervo do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), constante do sítio eletrônico da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Pedro Calmon nasceu na Bahia, em 1902. Tornou-se bacharel em direito no ano de 1924. Atuou na construção da política brasileira em dois momentos: como Deputado Estadual pelo Partido Republicano da Bahia de 1927 a 1937; e como Deputado Federal pela Bahia, pela Concentração Autonomista, quando da reconstitucionalização do país. Foi eleito membro da Academia Brasileira de Letras no ano de 1936 – ocupando a cadeira n. 16.

Calmon dedicou-se, na maior parte de sua carreira, ao magistério. Encontra-se registrado pelo CPDOC que, quando da ditadura de Getúlio Vargas, Calmon se tornou catedrático da Universidade do Brasil (UB) – hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) -, lecionando direito constitucional - atuando, ainda, como Diretor da Faculdade de Direito. Calmon foi professor também da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, a partir da sua fundação em 1941. Durante o governo de Eurico Gaspar Dutra, Calmon foi nomeado vice-reitor da UB, vindo a assumir, no ano seguinte, a reitoria dessa universidade.

Atuou na pasta da Educação e Saúde dos anos de 1950 a 1951 – tendo saído no momento em que Getúlio Vargas tomou posse da Presidência da República. Durante o governo de Juscelino Kubitschek, de 1956-1961, atuou como Ministro da Educação e da Cultura. Segundo estes dados constantes do CPDOC, Pedro Calmon era considerado como um reitor diplomata, com grande habilidade em mediar os conflitos entre estudantes e governo. Com o advento da ditadura militar, dissolveu a diretoria do Centro Acadêmico Cândido de Oliveira da Faculdade Nacional de Direito. Durante a década de 1960, como reitor da Universidade do Brasil, buscou expandi-la com a transferência para a ilha do Fundão. Deixou a reitoria em 1966, quando passou a atuar como vice-presidente do Conselho Federal de Cultura, no ano de 1967.

Outro dado importante, que revela sua importância acadêmica, foi ter sido presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) do ano de 1968 a 1985. Nesse período, realizou a construção da nova sede do referido Instituto.

Lecionou, ainda, nos seguintes estabelecimentos de ensino: Colégio Pedro II; Museu Histórico Nacional; Faculdade Santa Úrsula; Faculdade de Filosofia da Bahia; Universidade de San Marcos (Peru); Faculdade Nacional (México). Recebeu, ainda, o título de doutor *honoris causa* pela Universidade de Coimbra.²⁸

Luis Pinto Ferreira (1918-2009) foi outro importante constitucionalista brasileiro. Graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife, no ano de 1939. A maior parte de sua carreira acadêmica se deu nesta universidade. No ano de 1944 foi aprovado no concurso para Livre-Docente de Teoria Geral do Estado. Doutorou-se em Ciências Jurídicas e Sociais no ano de 1950 (PINTO FERREIRA, 1983, p. 7). Foi também aprovado no concurso de catedrático de Direito Constitucional, no ano de 1950, com a obra *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*.²⁹

De acordo com o seu *curriculum vitae*, Pinto Ferreira publicou 141 livros e monografias até o ano de 1981, dos quais mencionamos: *Novos Rumos do Direito Público; Teoria Científica do Conhecimento; Wahrscheinlichkeitslogik und Soziologie; Da Soberania; A Democracia Socialista e os Novos Rumos do Presidencialismo Brasileiro; Da Constituição* – livro analisado nesta monografia; *Introdução à Filosofia Científica; Tobias Barreto e a Nova Escola do Recife; A Democracia Socialista; El Problema de la Reforma Agraria; Teoria Geral do Estado; As Imunidades Parlamentares; Curso de Direito Constitucional; Manual de Sociologia*; dentre outros (1983, p. 45-54).

Atuou, ainda, esse jurista, como parlamentar. Foi senador pelo Estado de Pernambuco entre os anos de 1962 e 1963.³⁰ Segundo consta do seu sítio eletrônico oficial, Pinto Ferreira exerceu o mandato de suplente de senador de 1963 a 1971, ao lado de José Ermírio de Moraes, pelo PTB. Pinto Ferreira foi, ainda, presidente do MDB por oito anos. Em seu *curriculum vitae*, afirma Pinto Ferreira que ter se afastado das atividades político-partidárias a partir do ano de 1979 (1983, p. 11). No seu sítio eletrônico oficial, é relatado que Pinto Ferreira combateu a

²⁸ Todos os dados acerca da carreira do constitucionalista Pedro Calmon foram retirados do sítio eletrônico do CPDOC, da FGV, bem como do site oficial do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

²⁹ Todos os dados sobre a carreira de Pinto Ferreira foram retirados do seu site oficial <<http://www.luizpintoferreira.com>>.

³⁰ Fonte: sítio eletrônico do Senado Federal.

ditadura militar, defendendo o Estado Democrático de Direito, tendo sido perseguido. Após esse período, participou o jurista da Comissão de Notáveis que redigiu o anteprojeto da Constituição de 1988³¹.

Cabe-nos apresentar, ainda, um breve relato sobre a carreira do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo consta do seu Currículo Lattes, Ferreira Filho se graduou em Direito pela Universidade de São Paulo, no ano de 1957. Logo em seguida, passou a cursar doutorado pela Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, na França, orientado por Georges Vedel, recebendo seu título em 1959. Obteve livre docência pela Universidade de São Paulo, com a tese *O Estado de Sítio*, em 1965. A partir deste ano, passou a lecionar na USP, onde permaneceu por toda a sua carreira acadêmica. Realizou, também, formação complementar pela Escola Superior de Guerra, no ano de 1971.

Na sua dissertação de mestrado, Nildo Inácio aponta a atuação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho durante o regime militar:

A vinculação entre o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e o Regime Militar pós-1964 é verificável pelos diversos cargos que o citado autor ocupou durante o período ditatorial. Na esfera federal, ocupou os cargos de Chefe de Gabinete (1969 a 1971) e Secretário Geral (1970 a 1971) do Ministério da Justiça. Foi secretário do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (1969 a 1971). Na esfera estadual, foi Secretário dos Negócios da Administração (1972) e Secretário dos Negócios da Justiça (1972 a 1973) do Estado de São Paulo. Foi Vice-governador do Estado de São Paulo, de 1975 a 1979 e ocupou de forma interina, os cargos de governador do Estado de São Paulo, Ministro da Justiça e Senador da República. (2013, p. 84-85).

Inácio comenta ter Manoel Gonçalves Ferreira Filho, durante o regime militar, se preocupado com a questão da democracia, publicando dois livros:

Em 1972 foi publicado a primeira edição do livro *A Democracia Possível*, onde o autor discute os tipos de democracia, seus principais princípios e a questão da democracia em relação a “Revolução de Março”. Esta obra teve significativa circulação nos meios acadêmicos [...] No ano de 1977 o autor publicou outra obra que teve a democracia no Brasil como objeto principal de reflexão: *Sete Vezes Democracia*. Ressalta-se, porém, que não só nesse período, senão que também após o fim do Governo Civil-Militar é possível encontrar textos do autor que reconsideram o problema a partir da conjuntura do Estado de Direito. (2013, p. 85).

³¹ Dados retirados do seu site oficial.

Segundo Nildo Inácio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho teria produzido argumentação no sentido de afirmar o regime militar brasileiro como uma democracia – tendo continuado defender tal posicionamento mesmo após o fim deste regime (2013, p. 86-88).

A respeito de sua carreira acadêmica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho atuou em outras instituições de ensino, além da USP, como a Universidade de Franca, Universidade de Guarulhos, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Filosofia Ciências e Letras São Bento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.³²

As obras destes constitucionalistas analisadas na presente pesquisa foram as seguintes: a) de Araújo castro, *A Nova Constituição Brasileira, A Constituição de 1937*; b) de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil, Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*³³, *Comentários à Constituição de 1946, Comentários à Constituição de 1967*³⁴; c) de Luis Pinto Ferreira, *Da Constituição*; d) de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*; e) de Pedro Calmon, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro: Constituição de 1946*; f) de Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria do Estado, A Constituição Federal Comentada*.

Do estudo das obras destes constitucionalistas, conseguimos verificar certas semelhanças na maneira em que recepcionavam as ideias de Carl Schmitt sobre o constitucionalismo brasileiro. Em virtude disso, houve por bem agrupar os dados obtidos na pesquisa em categorias. Acreditamos que essa abordagem facilitará a compreensão do fenômeno estudado.

Apresentada a justificativa, passamos às categorias:

3.1. CARL SCHMITT COMO COMENTADOR DA REPÚBLICA DE WEIMAR

Em sua obra *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, relativa à Constituição de 1934, Pontes de Miranda menciona a posição de Carl Schmitt, acerca dos poderes do Presidente do *Reich*. Segundo Pontes, na República de Weimar, se havia adotado o sistema parlamentar. Contudo, tal sistema continha elementos típicos do parlamentarismo, bem

³² Dados obtidos de seu Currículo Lattes.

³³ Não tivemos acesso à integralidade dessa obra de Pontes de Miranda - apenas aos tomos I e III .

³⁴ Conseguimos acessar somente os tomos I, II, III, V, VI, VI. O tomo IV não pôde ser analisado por esse motivo.

como do presidencialismo. Questiona-se, assim, Pontes de Miranda, se o Presidente do *Reich* seria um guia político, ou se este seria o Chanceler (19-a, p. 557). Na opinião de Pontes, o Presidente seria um guia político de outra natureza, não se tratando aqui de poder central. Ele seria, e, nesse ponto, concorda com Carl Schmitt, um poder neutro, um homem objetivo – a que Pontes reconhece a autoria de Carl Schmitt (19-a, p. 558).

Nesta obra, Pontes de Miranda aprecia o equilíbrio entre os poderes legislativo e executivo da Constituição de Weimar – apesar de reconhecer que, mesmo assim, o nazismo pôde triunfar. Pontes entende que isso se deu por ter se transformado a Alemanha de uma democracia pluripartidária para a de uma com a preponderância de um único partido. Elogia Pontes a previsão dos poderes do Presidente do *Reich* na Constituição de Weimar, entendendo-a como uma bela técnica (19-a, p. 558). Como se pode verificar, Pontes de Miranda, ao analisar o contexto alemão da República de Weimar, adotou uma ideia de Carl Schmitt.

No tomo II dessa mesma obra, Pontes de Miranda apresenta o conceito de Estado Total de Carl Schmitt, no seu capítulo sobre a ordem econômica e social, ao comentar o contexto político da Alemanha. Menciona que o Estado liberal do século XIX se diferenciava da sociedade (Estado \neq sociedade). Para Pontes, este tipo de Estado, preocupado com garantir a liberdade econômica, acabou por desenvolver uma economia apolítica, que negava a interação econômica e de sentido, no desenrolar dos fatos sociais (19-b, p. 287). Assim, tal Estado se mostrou insuficiente na resolução dos problemas econômicos da nação. Pontes de Miranda critica o Estado liberal:

Acolá, o Estado só econômico, mas contraditório: sustenta a liberdade econômica, e intervém a pedido das correntes mais fortes; o Estado, puro executor *político* de resoluções de maiorias (no sentido de pesos, e não de números), maiorias capitalistas instáveis e, muitas vezes contrárias; Estado político na intenção e, na realização, sem senso político. Tem o fim dos ventos que sopram. (19-b, p. 288).

Após, Pontes analisa as experiências de três Estados que reagiram à ruína que tal situação levaria: Rússia, Alemanha e Itália. Através de soluções diferentes, todos estes buscaram eliminar a separação artificial entre Estado e Sociedade. Para Pontes, a política de sua época deveria buscar reintegrar o Estado em sua missão global (19-b, p. 288). Desse modo, o autor insere citação direta de Carl Schmitt:

“É a sociedade mesma que está a organizar-se em Estado: o Estado e a Sociedade devem ser fundamentalmente idênticos; com isso, todos os problemas sociais e econômicos se convertem em problemas políticos e não cabe distinguir já entre zonas concretas político-estatais e político-sociais”. (SCHMITT apud PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 208).

A citação é exposta como confirmação do que Pontes de Miranda estava a analisar: a relação entre Estado e sociedade da época. Aqui, Pontes adota a ideia de Estado Total de Carl Schmitt – apesar de não o ter denominado como tal. É bem verdade que, antes de expor a estrutura dos Estados da sua época, Pontes faz a ressalva de que sua análise era feita na condição de cientista, não tendo a intenção de defender a adoção de qualquer tipo de Estado. Pontes havia proposto, em outra obra, que se adotasse uma solução própria para o Brasil. Contudo, não desenvolve essa análise do caso brasileiro por entender ser este assunto tema estranho ao desta obra, em que se havia proposto a comentar a Constituição de 1934 (19-b, p. 288).

3.2. CARL SCHMITT COMO TEÓRICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Na sua obra *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, referente à Constituição de 1934, Pontes de Miranda apresenta a posição de Carl Schmitt acerca do art. 48 da Constituição de Weimar. A menção ao jurista alemão é breve, sendo feita de forma crítica.

Pontes de Miranda defende a tese de que o art. 48 da Constituição de Weimar não representaria uma infirmação dos direitos fundamentais, mas tão somente sua limitação temporária. Segundo o jurista brasileiro, a própria Constituição havia tratado de limitar o poder ditatorial àqueles direitos fundamentais previstos no dispositivo, permanecendo incólumes os outros direitos fundamentais. Nesse sentido, entende Pontes que o poder estatal encontrava limites de atuação na própria Constituição (19-a, p. 556). Esta seria a opinião dominante entre os juristas alemães, a despeito da opinião contrária defendida por Carl Schmitt num congresso em Jena (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 557).

Essa mesma análise da situação alemã está presente nos *Comentários à Constituição de 1946* (tomo III, p. 70) e nos *Comentários à Constituição de 1967* (tomo III, p. 266-267), de Pontes de Miranda.

Conforme podemos verificar, Pontes de Miranda possui entendimento próprio do significado do art. 48 da Constituição de Weimar, fazendo menção a Carl Schmitt apenas como um dos autores que apresentavam posição contrária – não desenvolvendo Pontes esse pensamento discordante.

Nos *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, referentes à Constituição de 1934, Pontes de Miranda analisa o Decreto Legislativo nº 6 de 1935, que promulgou as Emendas n. 1, 2 e 3. A Emenda n. 1 assim dispunha:

EMENDA N. 1 “A Camara dos Deputados, com a collaboração do Senado Federal, poderá autorizar o Presidente da Republica a declarar a commoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições politicas e sociaes, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parto do territorio nacional, observando-se o disposto no artigo 175, n. 1, §§ 7º, 12 e 13, e devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionaes que não ficarão suspensas”. (Decreto Legislativo nº 6, de 1935).

