
O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Newton de Oliveira Lima*

Alex Jordan Soares Monteiro Mamede**

Lirton Nogueira Santos***

Isaac Maynard Moyses Souza****

RESUMO

Descrever e analisar com base no constitucionalista e jusfilósofo austríaco de origem judaica Hans Kelsen e no filósofo político e jurista católico alemão Carl Schmitt os pressupostos clássicos da teoria geral do constitucionalismo e seu contexto histórico-político formativo no primeiro quarto do século XX, mas a partir da virada neoconstitucionalista no âmbito histórico após a II guerra mundial, fazer uma reflexão sobre a situação atual da hermenêutica constitucional e seus meandros interpretativos das questões políticas da atualidade, sem perder de vista a normatividade constitucional e seu valor procedimental no impacto reformador da democracia; é de se rever a possibilidade de se fazer com ganho científico e social a atividade hermenêutica da Carta da República atualmente, nesse aspecto, a renovação da acepção estatal e axiológica da constituição e da significação normativa e judicial da sua interpretação, ainda encontram fortalecimento com a irradiação dos efeitos doutrinários vindos de Kelsen e Schmitt.

275

Palavras-chave: teoria da constituição; normativismo; decisionismo.

ABSTRACT

To describe and analyze, based on the austrian constitutionalist and legal philosopher of jewish origin Hans Kelsen and the teutonic political philosopher and catholic jurist Carl Schmitt, the classical assumptions of the general theory of constitutionalism and its formative historical-political context in the first quarter of the 20th century, but from the neo-constitutionalist turn in the historical context after World War II, to reflect on the current situation of constitutional hermeneutics and its interpretative intricacies of current political issues, without losing sight of constitutional normativity and its procedural value in the reforming impact of democracy; it is necessary to review the possibility of carrying out the hermeneutic activity of the Charter of the Republic with scientific and social gain currently, in this aspect, the renewal of the state and axiological meaning of the constitution and the normative and judicial significance of its interpretation, still find strengthening with the irradiation of the doctrinal effects coming from Kelsen and Schmitt.

Key-words: theory of constitution; normativism; decisionismo.

* Professor da Universidade Federal da Paraíba, na graduação e pós-graduação em Direito. Doutor em Filosofia pela UFPB. Mestre em Direito pela UFRN.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Servidor da Justiça Federal do Rio Grande do Sul.

*** Professor da Universidade Estadual do Piauí; mestre em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela UFPE; Juiz de Direito do TJ-PI.

**** Doutorando em Direito pela UFMG. Advogado. Professor substituto da UEMG.



INTRODUÇÃO

No momento em que todos são chamados a dialogar sobre o papel dos tribunais constitucionais e as implicações do maior protagonismo judicial na tomada de decisão sobre valores fundamentais da sociedade, o presente artigo pretende discutir as especificidades dos pressupostos que amparam o papel que deve assumir o judiciário em uma democracia constitucional, bem como os limites políticos da atuação judicial.

Em pleno paradigma de um Estado dito e escrito democrático é crucial o constrangimento das decisões judiciais à crítica epistemológica vigilante, com vistas a evitar arbitrariedades, decisionismos e violações de direitos fundamentais. Além disso, é importante revisitar as bases dos debates entre Kelsen e Schmitt acerca da jurisdição constitucional, uma vez que foram capazes de antecipar muitas das discussões que permanecem até os dias de hoje.

E em um cenário em que o Supremo Tribunal Federal, elevado à condição de principal guardião da Constituição de 1988, assume um papel cada vez mais decisivo nos rumos políticos e no cotidiano do país, impõe-se a relevância do debate acerca dos limites da atuação do tribunal constitucional para a preservação do próprio equilíbrio dos valores constitucionais.

De início será analisada a tese schmittiana do presidente do Reich como guardião da Constituição, bem como o estado de exceção permanente instaurado na República de Weimar por meio do seu art. 48.