A menção à obra *A Ditadura* de Carl Schmitt é feita por Pontes de Miranda apenas no comentário da Emenda n. 1 de 1935. Segundo o autor, tal dispositivo não permite ao Presidente da República utilizar da situação jurídica da referida Emenda, ou da sua autorização para estabelecê-la, com o objetivo de aumentar a sua competência, nem para diminuir a dos outros poderes (19-b, p. 608). Ainda, defende Pontes a tese de que cabe à Constituição definir quais instituições políticas e sociais seriam estas subversivas, assim como de que ordem se trata a Emenda nº 1 (19-b, p. 608). Para este jurista, o que se busca proteger, através da utilização de medidas excepcionais da Emenda nº 1, é a própria Constituição (19-b, p. 608). Opina Pontes de Miranda:

A emenda n. 1 só autoriza a suspender garantias e a praticar os actos que a Constituição permite; não autoriza a suspensão da Constituição, porque seria dar ao médico, a pretexto de salvar, o direito de matar o doente. Se as medidas da emenda n. 1 são concedidas é porque está em causa resguardar a Constituição, de onde nascem todos os direitos da ordem jurídica do Brasil. Aliás, no caso do estado de guerra pròpriamente dito, a Constituição não é posta de lado. O *Staatsnotrecht* resulta da Constituição e não pode ser contra ela; contra ela só a revolução vitoriosa pode ser, porque a extingue. Então o estado de necessidade se declara pelo poder estatal, pelo Povo (art. 3º) e reconstitui a ordem jurídica. Não confundamos. (PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 608).

Em face do exposto, verifica-se um certo afastamento entre a opinião de Pontes de Miranda e a de Carl Schmitt, acerca do Estado de Exceção. Isso se dá, principalmente, por Pontes não aceitar a suspensão da própria Constituição, mas apenas das garantias previstas expressamente como passíveis de suspensão no caso de emergência. A atuação estatal estaria, portanto, limitada pelas previsões normativas, para Pontes de Miranda. Já na obra de Carl Schmitt, na ditadura comissária (Estado de Exceção), ao ditador comissário é conferido o poder de suspender a própria Constituição, a fim de protegê-la. Tal atuação se dá de forma concreta, podendo o comissário desconsiderar as previsões legais e constitucionais, transgredindo direitos de terceiros, caso necessário para a proteção da ordem jurídica. Mesmo com a suspensão da Constituição, esta continua válida, mantendo-se a juridicidade, segundo Schmitt³⁵.

Desse modo, o comissário da teoria schmittiana teria poder de atuação mais ampla do que o de Pontes de Miranda – que estaria restrito aos termos da legislação. Percebemos,

³⁵ Tais ideias constam das obras *A Ditadura* e *Teologia Política* de Carl Schmitt. No texto, Pontes de Miranda fez referência apenas àquela.

portanto, que Pontes utiliza Carl Schmitt como autor referência nesse tema, apesar de defender uma aplicação mais restrita de sua tese. A divergência, nesse ponto, não fica explícita, mas está contida na parte inicial trecho acima citado. Por outro lado, afinidades também existem, quando Pontes reconhece que tal fenômeno objetiva a manutenção da ordem jurídica existente, bem como no momento em que reconhece a possibilidade da extinção da Constituição através de uma revolução.

Luiz Pinto Ferreira, na sua obra *Da Constituição*, publicada no ano de 1956, também aborda o tema do Estado de Exceção, no seu capítulo nomeado *Suspensão das prescrições legal-constitucionais e o Estado de Sítio*. Aqui, o autor apresenta posição própria sobre tal fenômeno. Faz referência às obras *A Ditadura* e *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, analisando-as criticamente.

Para Pinto Ferreira, nos momentos de grave ameaça à unidade e existência da comunidade estatal, deve-se limitar a supremacia das Constituições, pela necessidade superior de salvar o Estado. Nessas circunstâncias extraordinárias, fortalece-se o poder executivo, a fim de garantir a continuidade político-jurídica das Constituições. Desenvolve o tema, citando diversos autores, dentre eles Schmitt. Faz citação direta de Carl Schmitt sobre a questão da suspensão temporária da Constituição. Até aqui, percebemos que o pensamento de Pinto Ferreira se aproxima do de Carl Schmitt.

Em seguida, Pinto Ferreira afirma existirem duas modalidades concretas principais de se lidar com a centralização constitucional do poder executivo: a) por lei de plenos poderes, onde se amplia a competência do governo por modificações constitucionais ou legislativas de ordem jurídica; b) por meio de legislação especial para períodos de crise, prevista previamente no período de paz – figuras do estado de guerra e estado de sítio. O autor menciona que estas duas técnicas modernas do Estado de Direito, próprias de situações excepcionais, provocam a suspensão temporária de parte das regras constitucionais (PINTO FERREIRA, 1956, p. 114-115).

Nova referência a Carl Schmitt é realizada na parte em que Pinto Ferreira comenta que o primeiro exemplo de suspensão de Constituição foi previsto na Constituição de 22 de Fevereiro VIII – França revolucionária. Segundo Pinto Ferreira, as práticas precedentes do regime da revolução francesa de 1789 culminaram na criação da instituição do Estado de Sítio – que consiste em uma suspensão parcial de garantias constitucionais, previamente previstas e reguladas (PINTO FERREIRA, 1956, p. 116).

Em seguida, Pinto Ferreira analisa o art. 48 da Constituição de Weimar, onde se previa a possibilidade de o Presidente do *Reich* suspender certos direitos fundamentais, no caso de

ameaça à ordem e segurança públicas. Na página 118, Pinto Ferreira comenta a opinião de Carl Schmitt, de que neste caso se trataria de uma ditadura típica. Contudo, Pinto Ferreira discorda de tal afirmação. Para o autor, Schmitt estaria equivocado, pois a previsão do art. 48 da Constituição de Weimar, em sua opinião, manteria a situação de Estado de Direito – por terem sido previstas de antemão na Constituição. Pinto Ferreira verifica na suspensão provisória das garantias constitucionais uma maneira de defender o ordenamento jurídico vigente, por competência prevista constitucionalmente. Assim, o autor busca fazer uma distinção entre o conceito de ditadura e o de suspensão provisória de garantias constitucionais. Comenta que autores como Leibholz e Carl Schmitt admitem a possibilidade de existência de ditadura democrática – fazendo distinção entre os conceitos de democracia, ditadura e despotismo (PINTO FERREIRA, 1956, p. 119). De acordo com Pinto Ferreira, para Carl Schmitt, a ditadura deve ser uma situação provisória e, caso queira tornar-se supérflua, ela se transmudaria em despotismo. As ditaduras democráticas, para Schmitt, segundo Pinto Ferreira, fundamentadas no poder constituinte do povo, visam a facilitar a existência da Constituição, diferenciando-se de mero despotismo (1956, p.120). Pinto Ferreira afirma não assistir razão ao posicionamento de Schmitt e Leibholz, por entender que uma ditadura democrática seria uma contradição lógica – no seu entender, uma ditadura, ao se revestir de roupagem democrática, deixa de ser ditadura, passando a ser uma nova forma de governo. Pinto Ferreira vai além na crítica ao posicionamento de Carl Schmitt, na página 121, quando faz a seguinte afirmação:

Na verdade, o sentimento schmittiano da ditadura desserve à teoria e à prática da democracia, enveredando pelo caminho ideológico que seria utilizado pela ditadura nazista, da qual Schmitt tornou-se inconscientemente um servidor, na elocubração da ideia da ditadura democrática ou plebiscitária. (1956).

Conforme exposto, a análise de Pinto Ferreira acerca das ideias de Carl Schmitt é feita de forma crítica. Utiliza-o como referência de análise histórica, mas dele discorda em pontos determinados. Em nossa interpretação, Pinto Ferreira concorda com Carl Schmitt quanto aceita que se restrinja a supremacia da Constituição, nos casos em que estiverem ameaçadas a unidade e existência da comunidade estatal, dando maiores poderes ao poder executivo. Discorda de Schmitt por não aceitar classificar tal situação como uma ditadura, mas sim como Estado de Direito, por entender serem apenas suspendidas provisoriamente somente as garantias previstas de antemão pela Constituição – ao contrário de uma suspensão da Constituição em si, como defendia Carl Schmitt.

3.3. CARL SCHMITT COMO TEÓRICO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E SUAS DECORRÊNCIAS

Pontes de Miranda, em sua obra *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, em que comenta a Constituição de 1934, referencia Carl Schmitt ao introduzir o seu conceito de Constituição. Para Pontes, *Constituição é acto do poder estatal, do poder constituinte, que tem de ser obedecido, em-quanto contínuo o jacto da ordem jurídica* (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 86). Entende o autor que, à cada Constituição (e não reforma) o *jato da ordem jurídica* será novo – podendo ser na mesma direção do anterior (19-a, p. 86). Enquanto não se partir o jato da ordem jurídica, o texto é imperativo, afirma Pontes. Ele pode ser partido pela mudança do poder estatal – da passagem da vontade de alguns para a vontade do povo – ou pela mudança radical na opinião política do povo. Aqui, menciona a *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt - da qual discorda neste ponto específico. Segundo Pontes, Schmitt defende que, enquanto existir a vontade política de quem fez a Constituição, ela prevaleceria. Pontes reputa tal afirmação a um resquício de voluntarismo da parte de Carl Schmitt. Dela discorda, por entender que a vontade política pode ser mantida, no caso de identificar-se o poder estatal anterior com o atual, sem ser o daquele que fez a Constituição. Para Pontes de Miranda, o que precisa continuar é o *jato da ordem jurídica* - que não se identifica com a vontade inicial que criou a Constituição (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 86-87).

Encontra-se esse mesmo trecho nas obras posteriores de Pontes de Miranda: *Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*, tomo I, página 111; *Comentários à Constituição de 1946*, tomo I, página 157 e 158; e nos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 157-158. Nas edições relativas às Constituições de 1946 e 1967, foram realizados acréscimos dos novos dispositivos constitucionais, mas que em nada alteram a sua posição em relação ao pensamento de Carl Schmitt. É natural, inclusive, que o texto seja quase idêntico, pois se trata de elementos de teoria constitucional do pensamento de Pontes de Miranda, acerca do conceito de Constituição - que eventuais ligeiras mudanças nos dispositivos constitucionais não afetariam.

Encontramos referências diretas a Carl Schmitt na obra *A Nova Constituição Brasileira* (1935), de Araújo Castro, onde se analisa a Constituição de 1934. Na parte inicial de seu livro, onde apresenta as noções fundamentais, Araújo Castro aborda alguns conceitos. Segundo o autor, entende-se por nação a *reunião de indivíduos, famílias e sociedades vinculados pela raça*,

pela religião, pela língua, pelos costumes ou por interesses communs (CASTRO, 1935, p. 35). Contudo, para Castro, esse conceito de caráter objetivo é insuficiente, pois as nações modernas podem ser compostas de várias raças, diferentes religiões, e, além disso, existem diferentes nações com a mesma língua. Neste ponto, Castro entende que o elemento indispensável à nação seria, então, o elemento subjetivo, *a consciência, por parte daquelles que a compõem, de que possuem as mesmas tradições historicas e multiplos elementos communs de civilização, distintos dos de outros agrupamentos de indivíduos* (CASTRO, 1935, p. 35).

Após, Castro analisa o conceito de povo. Para o autor, este pode possuir duas significações: a) uma geral, designando os indivíduos que vivem dentro de um território nacional, vinculados pela raça, costumes e interesse comuns, não se realizando distinções de sexo nem de idade; b) outra, que designa apenas a classe de cidadãos com o direito de sufrágio e que podem participar da gestão dos negócios públicos (CASTRO, 1935, p. 38). Quando se fala em soberania do povo, geralmente se adota a primeira acepção. Em seguida, Araújo Castro comenta que, usualmente, as palavras povo e nação são tomadas como sinônimas (1935, p. 39). É nesse momento que Castro insere, em nota de rodapé, citação direta do trecho em que Carl Schmitt aborda essa temática:

Con frecuencia se consideran como de igual significación los conceptos de Nación y Pueblo, pero la palabra “Nación” es más expresiva e induce menos a error. Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente política. (SCHMITT apud CASTRO, 1935, p. 39).

Segundo Castro, a quase totalidade das Constituições modernas são baseadas na soberania do povo ou da nação (1935, p. 39).

Já em seu livro *A Constituição de 1937*, Araújo Castro mantém em sua integralidade a parte acima abordada, constante da seção das noções fundamentais de sua obra. Percebemos que o autor utilizou como texto base o seu anterior livro *A Nova Constituição Brasileira* (sobre a Constituição de 1934). Atualizou as partes relativas aos dispositivos, mantendo, contudo, de maneira integral, as citações feitas de Carl Schmitt. No caso acima analisado, entendemos que a referência a Carl Schmitt é feita para fortalecer o posicionamento de Araújo Castro, acerca dos conceitos de povo e nação.

Luiz Pinto Ferreira, em sua obra *Da Constituição*, publicada no ano de 1956, menciona, por diversas vezes, a *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt. Isso ocorre, especialmente, no início do seu livro, onde aborda o conceito de Constituição.

Na página 24, Pinto Ferreira comenta que Carl Schmitt distingue quatro conceitos de Constituição: absoluto, unitário (que seria o positivo), relativo e ideal. Aborda, também, Ferreira conceitos de Constituição de outros autores, como Hatschek, Jellinek, Kelsen, que adotavam os conceitos material e formal de Constituição – de acordo com a acepção de Carl Schmitt.

Na página 31, Pinto Ferreira analisa o conceito ideal de Constituição, de Carl Schmitt. Segundo Pinto Ferreira, “Com efeito, frequentemente se designa como uma constituição ‘autêntica’ ou ‘verdadeira’ somente aquela que, por determinados motivos políticos, corresponde a um certo ideal de constituição” (1956, p. 31). Nesse sentido, apresenta o comentário de Schmitt, onde este afirma que os partidos políticos em choque somente reconhecem uma Constituição como verdadeira, quando esta corresponde a seus postulados políticos. Também menciona o trecho em que Schmitt aponta a utilização do conceito ideal de Constituição quando da luta da burguesia contra a monarquia absoluta - onde aqueles teriam não reconhecido como constitucionais as Cartas políticas do regime monárquico vigente, por não garantirem a liberdade burguesa. Pinto Ferreira acrescenta, ainda, uma interessante parte do conceito ideal de Constituição, levantada por Schmitt, de que o conteúdo deste depende de quem o preencha: para os liberais somente há Constituição quando se garantem a propriedade privada e a liberdade pessoal; enquanto que os marxistas entendem que uma Constituição que reconheça a propriedade privada é uma Constituição de um Estado técnica e economicamente atrasado, uma pseudo-Constituição reacionária, ou uma ditadura dos capitalistas (PINTO FERREIRA, 1956, p. 31-32). Dessa maneira, afirma Pinto Ferreira que o conceito ideal de Constituição está condicionado historicamente por fatores socioculturais e espirituais e também pela economia das sociedades (1956, p. 33). Finaliza, então, o autor a exposição do conceito ideal de Constituição sugerindo, em nota de rodapé, a leitura, em caráter geral, de diversos autores, como Carl Schmitt (*Teoria Constitucional*), Friedrich Giese, Stier-Somlo, Gerhard Anschuetz. Pinto Ferreira finaliza o capítulo apresentando seu conceito próprio de Constituição:

[...] Constituição é o conjunto das normas convencionais ou jurídicas que, repousando na estrutura econômico-social e ideológica da sociedade, determina de uma maneira fundamental e permanente o ordenamento do Estado. (PINTO FERREIRA, 1956, p. 37).

Após, Pinto Ferreira aborda o tema da origem e tipos de Constituição. Logo no início já menciona a *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, acerca do tema do nascimento de uma Constituição. Nesse ponto, o autor comenta Schmitt:

Uma Constituição, elucida êle, no sentido de um Status idêntico à situação total do Estado, nasce naturalmente com o Estado mesmo. Nem é emitida, nem convencionada, mas é igual ao Estado concreto na sua unidade política, mediante a qual a unidade recebe sua forma especial de existência. (PINTO FERREIRA, 1956, p. 41).

Pinto Ferreira declara que esse conceito moderno de Constituição – Constituição no sentido formal e positivo – é o que interessa ao direito constitucional contemporâneo (p. 41) – à sua época. Aqui, percebe-se, portanto, que o conceito positivo de Constituição elaborado por Carl Schmitt em sua *Teoria Constitucional* influencia diretamente o constitucionalista Pinto Ferreira.

Em seguida, o autor comenta as primeiras Constituições escritas. Ao mencionar a *Magna Charta*, adota o entendimento de Carl Schmitt, de que não é correto aplicar ao período medieval conceitos da modernidade. Esta teria sido uma estipulação medieval, um acordo entre o príncipe e o povo – no caso, garantem-se direitos, mas apenas aos barões. Apenas na época da luta do parlamento contra o absolutismo dos Stuart é que foi dado tratamento moderno, transformando-a na origem da Constituição liberal. Em sua origem, a *Magna Charta* teria sido, portanto, um convênio entre a aristocracia feudal e um senhor territorial (PINTO FERREIRA, 1956, p.42-43). Para o autor, a ideia de lei fundamental como tendo força superior às demais leis, sendo o rei obrigado a cumpri-la, surgiu no século XIV. Pinto Ferreira segue na análise das primeiras Constituições escritas, apresentando a opinião de Carl Schmitt, de que, com o advento da revolução liberal inglesa, o *Intrument of Government* (1653) de Cromwell teria sido o primeiro exemplo de uma Constituição moderna escrita – posição contrária defendiam outros autores como Jellinek, Bacon e Morey (1956, p. 45). Pinto Ferreira analisa, também, a experiência constitucionalista americana – que se encaixaria no modelo de Constituição ideal de Schmitt, Hauriou ou Beard (na página 47) -, bem como o constitucionalismo francês da revolução. Menciona, ainda, as Constituições da Alemanha no século XX, além de comentar as Constituições do Brasil.

Da exposição de Pinto Ferreira acerca do conceito de Constituição, verificamos que, neste assunto, a obra de Carl Schmitt foi utilizada como paradigmática, embasando a análise do jurista brasileiro sobre este tema.

Relacionado ao conceito de Constituição está o tema da revogação constitucional, abordado por Carl Schmitt, e mencionado por Pontes de Miranda em seus *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil* – referente à Constituição de 1934. Ao analisar o tópico da expulsão de nacionais, Pontes apresenta o histórico do seu tratamento legislativo. Diversas mudanças ocorreram. A Lei n. 1.641 de 1907, depois a Lei n. 4.247 de 1921 determinavam que a expulsão era ato do Ministro da Justiça. Posteriormente, com a Constituição revista em 1925-1926, no seu art. 72, § 33, tal ato seria de competência do Presidente da República e do Ministro da Justiça – tornando-se uma regra legal-constitucional. Assim, quando do advento da Constituição de 1934, segundo o entendimento de Pontes de Miranda, permaneceu o texto constitucional, no seu art. 72, em vigor, mas com *status* de lei ordinária. Afirmar Pontes, acerca dessa situação: *Dá-nos, pois, exemplo de permanência de texto de Constituição, revogado como regra constitucional e vigente como regra de lei ordinária* (19-b, p. 176). Pontes afirma que, na matéria constitucional, diante da nova constituição de 34, a constituição anterior não poderia nada mais dizer, mas no que é legislação ordinária, prevalece enquanto não for revogada. Em nota de rodapé, acerca desta última afirmação, Pontes de Miranda cita trecho da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt:

Determinações *legais*-constitucionais (*verfassungsgesetzliche Bestimmungen*) podem seguir valendo como determinações legais, depois de pôr-se de-lado a Constituição, ainda (*auch*) sem especial reconhecimento legal. (SCHMITT apud PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 176).

Pontes verifica, como vemos, na mudança legislativa desse tema, um exemplo de aplicação da ideia de Carl Schmitt. A regra legal-constitucional, após o advento de nova Constituição, continuaria a vigorar, mas agora na condição lei ordinária – enquanto não for revogada como tal. Afirmar pontes: *Dá-nos, pois, exemplo de permanência de texto de Constituição, revogado como regra constitucional e vigente como regra de lei ordinária* (19-b, p. 176). Portanto, nesta matéria, Pontes de Miranda concorda com a opinião de Carl Schmitt, aplicando-a em um caso da prática constitucional brasileira. Tal passagem da obra de Pontes de Miranda encontra-se, também, nos seus *Comentários à Constituição de 1967*, tomo II, p. 152.

Em outro momento desta sua obra, Pontes de Miranda aplica novamente essa ideia de Carl Schmitt. Inicia seu comentário: *As leis que continuam em vigor são tôdas as que existiam e não são incompatíveis com a Constituição nova. Inclusive as regras contidas na Constituição anterior, pôsto-que como simples leis* (PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 560). O caso analisado trata do art. 64 da Constituição de 1891:

Art. 64 – Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for

indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. (Constituição de 1891).

Pontes de Miranda afirma que tal dispositivo, anteriormente regra legal-constitucional, com a revogação da Constituição de 1891, e a promulgação da nova Constituição de 1934, teria permanecido em vigor, mas agora como lei ordinária. É nesse ponto que Pontes faz referência à obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt. Recepção, portanto, Pontes de Miranda, essa ideia de Carl Schmitt. Dessa maneira, por revisão ou emenda do Código Civil ou de lei particular a disposição do art. 64 da Constituição de 1891 poderia ser modificada (19-b, p. 560).

Nova aplicação dessa tese encontra-se na obra *Comentários à Constituição de 1967*, de Pontes de Miranda (tomo VI, p. 313). Analisa o autor o tratamento jurídico a ser dado acerca das leis ordinárias e da Constituição de 1937, quando da revogação desta, na matéria de casamento civil e religioso. Como solução para esta questão, Pontes recepção a ideia de Carl Schmitt (*Teoria Constitucional*), de que regras de constituição revogada permanecem em vigor, mas na condição de lei ordinária (1967e, p. 313). Pontes, em seguida, critica a Constituição de 1967 em matéria de casamento, por ter adotado a sua indissolubilidade (1967e, p. 313).

Outro tema desenvolvido por Carl Schmitt, frequentemente comentado pelos constitucionalistas é o da modificação da Constituição. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu *Curso de Direito Constitucional*, de 1967, analisa esta questão. O autor apresenta correntes que divergem acerca da possibilidade da limitação de Emendas à Constituição. Dois grupos de opiniões contrárias são mencionados: a) os que consideram ser ilimitada tal atividade – como Duguit, Barthélemy, Lafférière -; b) e os que opinam pela sua limitação – como Carl Schmitt, Burdeau, Hauriou, Pinto Ferreira. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que os defensores da primeira opinião, adotam-na por considerar a subsistência do próprio poder originário em tal atividade. Já estes, que defendem a limitação do poder de emendar a Constituição, por entender ser o poder constituinte constitucionalizado uma criação do poder constituinte originário, não podendo, contudo, ultrapassar certos limites. Manoel Gonçalves Ferreira Filho parece concordar com a tese do segundo grupo. Ao final, afirma que em caso de silêncio da Constituição, este deve ser interpretado como vedação à revisão completa pelo poder instituído (FERREIRA FILHO, 1967, p. 23). Essa foi a brevíssima menção expressa feita a Carl Schmitt pelo constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho nessa obra. Devemos mencionar que esse autor realiza diversas citações de Carl Schmitt em outras obras suas, como no *Direito Constitucional Comparado, O Poder Constituinte, Estado de Direito e Constituição*. Não analisamos tais obras, por terem estas sido publicadas fora do recorte temporal da nossa

pesquisa (posteriormente). Certamente, estas merecem análise detida, numa continuação da pesquisa.

O tema da limitação das Emendas constitucionais é abordado por Pontes de Miranda na obra *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Segundo Pontes, a Constituição de 1934 (assim como a de 1891) não proibiu emendas que alterassem o espírito da Constituição. A única restrição feita é quanto à forma republicana federativa (cf. art. 178, § 5º da CF/34). Pontes indaga se seria possível a Emenda ilimitada da Constituição – no caso de se emendar a Constituição, seguindo os procedimentos previstos, para abolir o referido art. 178. Pontes entende que tal ilimitação de emendar a Constituição não seja impossível, pois o fundamental seria que as Emendas obedecessem às discriminações e processos previstos na Constituição. Seguindo nessa lógica, para Pontes, seria possível, inclusive, a modificação da própria regra de Emendas da Constituição – e isso seria obedecê-la. Assim, adotando esta posição, o jurista critica a resposta peremptória de Marbury e Schmitt – os quais defendem tese oposta à de Pontes. Tais ideias constam também dos *Comentários à Constituição de 1967*, de Pontes de Miranda – se bem que recebendo redação diversa (tomo III, p. 130).

A ideia defendida por Carl Schmitt, atacada por Pontes de Miranda, é de ser limitada a faculdade de reformar a Constituição – posto que se deva manter a identidade e a continuidade da Constituição, conforme decidiu o titular do poder constituinte. Para Schmitt, o legislador ordinário não pode fazer as vezes do titular do poder constituinte, nem são comissionados para o exercício permanente do poder constituinte, nem fazem parte de uma Assembleia Nacional Constituinte de ditadura soberana. Para Schmitt, uma reforma das leis constitucionais que modificasse uma Constituição baseada no poder constituinte do povo para adotar o princípio monárquico não pode ser realizada. Isso não seria uma reforma, emenda, mas sim a destruição da constituição, defende Carl Schmitt (1996b, p. 119).

Luís Pinto Ferreira, em sua obra *Da Constituição*, de 1956, faz menção à *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, acerca do tema da reforma constitucional. O autor adota o conceito elaborado por Schmitt de reforma constitucional, em citação indireta:

A mudança constitucional forma, ou reforma da constituição, é a modificação do texto das leis constitucionais vigentes até o momento. Nessa conceituação se intercalam ao mesmo tempo a supressão de prescrições legal-constitucionais isoladas e a recepção de novos ordenamentos legal-constitucionais isolados (PINTO FERREIRA, 1956, p. 101).

Posteriormente, na página 106, Pinto Ferreira afirma que Carl Schmitt, melhor do que ninguém, abordou a questão dos limites da faculdade de reformar a constituição. Aqui, o autor adota o posicionamento de Schmitt como o correto. Pinto Ferreira faz citação direta de Schmitt, no seguinte trecho:

Segundo o ilustre tedesco, na sua “Verfassungslehre”, “reformar as leis constitucionais não é uma função normal do Estado, como promulgar leis, resolver processos, realizar atos administrativos, etc. É uma faculdade extraordinária. Sem embargo, não é ilimitada. Pois, sendo uma faculdade atribuída pela lei constitucional, é, como toda faculdade legal-constitucional, limitada, e, em tal sentido, competência autêntica”. (1956, p. 106).

Prossegue nesse sentido, Pinto Ferreira. Faz nova citação direta de Carl Schmitt, no trecho em que ele argui que as reformas à constituição têm o dever de mantê-la. São facultadas, apenas, a realização de reformas, adições, refundições, supressões. Não poderiam, portanto, criar uma nova Constituição, nem reformar transformando o próprio fundamento da revisão constitucional – no caso da Alemanha, a previsão do art. 76 da Constituição de Weimar -, modificando o procedimento para simples maioria no *Reichstag*, por exemplo. Por meio de reforma não se poderia, ainda, modificar o sujeito do poder constituinte – vedação expressa na Constituição de Weimar-, nem as decisões políticas fundamentais, como a estrutura federal – essas também são posições que o autor reputa a Schmitt (PINTO FERREIRA, 1956, p. 106-108). O autor finaliza o capítulo concordando com a tese de Schmitt, de que a faculdade de reformar a constituição não é ilimitada. Caso assim fosse, autorizar-se-ia a própria destruição da Constituição. Para Pinto Ferreira, nas Constituições existe uma esfera insuscetível de reforma, que em geral abrange a manutenção do poder constituinte e suas decisões político-jurídicas fundamentais (1956, p. 109-110).

3.4. CARL SCHMITT COMO UM EXPOSITOR DO TEMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Pontes de Miranda, na obra *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, faz breve menção a Carl Schmitt. Esta se dá quando Pontes analisa os poderes do Chefe do Executivo, previstos na Constituição de 1934. Pontes discorda de Carl Schmitt por entender que não deve caber, unicamente, ao Presidente da República a tarefa de proteger a Constituição. Tampouco estaria Kelsen correto, na opinião do autor. Pontes entende que a melhor solução seria a de que o controle de constitucionalidade fosse feito pelos três poderes – apesar de não dizer como isso seria feito. No seu entender, este é um problema a ser trabalhado pela ciência

e arte da política constitucional (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 556). Tal passagem foi mantida nos *Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, p. 69, bem como nos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 265-266, de Pontes de Miranda.

Mais adiante, na mesma obra em que comenta a Constituição de 1934, Pontes de Miranda analisa, de maneira mais detida, o tema do controle de constitucionalidade. Para Pontes, a aferição de inconstitucionalidade de leis funciona como proteção da atuação do poder legislativo. O autor menciona a possibilidade de se poder buscar tal proteção nos outros dois poderes, executivo ou judiciário. Nos Estados Unidos se adotou o sistema judicial. Já, no caso da Alemanha, ocorreu uma *superposição de sistemas* (controle pelo judiciário e pelo Chefe do Executivo). Podia-se verificar judicialmente a constitucionalidade das leis dos Países [*Länder* - Estados], mas não das leis e revisões do *Reich*. A análise destas cabia ao Chefe do Executivo, na condição de protetor da Constituição (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 621). Pontes segue na sua explicação, afirmando que, após a revolução, havia um movimento de juristas defendendo a adoção do sistema judicial na Alemanha – cada qual apresentando diversas maneiras. Dentre esses, se encontrariam Alfred Friedmann, Ablass e Triepel (PONTES DE MIRANDA, 19-, p. 621-622). Pontes também menciona que esse movimento a favor do controle judicial encontrava oposição, como a de Carl Schmitt, na obra *O Guardião da Constituição* (19-a, p. 622). Pontes afirma que, nessa obra de Schmitt, se havia realizado uma crítica minuciosa e profunda ao sistema de controle judicial (19-a, p. 622). Reconhece, portanto, o valor da obra de Schmitt, apesar de discordar de sua solução. Pontes de Miranda defende, nesta obra, a adoção do sistema judicial de controle de constitucionalidade – que era o adotado na Constituição de 1934, com suas especificidades do seu art. 91³⁶.

O mesmo comentário de Pontes de Miranda, exposto acima, é encontrado em suas obras: *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, no seu tomo III, página 33; bem como em seus *Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, p. 192 e 193; e nos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 603-604. Essa passagem de Pontes de Miranda, até o trecho em que comenta a divergência dos autores alemães sobre o controle de constitucionalidade mais apropriado é citado por Pinto Ferreira, em *Da Constituição*, de 1956.

³⁶ Art 91 - Compete ao Senado Federal:

[...]

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; (Constituição de 1934).

Pedro Calmon, em seu *Curso de Direito Constitucional Brasileiro: Constituição de 1946*, publicado no ano de 1947, ao introduzir o tópico sobre o Supremo Tribunal Federal, faz referência direta a Carl Schmitt, dentre outros autores, no momento em que comenta que, no federalismo, a Corte Suprema também é um órgão de delicadas funções político-judiciais (p.211). Em nota de rodapé, Calmon cita o trecho em que Schmitt afirma ser [o tribunal constitucional] particularmente defensor da homogeneidade constitucional inerente a toda Confederação. Em seguida, Calmon referencia Carl Schmitt na página 214, em que comenta que *Nos Estados Unidos a Corte suprema julga em espécie e diz da constitucionalidade* (CALMON, 1947). Foi feita mera referência à mesma obra de Schmitt, neste ponto. Cumpre-nos fazer um pequeno comentário acerca da opinião de Pedro Calmon sobre esse tema. Para o autor, a Constituição de 1934 havia positivado que competiria à Corte Suprema declarar inconstitucionalidade de leis, impedindo estas de produzir efeitos – conforme a tradição americana de controle de constitucionalidade (CALMON, 1947, p. 218). Comenta Calmon que o constituinte acompanhou o processo de constitucionalização do pós-guerra, onde, na Europa, se generalizou a adoção da figura do tribunal de inconstitucionalidades. Neste ponto, Calmon faz mera referência à referida obra de Carl Schmitt, como um dos demais autores que abordaram esse tema (CALMON, 1947, p. 219). O autor finaliza este tópico comentando a Constituição brasileira, informando que a Corte ainda não tinha competência para vetar leis inconstitucionais, somente as podendo declarar como tal através de julgamento regular. Assim, a Corte declararia a referida lei inconstitucional, sendo esta inaplicável. Quem suspende a execução da lei declarada inconstitucional é o Senado, anulando os trechos que foram considerados inaplicáveis pelo Supremo Tribunal Federal (CALMON, 1947, p. 220).

Constatamos, portanto, que Pedro Calmon, nessa obra, referenciava Carl Schmitt como um *expert* no tema do controle de constitucionalidade. Calmon estava defendendo o conteúdo posto na constituição de 1946, que previa expressamente ser competência do Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucionalidade de lei. Contudo, Carl Schmitt, no livro citado por Calmon, criticava justamente esse modelo de controle de constitucionalidade. Para Schmitt, competiria ao Presidente do Reich realizar o controle de constitucionalidade. Fundamenta seu entendimento com base no poder moderador (neutro), além do fato de o Presidente do Reich representar o povo alemão, por ter sido eleito. Devemos fazer uma ressalva. As citações de Carl Schmitt feitas por Calmon referem-se à parte do livro em que Schmitt realiza análise comparada com outros sistemas de controle de constitucionalidade, como o americano – apesar de não ser o adotado na Alemanha, nem tampouco desejável, para Schmitt. Dessa maneira, verificamos

que não há nada de errado, portanto, em Calmon ter colocado Carl Schmitt como obra de referência no tema do controle de constitucionalidade. De fato, Schmitt analisou este tema.

Luiz Pinto Ferreira, em sua obra *Da Constituição*, de 1956, também menciona Carl Schmitt no capítulo 5, onde aborda a temática da supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade das leis. Pinto Ferreira defende a posição de que a supremacia da Constituição gera a consequência de que os órgãos constitucionais – como o executivo e o parlamento - ficam impossibilitados juridicamente de criar regras ou tomar medidas que contrariem as disposições da Constituição. Em virtude disso, Pinto Ferreira defende que deva existir um órgão controlador de inconstitucionalidades que busque garantir objetivamente essa supremacia das Constituições (1956, p.76). O autor, então, afirma existem três sistemas de controle de constitucionalidade: a) feito por órgão político, distinto dos três poderes, que teria a missão exclusiva de analisar a constitucionalidade de atos de autoridades públicas; b) realizado por órgão jurisdicional³⁷; c) e misto, simultaneamente feito por um órgão político e judicial (modelo alemão, durante a República de Weimar) (PINTO FERREIRA, 1956, p. 76-90). Interessa-nos, aqui, a parte em que afirma, na página 91, possuir Carl Schmitt a opinião de que, na Alemanha da República de Weimar, existia uma supremacia constitucional do poder judiciário. Pinto Ferreira reputa essa posição de Schmitt como parcialmente equivocada, por entender que, naquela época, tão somente teria havido uma marcha progressiva para o controle judiciário nacional, que seria adotado caso o nazismo não tivesse chegado ao poder, implementando uma ditadura de base burguesa conservadora (1956, p. 91). Ao final do capítulo, Pinto Ferreira defende que o modelo de controle de constitucionalidade mais aconselhável seria o *judicial control* americano, por entender que melhor atende ao princípio da separação dos poderes. Assim, defende caber aos juízes a tarefa de proteger as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição contra atuação excessiva do parlamento e do poder executivo (1956, p. 93-96).

Themistocles Cavalcanti menciona também Carl Schmitt, no seu livro *A Constituição Federal Comentada*, de 1959. O jurista se apresenta como um defensor do controle judicial de constitucionalidade – que estava previsto no art. 200³⁸ da Constituição de 1946. Afirma Cavalcanti ser esse controle de constitucionalidade feito por juízes nos casos concretos. Nesse

³⁷ Sobre o caso *Marbury v. Madison*, em que adotou o sistema de *judicial control* nos Estados Unidos, ver: BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

³⁸ Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público. (Constituição de 1946).

ponto, o autor vai além de meramente comentar a previsão constitucional, apresentando posicionamento próprio. Defende que se deveria permitir análise de constitucionalidade de leis inclusive em tese pelo Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal (1956, p. 199). Comenta que apresentou emenda neste sentido para a Subcomissão, não tendo sido, contudo, aceita. Havia o receio de uma ditadura do judiciário – a que Themistocles reputa infundado, por entender ser a própria atuação do judiciário sempre limitada pela Constituição (1959, p. 199-200). Permaneceu, assim, o julgamento de inconstitucionalidade nos casos concretos. À medida que desenvolve o tema do controle de constitucionalidade, Themistocles Cavalcanti faz referência a Carl Schmitt, no ponto específico em que aborda o caso americano. Até nos Estados Unidos, em que se adotou o sistema judicial desde o caso *Marbury v. Madison*, segundo o autor, tem-se verificado uma insuficiência desse sistema. Já foi feita uma proposta de reforma que possibilitasse que o congresso apelasse à Suprema Corte para solicitar uma *advisory opinion*, em caso de dúvida quanto à eventual inconstitucionalidade de projeto de lei (CAVALCANTI, 1959, p. 201). Referente a essa última afirmação, Themistocles Cavalcanti, em nota de rodapé, colaciona as obras de Carl Schmitt (*La defensa de la Costitucion*) e de Ogg Ray (*Introduction to American Governament*) (1959, p. 201). Percebe-se, portanto, quanto à utilização da obra de Carl Schmitt, que esta teria se dado como fonte científica acerca do tema controle de constitucionalidade, mais especificamente, no caso americano.

3.5. CARL SCHMITT COMO EXPOSITOR DO TEMA FEDERALISMO

Araújo Castro aborda tema do federalismo em sua obra *A Nova Constituição* (referente à de 1934). Contrapõe os conceitos de confederação e federação. O que nos interessa, aqui, é o seu entendimento sobre federação, pois é nesse ponto que referencia Carl Schmitt. Entende o autor que uma federação existe quando há um sentimento de coesão entre os Estados que a compõem. Não se trataria de uma liga de Estados, pois a União incide diretamente sobre todos os cidadãos (CASTRO, 1935, p. 47). Para Castro, na federação há dualidade de governo: *a União é mais do que um agregado de Estados e os Estados são mais do que partes da União* (1935, p. 48). Acerca desse trecho, Castro realiza citação direta da *Teoria Constitucional* de Schmitt, em nota de rodapé: *Ni la existencia común de ésta (federación) puede suprimir la existencia particular de los Estados-miembros, ni vice-versa. Ni los Estados-miembros son simplemente subordinados de la Federación, ni ésta se encuentra subordinada a ellos* (SCHMITT apud CASTRO, 1935, p. 48). Castro Finaliza este tema, afirmando que a soberania,

numa federação, reside apenas na União, possuindo, contudo, cada Estado, autonomia quanto a negócios de seu interesse (1935, p. 48).

Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, em que analisa a Constituição de 1934, faz referência direta a Carl Schmitt acerca da relação entre democracia e federalismo. Segundo Pontes, o federalismo foi adotado no Brasil, em 1891, como uma ideia política consciente. O povo brasileiro, em vez de viver o federalismo, o adotou. Pontes, acerca da relação entre democracia e federalismo, se questiona sobre o que teria acontecido na experiência norte-americana. Uniram-se os Estados, com a posterior constitucionalização do povo. Dessa maneira, segundo Pontes, dos princípios democráticos, com a constitucionalidade das leis, os americanos obtiveram um Estado federal sem fundamento federal (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p.105). Pontes menciona pertencer esta frase a Carl Schmitt:

A expressão, felicíssima, é de Carl Schmitt, que assaz se interessou pelas relações entre a democracia e o federalismo, na feição resultante da homogeneidade federal: “A combinação de democracia e organização de Estado federal conduz a um tipo especial, autônomo, de organização estatal, ao Estado federal sem fundamento federal. Aparentemente, é conceito contraditório”. (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 105).

Assim, para Pontes, nem mesmo nos Estados Unidos teria existido um tipo federal puro. Para Pontes, uma federação une o que é separado. Quando um Estado unitário se transforma em federal, trata-se de adoção de arte política, e não de realidade, portanto (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 105). Pontes de Miranda continua a desenvolver o tema do federalismo, mas o que nos interessava para análise era o aqui apresentado, o trecho em que citava a obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt como referência. Nesta questão, adotou Pontes de Miranda a ideia de Carl Schmitt, na sua aplicação aos Estados Unidos.

O trecho abordado acima consta do livro *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*, tomo I, p. 131 e 132, assim como dos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 239, de Pontes de Miranda. A parte seguinte à exposta acima foi modificada nas edições referentes às Constituições de 1937 e 1967 – que não foi objeto de nossa análise. Desse modo, podemos afirmar que a posição de Pontes, nesse tema, a respeito de Carl Schmitt permaneceu a mesma.

Posteriormente, nos comentários à Constituição de 1934, Pontes de Miranda resgata a ideia de Carl Schmitt, da possibilidade de existir um Estado federativo sem fundamento federal. Pontes comenta que Schmitt classifica a Alemanha e os Estados Unidos como pertencentes a

essa categoria (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 289). Pontes, ainda, menciona essa ideia de Schmitt quando estava analisando o tipo federativo de outros países, como a Rússia, Inglaterra, Áustria, Alemanha. Segundo Pontes, existem vários critérios para se determinar ser um Estado federativo ou não, havendo divergência entre vários teóricos acerca da natureza dos Estados. Assim, vários teóricos divergem acerca da natureza dos Estados. Nesse ponto, o autor faz a referência a Schmitt, acima comentada. Pontes comenta que outros juristas alemães discordam da posição de Schmitt, afirmando a condição de federação do Estado alemão (19-a, p. 289). Nos *Comentários à Constituição de 1967*, de Pontes de Miranda, encontra-se idêntica redação, a respeito deste trecho (tomo II, p. 276-277).

Pontes de Miranda, ao abordar o tema da intervenção federal, ainda em sua obra sobre a Constituição de 1934, faz breve referência a Carl Schmitt. Para Pontes, o artigo 12 da referida Constituição, que regula as hipóteses de intervenção da União nos Estados, não geram conflito entre os Estados-membros e a União. Por não se tratar de confederação, mas sim de federação, não existe conflito. Aqui, Pontes insere breve citação da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, em nota de rodapé, em que esta afirmação é feita. A intervenção federal, prevista na Constituição, é mera execução de ato federal da União dentro de suas competências – ato de direito público interno, portanto (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 343). Idêntica passagem pode ser encontrada nos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo II, p. 187, de Pontes de Miranda.

Na sua obra *Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*, em seu tomo I, p. 249, Pontes de Miranda apresenta este mesmo comentário – com pequenas modificações, atualizando os dispositivos constitucionais, mas sem modificar o conteúdo da passagem.

Ainda na obra em que comenta a Constituição de 1934, Pontes de Miranda faz nova referência à *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, acerca da organização do Estado federal, quando aborda a questão da autoadministração dos municípios. Pontes compara o tratamento constitucional da autoadministração dos municípios brasileiros com o das comunas alemãs. Segundo Pontes, a Constituição de Weimar (art. 127) previa competência da província para a fixação formal da autonomia municipal, por meio de lei. Tratava-se, portanto, não de autonomia absoluta, mas de autonomia controlada. Pontes entende que o legislador deve deixar ressalvada a administração autônoma das comunas. Após essa afirmação, de que não se poderia imaginar que o legislador pudesse cortar a autonomia administrativa das comunas alemãs, Pontes faz referência a Carl Schmitt, em nota de rodapé. (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 379). Pontes

comenta que a autonomia administrativa da comuna não significa descentralização política do *Reich*. Tão somente autonomia administrativa, fixada pelo Estado (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 379).

Tal análise das comunas alemãs é mantida por Pontes de Miranda em suas obras: *Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*, tomo I, p. 582 e 583; *Comentários à Constituição de 1967*, tomo II, p. 323.

Após, na página 388, ao comentar a regulamentação do município na Constituição de 1934, Pontes de Miranda defende ter o conteúdo do art. 13 natureza jurídica de garantias institucionais, e não de direitos fundamentais propriamente ditos (19-a, p. 388). Ao fim dessa afirmação, Pontes critica Carl Schmitt, em nota de rodapé. Pontes comenta um texto de Schmitt de sentido contrário ao da sua teoria das garantias institucionais, lançada na *Teoria Constitucional*. Trata-se do parecer intitulado de *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*³⁹, de 1931. Neste, Carl Schmitt defendia que a autoadministração das comunas, prevista no artigo 127 da Constituição de Weimar, seria instituição, e não princípio. Pontes de Miranda verifica dificuldades na compreensão do significado da autonomia como princípio abstrato e autonomia comunal como instituição. Segundo o entendimento de Pontes, o que se garante é a existência do Município como instituição, e somente depois a sua autonomia. Assim, para Pontes, o município seria instituição. (PONTES DE MIRANDA, 19-a, p. 388).

Pedro Calmon, em seu *Curso de Direito Constitucional Brasileiro: Constituição de 1946*, também menciona Carl Schmitt ao abordar o federalismo. No início da obra, o autor abordou o constitucionalismo no período imperial brasileiro. Especificamente ao abordar o Ato Adicional, de 12 de agosto de 1834 - que, segundo o autor, reformou a Constituição de 1824, criando uma monarquia constitucional representativa -, Pedro Calmon, na página 10, cita diretamente a obra *La Defensa de la Constitucion* (edição de 1931) de Carl Schmitt, ao afirmar que a federação seria inconciliável com o sistema da monarquia parlamentar. Calmon mencionava que o referido Ato Adicional havia atenuado o unitarismo da Constituição do Império, ao admitir que as províncias tivessem suas próprias assembleias legislativas, próprios tesouros e justiça municipal (CALMON, 1947, p. 9), contudo, não havia estabelecido o federalismo.

³⁹ Não conseguimos acessar este texto de Carl Schmitt.

Themistocles Brandão Cavalcanti, no seu livro *Teoria do Estado*, publicado em 1958, menciona brevemente Carl Schmitt em uma nota de rodapé. Tal referência foi feita quando o autor estava comentando o tema do federalismo – mais especificamente, defendia que, dentro do pacto federativo, a autonomia dos Estados da federação deve ser respeitada, sob pena de quebra do regime (CAVALCANTI, 1958, p. 209). Aqui, o autor faz referência à *La defensa de la Constitucion* de Carl Schmitt, como uma obra que examina a prática constitucional na Alemanha. Não chega a desenvolver, contudo, Themistocles Cavalcanti o pensamento de Carl Schmitt sobre esse tema.

Menção a Carl Schmitt é feita por Araújo Castro quando aborda o tema dos poderes concorrentes, em sua obra *A Nova Constituição Brasileira*, em que comenta a Constituição de 1934. Para Castro, no exercício dos poderes concorrentes, os Estados, obrigatoriamente, devem respeitar as atribuições privativas da União. Assim, devem os Estados obedecer ao plano nacional de educação, a ser implantado pela União (CASTRO, 1935, p. 95). Em não sendo esse o caso, estariam os Estados livres para legislar. Contudo, em caso de conflito com a legislação federal, esta deverá prevalecer. Para fortalecer este último argumento, Castro faz citação direta da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, em que defende:

El carácter jurídico político de toda Federación lleva a la consecuencia de que siempre que la Federación enfrenta, en uso de sus facultades, con un Estado-miembro, aun cuando sea para un campo rigurosamente delimitado, el Derecho federal tiene precedencia respecto del Derecho local (SCHMITT apud CASTRO, 1935, p. 96).

Acerca da bitributação, no caso de impostos, a Constituição de 1934 continha previsão específica. Tal não poderia ocorrer, cabendo ao Senado, em caso de conflito de competência, a decisão de qual imposto prevalecerá (CASTRO, 1935, p. 97).

Araújo Castro, na obra *A Constituição de 1937*, mantém a mesma citação de Carl Schmitt, de que no caso de competência concorrente os Estados podem legislar livremente, contudo, em ocorrendo conflito, prevalece a legislação federal (2003, p. 104). A redação do texto passou por ligeira mudança, mantendo-se, contudo, a mesma relação com a ideia de Schmitt do que na sua obra anterior, em que comentava a Constituição de 1934. Acrescenta, apenas, ao final, uma modificação trazida pela Constituição de 1937, de que, no caso de bitributação, cabe ao Conselho Federal declarar a existência desta, suspendendo-se a cobrança do tributo estadual (2003, p. 105). Neste caso também se aplica a previsão de prevalência da legislação federal sobre a estadual, portanto.

Pontes de Miranda, em sua obra *Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*, comenta o brocardo alemão *Reichsrecht bricht Landrecht* (o direito federal corta o direito local), previsto, inclusive, na Constituição Imperial, como também na de Weimar. Pontes afirma que a Constituição brasileira de 1937 adota o conteúdo do referido brocardo, nos casos de delegação legislativa (art. 17⁴⁰) e de competência concorrente (art. 18⁴¹). Em ambos os casos, defende Pontes, o direito federal corta o direito local. Pontes comenta a discussão entre juristas alemães, acerca deste brocardo. Com base em argumentação histórica, Doehl defendia que tal preceito não se trataria de legislação concorrente – com a preponderância da legislação federal –, mas sim de sucessão dos Estados, por ter o Reich sucedido aos Estados alemães, quando da instituição da federação – por essa razão o direito federal prepondera sobre os direitos locais. Contrários a essa posição encontram-se Carl Schmitt e Anschütz. Para tais autores, a explicação do brocardo deveria ser somente técnica, pelo fato de a Alemanha passado da multiplicidade para a unidade de Estado (PONTES DE MIRANDA, 1938, p. 496-497). No Brasil, Pontes comenta, não faria sentido a utilização do argumento histórico de Doehl, por não haver existido multiplicidade de Estados. Dessa maneira, para Pontes de Miranda, o que importa é a verificação da existência da regra federal, que corta a regra local (1938, p. 496-497). Pontes continua a abordar, em detalhes, o tema da competência concorrente, a que não vamos nos deter, pois a menção a Carl Schmitt se deu acerca desse posicionamento contrário à fundamentação histórica do brocardo alemão.

A exposição do debate entre os juristas alemães acerca do referido brocardo é mantida em sua forma original por Pontes de Miranda, em seu *Comentários à Constituição de 1946*, assim como nos *Comentários à Constituição de 1967*. Modificam-se, apenas, a referência prévia aos dispositivos das novas constituições, de 1946 e 1967 - que mantiveram a mesma regra adotada na Constituição de 1937 (1963b, p. 14-15; 1967b, p. 174, 175).

⁴⁰ Art 17 - Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprir as lacunas da legislação federal, quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembléia estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo federal. (Constituição de 1937).

⁴¹ Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

[...]

Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal. (Constituição de 1937).

3.6. CARL SCHMITT COMO DEFENSOR DO LEGISLADOR COMO DESTINATÁRIO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE A LEI

Pontes de Miranda, nos *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, em que comenta a Constituição de 1934, menciona Carl Schmitt ao abordar a questão da igualdade perante a lei. Pontes analisa o artigo 113, 1) da Constituição de 1934:

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. (Constituição de 1934).

Como já analisado nesta monografia, Carl Schmitt defendia a ideia de que o princípio da igualdade perante a lei tinha como destinatário principal o legislador, vinculando-o em sua atuação. Pontes de Miranda, com base na redação da lei, discorda de Carl Schmitt. Pontes defende que a igualdade perante a lei não se dirige ao legislador, pelo fato de ter sido redigido o dispositivo em duas partes separadas (19-b, p. 239). Isso teria sido inútil, caso a primeira parte – que prevê a igualdade – se dirigisse também ao legislador (19-b, p. 239). Vinculou-se, assim, Pontes de Miranda à tese de Anschütz.

Ao analisar a questão da igualdade perante a lei na Constituição de 1946, Pontes de Miranda comenta a modificação da opinião corrente no constitucionalismo brasileiro, de que o princípio da igualdade perante a lei se dirigia aos legisladores, aos juízes, bem como às autoridades administrativas (PONTES DE MIRANDA, 1963d, p. 320). Menciona, ainda, a título de registro, as posições de Carl Schmitt, E. Kaufman e F. Poetzch-Heffter, de que o princípio da igualdade seria somente dirigido ao legislador. No tomo V desta obra, p. 127, Pontes de Miranda, faz nova menção ao assunto. A apresentação do mesmo debate entre os juristas alemães, redigido com algumas modificações e complementações, pode ser encontrado nos *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, p 225, de Pontes de Miranda.

3.7. CARL SCHMITT COMO TEÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Pontes de Miranda, nos *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, dentre outros assuntos, analisa os direitos fundamentais na Constituição de 1934. Aqui, adota o

pensamento de Carl Schmitt, até certo ponto. Para Pontes, os direitos fundamentais não se confundem com outros assegurados ou protegidos pela Constituição (19-b, p. 62). O mero fato de certos direitos estarem previstos na Constituição – com o objetivo de a eles conferir maior proteção de eventual modificação por lei ordinária – não os conferiria o caráter de direito fundamental. Assim, para Pontes, os direitos fundamentais valem perante o Estado, e não derivam de acidente de regra constitucional (19-b, p. 62). Para Pontes, os direitos fundamentais são concepções estatais dentro das raias que aos Estados permite o Direito das gentes. Tais concepções não lhes alteram a essência; são concepções da proteção, e não da existência de tais direitos (19-b, p. 62). Nesse sentido, Pontes explica o porquê de se falar em direitos fundamentais não-supraestatais, quando a Constituição confere a certos direitos proteção de direitos fundamentais, mesmo eles, em sua essência, não o sendo (19-b, p. 63). Visto isso, Pontes apresenta diferentes categorias de direitos fundamentais: direitos fundamentais absolutos (liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio e correspondência – são tidas como tais por Kurt Haentzche e Carl Schmitt); e direitos fundamentais relativos (contrato, de comércio e indústria). Segundo Pontes, estes últimos valem conforme a lei, enquanto que, aos direitos fundamentais absolutos, cabe a lei apenas regular suas exceções (19-b, p. 63). Assim, apesar de apenas mencionar o nome de Carl Schmitt, sem realizar citação, Pontes utiliza a diferenciação de Carl Schmitt entre direitos fundamentais absolutos e relativos⁴².

Nesta mesma obra, ao comentar o princípio da igualdade, Pontes de Miranda relembra que, segundo Carl Schmitt, as garantias do juiz legal e da diversidade de juízos (com o foro de exceção) consistem em caso particular de igualdade perante a lei (19b, p. 75). Para Carl Schmitt, segundo Pontes, estas seriam simples garantias institucionais⁴³ (19-b, p. 75). Pontes de Miranda problematiza esta questão na análise do caso brasileiro, em que a Constituição de 1934 previa estarem suspensas, em estado de guerra, as garantias constitucionais que pudessem afetar a segurança nacional (art. 161). Assim, se a diversidade de juízes fosse considerada garantia, ela

⁴² Vale lembrar que, segundo Carl Schmitt, os direitos fundamentais absolutos derivam da liberdade individual, sendo anteriores à existência do Estado, e, por isso, são ilimitados – exemplo: liberdade de consciência, liberdade individual, liberdade de religião. Já os direitos fundamentais relativos seriam aqueles reconhecidos pela Constituição, mas dentro dos limites da lei (liberdade de indústria, liberdade de contratação). Apesar dessas diferenças, denominam-se direitos fundamentais por se referirem aos direitos de liberdade individual. (SCHMITT, 1996, p. 169-171).

⁴³ Faz-se oportuno lembrar o conceito de garantia constitucional por Carl Schmitt. Para o jurista alemão, as garantias constitucionais são inseridas no texto constitucional como uma maneira de impossibilitar que tais direitos fossem suprimidos através de legislação ordinária. Não se trata, portanto, de direitos fundamentais. As garantias constitucionais existem somente dentro do Estado, sendo, portanto, limitadas, e afetam uma instituição juridicamente reconhecida ao serviço de certas tarefas e certos fins – exemplo: direito de autoadministração dos Municípios, proibição do tribunal de exceção, matrimônio como base da vida familiar, (SCHMITT, 1996, p. 175-176).

poderia ser suspensa nesse caso. Se fosse direito, não poderia ser suspendida. Para Pontes, o fato de se denominar de garantia não altera a sua substância. Defende Pontes, então, que a diversidade de juízes é um direito. Discorda, portanto, Pontes, de Carl Schmitt. Ainda, afirma que os tribunais de exceção também seriam direitos, e não garantias (PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 75).

Interessante verificar, neste caso, a discordância de Pontes de Miranda de Carl Schmitt, na caracterização de tribunais de exceção e juiz legal como garantias institucionais. Pontes menciona Schmitt, para dele discordar. Acreditamos que tenha assim atuado, pois, anteriormente, Pontes havia adotado as categorias de direito fundamental absoluto e relativo de Schmitt. Logo em seguida, na *Teoria Constitucional*, Schmitt diferencia os direitos fundamentais das garantias constitucionais, e, aí, insere a explicação criticada por Pontes nessa parte de sua obra. Os assuntos se complementam, portanto, na teoria schmittiana.

Na mesma obra, em que comenta a Constituição de 1934, Pontes de Miranda analisa outro texto de Carl Schmitt, ao abordar o tema da liberdade de crença. Tal texto de Schmitt se denomina *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, de 1931⁴⁴. De acordo com Pontes, neste texto, o jurista alemão defende que *a liberdade não é instituição jurídica; nem pode tornar-se instituição organizada e formal do Direito público* (19-b, p. 139). Segundo Pontes, a liberdade seria uma experiência de foro interno, não podendo ser extrajudicializada. Discorda o autor da afirmação de Schmitt de não ser a liberdade uma instituição jurídica. O que seria verdadeiro da afirmação de Schmitt, para Pontes, seria a sua segunda parte, em que afirma que *as verdadeiras liberdades não são só instituições de Direito público interno. Tão-pouco, meras garantias constitucionais* (PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 139). No entender de Pontes, as mais verdadeiras liberdades seriam as de consciência, pessoal e outras. Dessa maneira, a liberdade de culto seria direito fundamental, que é assegurado em si, e não apenas institucionalmente (19-b, p. 141). Segundo Pontes de Miranda, as associações religiosas não poderiam ser corporações de direito público interno, porque isso violaria a previsão do direito constitucional brasileiro de separação entre igreja católica e o Estado. Assim, defende o autor que as associações religiosas seriam pessoas jurídicas de direito privado (19-b, p. 142).

Nos *Comentários à Constituição de 1946*, Pontes de Miranda atualizou a parte em que analisava a liberdade de crença. O parágrafo em que explicava o texto de Carl Schmitt foi mantido em sua integralidade. Pontes continuou a discordar de Schmitt – de que a liberdade era

⁴⁴ Não conseguimos acessar este texto de Carl Schmitt.

instituição jurídica -, mas desenvolveu sua ideia de maneira diferente. Comenta que analisou essa questão na obra *Democracia, Liberdade, Igualdade, os três caminhos*. Faz menção à omissão, na Constituição de 1937, da previsão da liberdade de consciência – que reputa ter sido ato de ma-fé (PONTES DE MIRANDA, 1963d, p. 443-444). O mesmo trecho dos comentários sobre a Constituição de 1946 é mantido quase que integralmente nos *Comentários à Constituição de 1967*. Foi feita mera atualização de data, tendo permanecido intocado seu conteúdo. Cabe expor um parágrafo acrescido ao final do texto, em que nova crítica é realizada:

O mesmo grupo, que em 1937 ferira os direitos do homem, quis feri-los, de novo, na Constituição de 1967, mas o Congresso Nacional reagiu, tanto quanto podia, sob a ameaça dos que têm sua origem em 1937 e lá fora. (PONTES DE MIRANDA, 1967d, p. 109).

Verificamos, neste trecho, certo incomodamento de Pontes de Miranda com as experiências autoritárias brasileiras.

Prossegue Pontes de Miranda sobre os direitos fundamentais – na obra em que comenta a Constituição de 1934. A referência a Carl Schmitt é feita quando aborda a temática da regulação da liberdade de manifestação do pensamento na Constituição de Weimar, expondo as posições dos juristas alemães. Trata-se, portanto, de exercício de direito comparado, por Pontes. A redação do artigo 118 da Constituição alemã havia sido infeliz, gerando controvérsia. Segundo o jurista, A expressão *dentro dos limites da lei geral (innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze)* - para o exercício do direito de manifestação da liberdade de opinião dos alemães -, dava a entender que se trataria de um direito limitado, e, por natureza, relativo. Comenta Pontes a defesa de Kitzinger de que o termo *geral* havia sido inserido por um descuido de redação, devendo ser desconsiderado. Assim, a interpretação que se buscou dar era a de que aquelas palavras não buscavam relativizar o direito de manifestação de pensamento, mas prevenir que prescrições gerais o limitassem para proteger outros bens jurídicos. Por outro lado, Häntzschel e Rothenbücher entendiam que a palavra *geral* do dispositivo teria função, ela se refere às leis que protegem algum bem jurídico (PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 149-150). Pontes menciona o acréscimo de Smend, de que este bem jurídico que fosse mais alto do que a liberdade de expressão (19-b, p. 150).

Na *Teoria Constitucional*, Carl Schmitt analisa essa questão, que denomina de *formulação obscura e desgraçada* do art. 118 (SCHMITT, 1996b, p. 173). Esse debate dos juristas alemães estava contido na obra de Schmitt, tendo Pontes a utilizado como fonte para sua análise de direito comparado, apenas acrescentando a opinião de Smend. A obra de Carl Schmitt, portanto, aqui, foi utilizada por Pontes pela sua descrição dos debates entre os juristas

ocorridos durante a República de Weimar, sobre o dispositivo que dispunha sobre a manifestação da liberdade de pensamento. Pontes de Miranda manteve tal análise na sua obra *Comentários à Constituição de 1967* (1967, p. 140).

Feito isso, Pontes de Miranda, na obra em que comenta a Constituição de 1934, passa a analisar quais seriam os direitos preeminentes à livre manifestação do pensamento nesta Constituição. Pontes afirma que sua redação foi muito mais feliz que a Constituição de Weimar, pois expõe as únicas hipóteses em que a liberdade de manifestação do pensamento poderia ser restringida – caso de propaganda de guerra, propaganda de processos violentos para subversão da ordem política e social – cf. art. 113 (19-b, p. 150).

Pontes de Miranda, na obra aqui abordada, ao analisar o direito de liberdade, critica Carl Schmitt. Discorda da seguinte ideia do jurista alemão, descreve Pontes: *as limitações da liberdade que os direitos fundamentais garantem se justificam desde que fundadas em lei, isto é, de norma geral, e mediante acto de aplicação de uma lei* (19-b, p. 208). A crítica de Pontes de Miranda vai no sentido de que essa lei não poderia ferir as regras de direitos das gentes, nem os preceitos constitucionais – ou seja, não pode ser uma verdadeira limitação à liberdade (19-b, p. 208). Após, Pontes comenta o que entende ser uma contradição da própria teoria constitucional de Carl Schmitt:

Carl Schmitt reconhece que a protecção da liberdade não pode ser elidida; diz mesmo que modificar o que a Constituição declara (a expressão é nossa, e não dèle) constituiria mais que uma Revisão constitucional, o que por lei não se pode fazer. A emenda, de acôrdo com o art. 178 está no Título III. Alguns direitos fundamentais, que a Revisão abolisse, poderiam ser supraestatais e assim se exporia o Estado a sérias complicações de ordem interestatal, pela violação do Direito das gentes. (19-b, p. 208).

A contradição apontada por Pontes de Miranda nos parece que se derive de possível conflito entre o conceito direito fundamental absoluto e as limitações à liberdade. Para Carl Schmitt, os direitos fundamentais absolutos são ilimitados, contudo, em casos excepcionais, podem ser limitados. Essas limitações devem aparecer como exceção, e exceção calculável e mensurável de acordo com o seu conteúdo. Assim, essas limitações somente podem ser realizadas com base em lei – como norma geral -, e de maneira excepcional (1996b, p. 180). Como exemplo de limitação da liberdade pessoal admitidos por lei ordinária, Schmitt elenca o código de procedimento criminal. Ponto interessante é o em que Schmitt comenta que o contro le judicial da administração transformou as faculdades gerais da polícia no sentido de lei do Estado de Direito, inserindo uma situação principal com limite e medida (1996b, p. 180). Para esclarecer sua afirmação, Schmitt exemplifica:

El ejemplo más conocido de una tal «delegación general» es el § 10, II, 17, del Derecho general prusiano, que vale como fundamento legal para las facultades de la policía: «Los establecimientos necesarios para el mantenimiento de la paz pública, seguridad y orden, y para eliminar los peligros que amenacen al público o miembros individuales del mismo, es cargo de la policía.» Aquí, cada una de las palabras ha llevado a toda una serie de prejuicios que dan lugar a una calculabilidad y mensurabilidad policial, prestan un contenido normal controlable a conceptos como «mantenimiento» de la «seguridad pública» y «orden», etcétera, y han encontrado reglas limitadoras para el llamado estado policial de necesidad (por ejemplo, simple deber de tolerar, no deber de conducta activa). Para el caso en que no se den los supuestos normales de esta práctica y sean necesarias por eso injerencias más amplias, no mensurables, es decir, para el caso del *estado de excepción*, se prevé en ley constitucional la posibilidad de una suspensión que ponga fuera de vigor temporalmente los derechos fundamentales, como ocurre en el art. 48, 2, C. a. (arriba, § 11, pág. 124). (1996b, p. 180).

Essa passagem pode apresentar certa controvérsia. A calculabilidade e mensurabilidade da atuação policial podem não ser tão evidentes como afirma Schmitt. Conceitos tão abertos como manutenção da ordem e segurança públicas, parecem mais privilegiar a interferência estatal, do que proteger os direitos fundamentais. Dessa forma, a contradição levantada por Pontes de Miranda, acerca do pensamento de Carl Schmitt levanta interessantes reflexões acerca da limitabilidade dos direitos fundamentais absolutos (os supraestatais). A posição de Pontes parece apresentar maior preocupação com a proteção desses direitos fundamentais, especialmente o de liberdade pessoal, que estava a abordar.

Nos *Comentários à Constituição de 1946*, tomo V, p. 203, ao abordar a questão da liberdade, Pontes de Miranda mantém o conteúdo do trecho em que explica essa controvérsia no pensamento schmittiano, abordado acima. Pontes apenas fez algumas modificações estilísticas na redação. Após, segue desenvolvendo o tema. Não iremos aprofundar a análise nesse desenvolvimento, pois o que nos interessava aqui era o trecho de Carl Schmitt, que foi mantido. Como visto, o pensamento de Pontes de Miranda sobre a liberdade permaneceu, de que eventual lei que viesse a restringir o direito de liberdade não poderia contrariar o direito das gentes, nem o direito constitucional. Na mesma situação encontra-se a obra *Comentários à Constituição de 1967*, de Pontes de Miranda. O texto é idêntico ao de 1946, apenas sendo modificados, nos tópicos seguintes, os dispositivos da nova Constituição (1967d, p. 199-200).

Sobre o tema das garantias institucionais, Pontes de Miranda, nos *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, comenta o tratamento jurídico conferido à propriedade privada na Constituição de 1934. Para Pontes, a propriedade privada é um instituto jurídico, sendo, pela disposição do art. 113, 17) da Constituição de 1934, também, garantia institucional. Nessa afirmação, Pontes referencia Carl Schmitt, em seu texto *Freiheitsrechts*

und institutionelle Garantien der Reichsverfassungen, de 1932⁴⁵. Interessante notar, nesse ponto, que Pontes menciona já se estar vivenciando o regime nacional socialista na Alemanha (19-b, p. 184). Pontes comenta ter havido uma mudança de tratamento da propriedade da Constituição de 1891 para a de 1934. Na nova constituição, a propriedade passava assegurada como instituição. Pontes entende que essa disposição deriva de texto de inspiração entre social-democrático e fascista.

A passagem em que Pontes de Miranda aborda o texto de Carl Schmitt, acima exposto, foi mantida em seus *Comentários à Constituição de 1946*, tomo V, p. 21. Apenas, da anterior nota de rodapé, Pontes retirou a menção de que o texto de Carl Schmitt havia sido escrito durante o regime nazista, bem como a parte referente ao caráter entre social-democrático e fascista do período anterior. Quanto ao direito de propriedade em si, manteve Pontes o seu entendimento de que a propriedade é uma garantia institucional. Os dispositivos que regulavam a propriedade na Constituição de 1946 foram atualizados no texto. O texto dos *Comentários à Constituição de 1967*, acerca desse tema, permaneceu inalterado em relação aos *Comentários à Constituição de 1946* (1967d, p. 367-368).

Sobre propriedade, nova menção a Carl Schmitt é feita. Pontes de Miranda afirma que, segundo a previsão constitucional, a expropriação dependia do interesse público, contudo, ficava ao arbítrio do Poder Executivo ou do Legislativo. Dessa forma, abusos poderiam ser cometidos frequentemente (19-b, p. 186). Nessa afirmação, Pontes referencia o texto *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums*, de 1926⁴⁶.

Para Pontes de Miranda, a liberdade de cátedra não seria um direito fundamental, mas sim uma garantia institucional, não podendo ser suprimida por via de lei ordinária. Neste ponto, aponta a obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, em nota de rodapé. Pontes prossegue em sua análise, defendendo não ser necessária a existência de direito subjetivo violado para que a Constituição, no artigo 155 - *É garantida a liberdade de cátedra* -, seja infringida, sendo possível a atuação do Senado Federal, de acordo com o art. 91, II⁴⁷ (19-b, p. 413).

Themistocles Brandão Cavalcanti, no seu livro *A Constituição Federal Comentada*, publicado em 1959, faz breve menção a Carl Schmitt. Essa obra de Themistocles Cavalcanti

⁴⁵ Não conseguimos acessar este texto de Carl Schmitt.

⁴⁶ Não conseguimos acessar este texto de Carl Schmitt.

⁴⁷ Art. 91 – Compete ao Senado Federal:

[...]

II – examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais; (Constituição de 1934).

apresenta comentários à Constituição de 1946, vigente à época. A referência a Schmitt é feita no seu volume IV, quando o autor comenta o art. 157 da Constituição de 1946 – em que são elencados uma série princípios que a legislação do trabalho e previdenciária devem obedecer, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores. Themistocles Cavalcanti afirma que alguns desses preceitos apenas traçam diretrizes e orientam a atuação do legislador ordinário, enquanto que outros apresentam, ainda, caráter de norma imperativa, sendo autoexecutáveis. Para Cavalcanti, no momento em que estas são incorporadas ao sistema legal, o legislador fica obrigado a observá-las, porque será o que denomina Carl Schmitt de direito fundamental com *força constitucional* (CAVALCANTI, 1959, p. 25). Segue o autor afirmando que essas garantias, ao serem consagradas na Constituição, recebem estabilidade e rigor excepcionais, ficando o legislador limitado a apenas ampliar o disposto no texto constitucional (CAVALCANTI, 1959, p. 15). É essa a breve menção feita por Themistocles Cavalcanti da obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt.

3.8. CARL SCHMITT COMO ANALISTA DO PARLAMENTARISMO E DA DEMOCRACIA

Na sua obra *A Nova Constituição Brasileira* – em que comenta a Constituição de 1934 -, Araújo Castro faz referência a Carl Schmitt. Esta se dá quando Castro aborda o conceito de República. A menção é breve, sendo feita quando se afirma que a palavra república, naquele período, era utilizada para significar um regime democrático – Castro faz a ressalva de que, em sua opinião, essa identidade não se daria necessariamente. Cita, em nota de rodapé, o trecho da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt em que ele comenta: *Democracia como forma política significa también, según la terminología actual, República* (SCHMITT apud CASTRO, 1935, p. 46).

Após, o tema do parlamentarismo é abordado por Araújo Castro. Para o jurista, o legislativo seria o mais influente dos poderes, por estabelecer normas de cumprimento obrigatório pelos outros poderes (1935, p. 138). Após essa exposição, Araújo Castro comenta a dualidade de câmaras do parlamento. Tal dualidade era adotada pela maioria das nações, encontrando grande número de defensores. Estes verificam na bicameralidade uma garantia contra as eventuais precipitações de uma única câmara, que sem contrapeso, poderia votar leis injustas contrárias aos direitos do povo (CASTRO, 1935, p. 138). Os que se opõem a tal sistema

argumentam, segundo Castro, no seguinte sentido: *se a segunda câmara vota de acôrdo com a primeira, ela será inútil, e, se não vota, tornar-se-á uma fonte de conflitos prejudiciais aos interesses do Povo* (1935, p. 138). Acrescenta, ainda, o comentário de Vicente Ráo, que verifica na dualidade de câmaras, quando apresentam a mesma função, mera dualidade de trabalho, perfeitamente dispensável (CASTRO, 1935, p. 140). É nesse grupo de opositores ao bicameralismo que Araújo Castro situa Carl Schmitt. Cita o trecho da *Teoria Constitucional* de Schmitt, em que o jurista alemão defende ser o sistema unicameral o que representa a unidade do povo numa democracia:

La lógica política de una Democracia ha de contradecir el sistema bicameral, pues la Democracia se basa en el supuesto de la identidad bicameral del pueblo unitario... Allí donde una Constitución quiera acentuar bien la soberanía de la Nación, una e indivisa, y dominen quizá todavía recelos políticos ante el poder social de una Aristocracia, el sistema unicameral tendrá de ser practicado con rigor [...] (SCHMITT apud CASTRO, 1935, p. 140).

Na sequência, Araújo Castro elenca os países que adotaram o sistema unicameral – Alemanha, Letônia, Lituânia, Turquia, Finlândia e Iogoslávia (1935, p. 1140). Por fim, afirma Araújo Castro ter sido adotado, pela Constituição de 1934, o sistema misto. O art. 22 dispunha que o *Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal*. Tal sistema seria misto, segundo Castro, por não ser nem bicameral – pois nem todos os projetos de lei necessitam da atuação do senado -, nem unicameral – porque é a câmara dos deputados que atua na maior parte dos casos (1935, p. 141).

Na obra *A Constituição de 1937*, Araújo Castro mantém a mesma explicação da parte geral sobre dualidade das câmaras, fazendo, inclusive, a citação do mesmo trecho da *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt. O conteúdo do texto anterior foi mantido, com pequenas alterações (páginas 138 e 139). Modificou-se, naturalmente, a parte em que apresentava o modelo atual do parlamento brasileiro, o qual passou a ser bicameral, na previsão da Constituição de 1937⁴⁸ (CASTRO, 2003, p. 140) – apesar de sabermos que o Congresso ficou fechado durante toda a duração do Estado Novo de Getúlio Vargas.

Pontes de Miranda, em sua obra *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, sobre a Constituição de 1934, faz referência a Carl Schmitt quando trata do voto. Pontes comenta que a Constituição de 1934 adotou o voto secreto. O segredo é inserido com a

⁴⁸ Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos -leis autorizados nesta Constituição. (Constituição de 1937).

finalidade de se encobrir a relação entre eleitor e o conteúdo de seu voto. Daí se utilizarem meios protetores, como cabines e urnas eleitorais. Nesse momento, Pontes de Miranda insere curiosa passagem de Carl Schmitt, acerca de especulações sobre as eleições no futuro:

A-respeito é interessante citar-se a passagem de Carl Schmitt. Poderia imaginar-se, diz êle, que algum dia, por meio de invenções apropriadas, cada homem, sem sair de casa, poderia interpretar o seu voto sobre questões políticas e tôdas essas opiniões automaticamente se registrariam. Não seria, observou, democracia especialmente intensiva, mas só a demonstração de que o Estado e o público se haviam totalmente privatizado. Não seria opinião pública, nem, tão-pouco, opinião de milhões de pessoas; o resultado só seria uma soma de opiniões privadas. Nenhuma vontade geral, mas só a soma de *vontades individuais*, uma *volonté de tous*. (PONTES DE MIRANDA, 19-b, p. 554-555).

Pontes de Miranda afirma ser esse modo de ver de Schmitt como equivocado, por entender que a exigência de proximidade espacial não era mais necessária naquele tempo, em que existiam o correio aéreo, o telégrafo e a radiocomunicação (19-b, p. 555). A opinião de Schmitt, segundo Pontes, se reportaria às primitivas cerimônias de comungar, em que se obtinha acordo de vontades e a integração (19-b, p. 555).

Pontes de Miranda comenta a relação entre Democracia e Parlamentarismo, nos seus *Comentários à Constituição de 1946*. Pontes apresenta-se simpático ao parlamentarismo, por verificar, neste sistema, maior potencial democrático. Haveria, segundo Pontes, melhor equilíbrio de poderes executivos e legislativos, sem deixar válvula por onde pudesse entrar pressão ditatorial (1963h, p. 21-22). Para o autor, o regime parlamentar seria o tipo de governo em que o corpo legislativo ou sua parte – representantes do povo – controla o exercício dos poderes executivos (1963h, p. 29). No parlamento se discute, mas também se governa, afirma Pontes. Verifica, na adoção do sistema parlamentarista pelos países europeus, uma relevância histórica. Segundo Pontes, a separação dos poderes retirou o governo dos reis para dá-lo aos ministros – coisa que, critica Pontes, o presidencialismo teria, em certa medida, desfeito com ditaduras (1963h, p. 29). Nesse momento, Pontes de Miranda menciona Carl Schmitt brevemente, no seguinte trecho: “Um pouco ou muito da discussão passou às massas e aos seus condutores, sem que se possa exagerar a importância disso, como fêz Carl Schmitt (*Die geistliche Lage des heutigen Parlamentarismus [...]*)” (1963h, p. 29). Pontes comenta ter sido a parlamentarização do governo ponto comum dos programas para a democracia contra o governo dos monarcas (1963h, p. 31). Apresenta duas formas, sendo uma delas comentário de Schmitt:

A) “Quando predominam o elemento monárquico e o pensamento da representação da unidade política por um só homem, pode o sistema parlamentar deixar aberta a possibilidade do *sistema presidencial*, em que o Chefe de Estado, o Chefe do Executivo, participa, com independência, na direção política” (CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 306).

B) Se predomina o elemento aristocrático pela atuação do parlamento, - no Brasil, da Câmara dos Deputados – há o *regime parlamentar puro* em que o governante representa a maioria. Mas essa forma pode corresponder *a)* à atribuição de poderes ao Presidente do Conselho de Ministros, como centro, com tódá a direção, ou *b)* a Conselho de Ministros, que eleja o seu presidente, ou *c)* que tenha de tomar parte nas deliberações, *d)* embora organizado pelo Presidente do Conselho de Ministros prèviamente escolhido. (PONTES DE MIRANDA, 1963h, p. 31).

Pontes de Miranda afirma, acerca da proposição de Schmitt, que qualquer medida que buscasse levar o Brasil à adoção da solução A), com base no Ato Adicional, seria deturpá-lo, por representar um propósito monárquico ou ditatorial (1963h, p. 31). Comenta Pontes que a forma escolhida em 1961 pelo Brasil foi a B), *d)* (1963h, p. 31).

3.9. SOBRE A RECEPÇÃO DAS IDEIAS DE CARL SCHMITT PELOS CONSTITUCIONALISTAS

Das obras de direito constitucional analisadas em nossa pesquisa, podemos concluir terem as menções a Carl Schmitt em comum: a) o fato de tratar Carl Schmitt como um relevante jurista alemão, de grande capacidade intelectual; b) não realizarem os constitucionalistas brasileiros análises aprofundadas das ideias de Carl Schmitt, se limitando a breves menções em tópicos isolados; c) ser a obra mais citada a *Teoria Constitucional*, onde Carl Schmitt analisava a Constituição de Weimar; d) serem os temas mais abordados: d.1) o conceito de constituição e suas decorrências, d.2) o conceito de direitos fundamentais e garantias institucionais, d.3) a vinculação do legislador ao princípio da igualdade, d.4) sua concepção de federalismo, bem como de suas decorrências, d.5) sua análise acerca do controle de constitucionalidade; e) ter sido a menção à colaboração de Carl Schmitt com o regime nazista feita em pouquíssimas ocasiões, sendo que, quando esta era realizada geralmente precedia uma discordância da opinião do jurista alemão - devemos reconhecer, contudo, que nem toda discordância vinha acompanhada dessa informação.

Por vezes os constitucionalistas concordavam com as ideias de Carl Schmitt, por vezes delas discordavam. Contudo, em todas essas situações tratavam Schmitt com uma referência no estudo do direito constitucional.

Nossa conclusão vai ao encontro do defendido por Gilberto Bercovici, acerca da recepção das ideias de Carl Schmitt na doutrina publicista brasileira:

Com raras exceções, no entanto, a doutrina publicista brasileira irá recepcionar a obra de Carl Schmitt de maneira apenas formal, como mais um dos autores que devem ser

mencionados quando são expostas nos livros de direito constitucional as várias teorias da Constituição. Em termos gerais, a reflexão e o debate sobre o pensamento de Carl Schmitt no direito brasileiro são bastante superficiais na maioria dos casos, resumindo-se a um exercício de falsa erudição. (BERCOVICI, 2013, p. 115).

Acerca da nossa hipótese, não encontramos, em nossa coleta de dados, citações de Carl Schmitt com relação direta à defesa dos regimes autoritários brasileiros. Quando essa defesa se dava, era de maneira rasa, apenas adotando os termos difundidos pelos regimes – Estado Novo e Ditadura Militar. Aqui a importância de Francisco Campos, que participou da criação desses discursos de justificação. Alguns dos doutrinadores esboçavam certo desconforto em alguns momentos, como Pontes de Miranda (1967d, p. 109) - mas era raro. Uma explicação possível para o fato de não termos encontrado a utilização de ideias de Carl Schmitt diretamente na defesa dos regimes autoritários pelos constitucionalistas é a de que a nossa análise, no presente capítulo, ficou restrita às citações diretas. Outra possibilidade é relativa ao tipo de obra analisada. Os manuais de direito constitucional, destinados aos estudantes, e os comentários às Constituições não seriam o meio mais apropriado para defender de regimes autoritários. Tal poderia ser feita, de maneira mais eficiente, por outros meios, como em discursos, palestras – como o fez Francisco Campos, registrados na obra *O Estado Nacional* -, ou em obras que analisassem especifica e unicamente o fenômeno da democracia ou do estado de exceção.

Acreditamos ter sido importante analisar a doutrina constitucional brasileira de 1930-1970. Forneceu-nos uma visão mais ampla sobre a recepção da obra de Carl Schmitt no Brasil, evitando possíveis automatismos ou pressuposições acerca de tal fenômeno. Tal análise, é preciso ressaltar, não nos apresenta conclusões definitivas, por não ter sido possível analisar a totalidade das obras dos autores da época delimitada. A pesquisa, infelizmente, é limitada neste sentido. Mas entendemos que se justifica como um início nesse caminho, já trazendo contribuições parciais para a compreensão da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, na presente monografia, buscamos compreender a recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro, no período compreendido entre 1930 a 1970. A nossa hipótese central é a de que as ideias de Schmitt foram utilizadas por juristas brasileiros para defender os governos autoritários do Estado Novo e da ditadura militar.

A fim de testar a hipótese, analisamos a carreira e os escritos de Francisco Campos, de forma mais detida, no segundo capítulo, e, no terceiro capítulo, as obras de direito constitucional de Araújo Castro, Pedro Calmon, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Themistocles Cavalcanti e Pontes de Miranda.

Dedicamos o primeiro capítulo à exposição das principais ideias de Carl Schmitt que foram recepcionadas no direito constitucional brasileiro, contextualizando-as. Analisamos as obras: *A Ditadura*, a respeito dos tipos ditadura comissária e ditadura soberana; *Teologia política*, sobre Estado de Exceção e sua relação com a soberania; *O Conceito do Político*, onde são trazidos os conceitos de Estado Total e do político, com suas categorias de amigo e inimigo; e *Teoria Constitucional*, com os conceitos de Constituição, poder constituinte, bem como dos elementos característicos do Estado burguês de Direito.

Carl Schmitt escreveu essas obras durante a conturbada República de Weimar. Nesse período, o sentimento nacionalista alemão estava abalado pelas disposições do Tratado de Versalhes – com a derrota na 1ª Guerra Mundial; a crise econômica afetava as relações sociais; e, crescia a insatisfação de parcela da população em relação à democracia parlamentar instituída pela Constituição de Weimar (1919). Aliada a essa situação instável, estava a previsão de poderes do art. 48 da Constituição de Weimar, conferidos ao Presidente do *Reich* de decretar situação de emergência, governando por decretos. Foi nesse contexto que Carl Schmitt escreveu as obras aqui analisadas.

Parece-nos natural, portanto, que em meio a essa situação de instabilidade da República de Weimar, Carl Schmitt tivesse se dedicado a estudar o tema do Estado de Exceção. Além disso, a importante mudança política acontecida na Alemanha – passagem de monarquia para república, com a revolução – gerou grandes debates de direito público entre juristas alemães sobre a nova Constituição. Dentre eles estava Carl Schmitt, que escreveu a sua *Teoria Constitucional* justamente apresentando a sua visão sobre esta Constituição.

Abordamos, ainda, a atuação de Carl Schmitt durante o terceiro *Reich*. Comentamos como se deu a instauração desse regime totalitário alemão. Quando comparamos os textos de Carl Schmitt elaborados durante a República de Weimar com os do regime nazista, verificamos certa coerência. Já no período democrático, Schmitt criticava o sistema parlamentarista de partidos, bem como defendia a ideia de que o Estado pudesse eliminar o seu inimigo público. O que ocorreu, a nosso ver, durante o regime totalitário alemão, foi uma intensificação dessa predisposição antiliberal, antidemocrática e autoritária de Carl Schmitt, aliado à inserção de elementos da ideologia nazista, como o antisemitismo.

No segundo capítulo, analisamos a carreira e obra de Francisco Campos, buscando influências do pensamento schmittiano. Entendemos ter sido Francisco Campos o jurista brasileiro que, influenciado por certas ideias de Carl Schmitt, teria posto algumas delas na prática, quando da sua colaboração com os regimes autoritários do Brasil no século XX – Estado Novo e ditadura militar. Não tomamos a figura de Campos como um puro autoritário defensor das ideias de Carl Schmitt, adotando a categorização de Airton Seelaender e Alexander de Castro, de se tratar de um jurista adaptável.

Francisco Campos cumpriu um importante papel na instauração do Estado Novo. Redigiu o jurista a Constituição outorgada de 1937. Nesse texto se encontram alguns elementos da obra de Carl Schmitt. Na justificativa, afirma-se que o país estava sob iminência de guerra civil, estando a paz e a ordem perturbadas. Indicou-se, ainda, o inimigo a ser combatido, os comunistas. Até aqui, verificamos semelhanças com a obra *O Conceito do Político*. Contudo, a identificação com ideias de Carl Schmitt se afasta no momento em que se afirma ser a própria outorga da Constituição vista como maneira de realizar essa tarefa de manutenção da unidade do povo brasileiro. Na teoria schmittiana, quando se fala em proteção da ordem política existente, a solução tradicional é a de suspensão da Constituição, para que o Estado tome as medidas necessárias para o restabelecimento dessa ordem perturbada (*Teologia Política, A Ditadura*) – típica da ditadura comissária. Todavia, na Constituição de 1937, afirma-se buscar proteger a ordem existente, mas não por meio de suspensão da Constituição, mas sim pela outorga de uma nova Constituição, a qual traria disposições mais aptas a lidar com esse tipo de situação. Segundo a obra de Carl Schmitt, a criação de uma nova Constituição seria fruto de uma ditadura soberana, proveniente de uma revolução, onde se busca acabar da ordem política anterior, criando-se as condições para a implantação de uma nova Constituição, que esteja de acordo com a vontade do poder constituinte. Assim, tinha-se a intenção declarada de ditadura comissária, mas que procura ser realizada através de uma nova Constituição. Outro ponto

interessante é que a Constituição outorgada de 1937 previa sua submissão a um plebiscito popular, no art. 187. Conforme exposto, esse era um dos procedimentos que Carl Schmitt entendia como democráticos de implantação de texto constitucional. Ainda, Gilberto Bercovici atenta para o dado de a própria Constituição prever a sua suspensão total, não tendo, paradoxalmente, nunca sido aplicada. O Congresso Nacional foi fechado (art. 178), governando Getúlio Vargas por meio de decretos-leis (art. 180). Ainda, o plebiscito que iria submeter a Constituição à aprovação do povo não foi convocado por Vargas (art. 187).

Na obra *O Estado Nacional*, Francisco Campos faz a defesa do regime autoritário do Estado Novo. Encontramos semelhanças entre essa obra de Francisco Campos e a *Crise da Democracia Parlamentar*, de Carl Schmitt – na linha de argumentação, bem como no conceito de democracia. Aqui, democracia significa a identidade entre governantes e governados, não sendo uma ditadura a antítese necessária da democracia. Assim, conforme já apontado por Bercovici, percebemos uma possível ligação com a defesa de Francisco Campos de que o Estado Nacional seria democrático, sob o fundamento de que a vontade do povo brasileiro se identificava com a de seu governante Getúlio Vargas.

Em seguida, analisamos uma fonte interessante para o estudo da recepção das ideias de Carl Schmitt por Francisco Campos: os seus pareceres, proferidos quando do processo de redemocratização do Brasil – pós-Estado Novo. Seleccionamos cinco pareceres, constantes do livro *Direito Constitucional*, que continham citações de Carl Schmitt. Da análise destes textos, verificamos que Campos utilizava a obra de Carl Schmitt para defender ideias liberais, especialmente nos trechos em que o jurista alemão, na *Teoria Constitucional*, descrevia os elementos do Estado burguês de Direito, analisando a Constituição de Weimar. Além disso, o parecer intitulado *Inconstitucionalidade da Comissão Central de preços* se mostrou especialmente interessante, pois, nesse texto, o jurista brasileiro apresenta análise crítica de um ponto da teoria constitucional de Carl Schmitt (impugnação da unidade da Constituição), ao mesmo tempo em que, na segunda parte do texto, volta a tomar a obra de Carl Schmitt como referência para sua defesa – como na maioria das vezes que mencionava Schmitt. Além disso, se compararmos este parecer com outro da mesma obra, verificamos posições divergentes a respeito da ideia refutada no parecer acima mencionado. Num destes textos, Campos concorda com a ideia de Carl Schmitt, de que a Constituição não possui unidade sistemática⁴⁹. Já no

⁴⁹Parecer: *Interpretação do art. 173 da Constituição de 1934*.

outro, mencionado acima, refuta justamente esta tese de Carl Schmitt⁵⁰. Verificamos, aqui, uma confirmação da tese de Seelaender e Castro, de que Francisco Campos era um jurista adaptável.

Francisco Campos contribuiu para a justificação da ditadura militar brasileira, logo de sua instauração. Redigiu o Ato Institucional de 9 de abril de 1964, bem como o Ato Institucional n. 2, de 1965. Os elementos desses textos que apresentam afinidade com ideias de Carl Schmitt são: declarar ter o objetivo de proteção da ordem vigente; determinação de um inimigo público, os comunistas; a legitimidade da *revolução* se dar por si mesma, por se afirmar como excedora do poder constituinte (de titularidade do povo). O AI-2 reiterou esses termos do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, acrescentando o caráter continuado da situação excepcional, bem como da previsão de maiores poderes aos militares. É bem certo que o contido nestes Atos Institucionais não representa uma recepção completa e integral das ideias de Carl Schmitt, por haver alguns pontos divergentes. Em especial, encontra-se a contradição entre uma intenção declarada de manutenção da ordem ameaçada, típica da ditadura comissária de Schmitt, com a utilização de categorias próprias de uma ditadura soberana – a qual deriva de uma revolução, onde se objetiva destruir a ordem constitucional vigente, buscando criar as condições para a implantação de uma nova Constituição, pelo detentor do poder constituinte. Assim, a tese mais acertada parece a de Leonardo Barbosa, que fala de uma mescla de categorias.

Finalizado o estudo da recepção das ideias de Carl Schmitt por Francisco Campos, passamos ao terceiro capítulo. Neste, buscamos realizar uma coleta de dados das citações de Carl Schmitt das principais obras de direito constitucional de 1930 a 1970. Como já mencionado, os constitucionalistas cujas obras foram analisadas são: Araújo Castro, Pedro Calmon, Luis Pinto Ferreira, bem como Themistocles Cavalcanti e Pontes de Miranda.

Relembramos que não foi possível acessar as obras de todos os constitucionalistas relevantes à época. Desse modo, nossa pesquisa ficou limitada, podendo nos oferecer apenas contribuição parcial na compreensão do fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt pelo direito constitucional brasileiro, no período delimitado. Mesmo assim, entendemos que esta análise se justifique por já temos obtido informações iniciais, que já nos permitiram desconstruir certas ideias preconcebidas. Num futuro próximo, pretendemos completar a análise iniciada no terceiro capítulo desta monografia.

⁵⁰Parecer: *Inconstitucionalidade da Comissão Central de preços*.

Da análise destas obras, retiramos algumas conclusões. Primeiramente, que todos estes constitucionalistas tratavam Carl Schmitt como um relevante jurista alemão, de grande capacidade intelectual. Contudo, em geral, não eram realizadas análises aprofundadas das ideias de Carl Schmitt, limitando-se os constitucionalistas a mencionar o jurista alemão de maneira breve e em tópicos isolados. A obra mais citada era a *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt, que contém a análise da Constituição de Weimar. Os temas mais abordados eram: o conceito de Constituição e suas decorrências; os direitos fundamentais e as garantias institucionais; a vinculação do legislador ao princípio da igualdade perante a lei; o federalismo; o controle de constitucionalidade, em especial da parte onde analisava o sistema americano. Percebemos um dado interessante, de terem sido raras as menções à colaboração de Carl Schmitt com o regime nacional-socialista, sendo que, quando estas se davam, geralmente precediam crítica a uma ideia sua – devemos reconhecer, contudo, que nem toda discordância era acompanhada desta informação.

Diante de tudo isso, constatamos ter sido a nossa hipótese parcialmente confirmada.

Com relação a Francisco Campos, pudemos verificar, mesmo que sem menção expressa, a utilização de ideias de Carl Schmitt para a defesa dos regimes autoritários do Estado Novo e da ditadura militar brasileira. Contudo, o mesmo jurista, quando do intervalo entre esses dois regimes, proferiu pareceres defendendo ideias liberais. Para tal, utilizou, amplamente, a obra *Teoria Constitucional* de Carl Schmitt. Assim, da mesma maneira que percebemos elementos das obras *A ditadura*, *Teologia Política*, *O Conceito do Político*, *Crise da Democracia Parlamentar*, nos textos de Francisco Campos de defesa dos regimes ditatoriais, também pudemos verificar a influência de Carl Schmitt em Francisco Campos, no período de redemocratização, mas através de outra obra, a *Teoria Constitucional*, muito citada em seus pareceres. Ou seja, Francisco Campos utilizou ideias de Carl Schmitt tanto para defender regimes autoritários, como para defender ideias liberais. Dependendo da intenção de Francisco Campos, fazia o jurista uso de uma ou outra obra de Carl Schmitt.

A nossa hipótese, na análise das obras de direito constitucional brasileiro, foi refutada. Não encontramos, na nossa coleta de dados, citações de Carl Schmitt diretamente ligadas à defesa dos regimes autoritários brasileiros. Quando os constitucionalistas se propunham a comentar tais eventos, no sentido de apoiar os governos autoritários, utilizavam os termos difundidos pelos próprios regimes. Certamente que, conforme verificamos na nossa pesquisa, Francisco Campos, ao participar da criação destes discursos justificadores, teve influência do

jurista alemão. Dessa forma, de maneira indireta, se pode perceber a utilização de ideias de Carl Schmitt na defesa dos regimes autoritários brasileiros. Contudo, mesmo se levando isso em consideração, tal atividade não se apresentou primordial na pesquisa, haja vista serem pouco frequentes estas defesas dos regimes autoritários. Acreditamos que isso tenha se dado pelo tipo de obra analisada consistir, na maior parte, de manuais de direito constitucional e comentários às Constituições. Existiam outras maneiras, muito mais eficientes, de se realizar defesas dos regimes autoritários, como entrevistas, palestras, obras específicas sobre essa temática.

Apesar de todas as limitações da presente pesquisa - principalmente no terceiro capítulo, por não termos conseguido acessar todas as obras relevantes do período -, entendemos como frutífera a análise realizada. Acreditamos que o estudo da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro de 1930 a 1970 tenha levantado conclusões interessantes sobre este tema. Forneceu-nos uma visão mais ampla sobre a recepção da obra de Carl Schmitt no Brasil, evitando possíveis automatismos ou pressuposições acerca deste assunto. Entendemos esta monografia como um início de caminho a ser continuado, na busca da compreensão do fenômeno da recepção das ideias de Carl Schmitt no direito constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Orgs.). **O Pensamento Alemão no Século XX: Grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil**. São Paulo: Cosac Naify Portátil, 2013. Vol. 1. p.85122.

_____. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: FONSECA, Ricardo M., SEELAENDER, Airton L.C.L. (Orgs.). **História do Direito em Perspectiva: Do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 375-414.

_____. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. **Ato Institucional nº1, de 9 de abril de 1964**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso: 22 junho 2016.

_____. **Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso: 22 junho 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso: 19 de junho de 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso: 22 junho 2016.

_____. **Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>. Acesso: 19 de junho de 2016.

BRITO, Miguel Nogueira de. A Exceção no Pensamento Político e Jurídico de Carl Schmitt. In: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **Carl Schmitt Revisitado**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2014. P. 150-173.

BROSSARD, Paulo; FLORIANO, Raul. Pontes de Miranda: Homenagem do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 17, n. 65, p.25-30, jan./mar. 1980. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181192>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional brasileiro**: Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, v. 1, 1956.

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, v. 2, 1956.

CASTRO, Araújo. **A Nova Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935.

_____. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles B.. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

_____. **A Constituição Federal Comentada**. 3. Ed. Rio de Janeiro: José Rufino, v. 4, 1959.

CHACON, Vamireh. A recepção de Carl Schmitt no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. XLVII, n. 185, p. 55-66, jan./mar. 1997.

COSTA, Mauricio Mesurini da. **O Estado Interventor no Brasil e seus reflexos no Direito Público (1930-1964)**: Themistocles Cavalcanti e sua contribuição doutrinária. 2016. 250 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1967.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/7602530359097648>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FGV CPDOC. **Pedro Calmon**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/JK/biografias/pedro_calmon>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FRAENKEL, Ernst. **The Dual State**: A contribution to the theory of dictatorship. New York: Oxford University Press, 1941.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: Síntese de um Milênio. 1. ed. 1. reimpr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

IHGB. **Presidentes**. Disponível em: <<https://ihgb.org.br/ihgb/historico/presidentes.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

INÁCIO, Nildo. **Anistia à brasileira: Análise do discurso dos juristas vinculados ao Regime Militar pós-1964**. 2013. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito: Seguido dos textos de Carl Schmitt “Sobre os três tipos de pensamento jurídico” e “O Führer protege o direito”**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo. In: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **Carl Schmitt Revisitado**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2014. P. 28-39.

PINTO FERREIRA. **Curriculum Vitae**. Recife: Faculdade de Direito de Pernambuco, 1983. Disponível em: <<http://www.luizpintoferreira.com/images/vitae/lpf2.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PINTO FERREIRA. **Da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

PINTO FERREIRA. Pontes de Miranda. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 69, p.203-228, jan./mar. 1981. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181266>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PINTO FERREIRA, Regina. **Luis Pinto Ferreira**. Disponível em: <<http://www.luizpintoferreira.com>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 19-a, tomo I.

_____. **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 19-b, tomo II.

_____. **Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editora, 1938, tomo I.

_____. **Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editora, 1938, tomo III.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963a, tomo I.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963b, tomo II.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963c, tomo III.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963d, tomo IV.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963e, tomo V.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963f, tomo VI.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967a, tomo I.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967b, tomo II.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967c, tomo III.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967d, tomo V.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967e, tomo V.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967f, tomo VI.

REIS, Daniel Aarão. Ditadura e Sociedade: As reconstruções da memória. In: **O golpe e a ditadura militar: quarenta anos depois (1964-2004)**. REIS, Daniel Aarão; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá (Orgs.). Bauru: Edusc, 2004, p. 29-52.

RÜTHERS, Bernd. **Carl Schmitt en el Tercer Reich**. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia, s/d.

SARNEY, José. **Discurso do presidente do Senado por ocasião do lançamento de obras da "Coleção História Constitucional Brasileira" nos 175 anos da Supremo Corte (atualizada)**. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61308>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996a.

_____. **Crisis of Parliamentary Democracy**. Traduzida por Ellen Kennedy. Estados Unidos: MIT Press, 2000.

_____. Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich. **Deutsche JuristenZeitung**, Berlin, 1. April 1933. Heft 7. P.455458.

_____. **La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria**. Madrid: Alianza Editorial, 2013.

_____. **O conceito do politico/Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial S.A, 1996b.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Juristas e Ditaduras: Uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: Do Antigo Regime à Modernidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 415-432.

SEELAENDER, Airton L. C. L.; CASTRO, A. R. de. Um jurisconsulto adaptável - Francisco Campos (1891-1968). In : **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro.** MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha (Orgs.). 1 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2010.

SENADO FEDERAL. **Pinto Ferreira.** Disponível em:
<<http://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/2976>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SKINNER, Quentin. **Visions of Politics: Regarding Method.** Cambridge: Cambridge University Press, 2002. V.1.

STOLLEIS, Michael. **A History of Public Law in Germany: 1914-1945.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. **Juristen:** Ein biographisches Lexikon: Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. München: Beck, 2001.