Depois, abordar-se-á o debate entre Kelsen e Carl Schmitt acerca do órgão estatal mais apto para o exercício do papel de guardião da Constituição, bem como as preocupações trazidas pelo próprio Kelsen acerca de eventuais abusos do tribunal constitucional

Por fim, serão analisados os riscos do uso desmedido dos princípios jurídicos dentro do marco do que se convencionou chamar como neoconstitucionalismo.

1 O PRESIDENTE DO REICH COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ART. 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

A discussão acerca do papel do tribunal constitucional e a quem compete a guarda da Constituição no âmbito de uma democracia constitucional imediatamente nos remete ao debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Por um lado, Kelsen defendia que um tribunal



constitucional - com um modelo de controle concentrado nos moldes da Constituição austríaca de 1920¹ - reunia condições para exercer o papel de guardião da Constituição. Por outro lado, Carl Schmitt defendeu que era o presidente do Reich alemão quem reunia as melhores condições para o exercício de tal tarefa. (Bercovici, 2003).

Se - por um lado - Kelsen defendeu a ideia de um equilíbrio constitucional entre os poderes, Schmitt depositou bastante confiança na figura do presidente do Reich, o qual ele definiu como responsável por assegurar a homogeneidade das massas e a concretização do espírito do povo alemão. Dessa forma, Schmitt não apenas afirma que o chefe de Estado é o órgão mais apto a ser o guardião da Constituição, mas também que, segundo a Constituição de Weimar, o guardião é o presidente do Reich e apenas ele (Schmitt, 2007).

A defesa do presidente do Reich como guardião da Constituição é influenciada pela polêmica percepção schmittiana de democracia como igualdade fundada na homogeneidade – e não na liberdade. Sendo assim, essa noção de democracia como homogeneidade conduz à sua interpretação de que a democracia pode excluir parte da população do usufruto de direitos políticos ou até mesmo submetê-la à segregação social. Sendo assim, para Schmitt, “uma democracia pode excluir uma parte da população dominada pelo Estado sem deixar de ser democracia” (Schmitt, 1990, p.13)². Verifica-se que Schmitt promove uma dissociação entre democracia e liberdade, o que o leva a concluir, por exemplo, que o bolchevismo e o fascismo são ditaduras antiliberais, “mas não necessariamente antidemocráticas”. (Schmitt, 1990, p.21). Schmitt, ao contrário de Kelsen, é um crítico da democracia parlamentar-liberal, pois mantém a crença de que a verdadeira democracia exige uniformidade e identidade. Além disso, entende que a verdadeira representação espiritual só se pode encarnar num líder identificado com o seu povo (Bárcena; Tejada, 2022).

Em busca dessa homogeneidade e unidade do povo alemão, Schmitt enxerga que a literalidade da Constituição de Weimar dá respaldo à sua tese. Sendo assim, ele qualifica como característica do guardião da Constituição quase todas as atribuições atribuídas ao presidente do Reich: representação no exterior, declaração de guerra, conclusão da paz, nomeação de funcionários, comando supremo das Forças Armadas, convocação de plebiscito

¹ Kelsen, inclusive, foi autor do projeto da Constituição austríaca votado em 1920 (Kelsen, 2003, p. 124) e juiz da Corte Constitucional da Áustria durante 9 anos (1921-1930) (Ferraz Jr, 2001, p. XIII).

² No original: “Por lo demás, hay que añadir que una democracia, dado que a una igualdad corresponde siempre una desigualdad, puede excluir a una parte de la población dominada por el Estado sin dejar de ser por ello una democracia, que, incluso, siempre han existido en una democracia esclavos o personas total o parcialmente privadas de sus derechos y relegadas de la participación en el poder político, se llamen como se llamen: bárbaros, ateos, aristócratas o contrarrevolucionarios.” (Schmitt, 1990, p.13).



popular, poderes para dissolver o *Reichstag* e para suspender alguns direitos fundamentais. Essas prerrogativas funcionariam como o instrumental necessário para que o presidente possa se unir diretamente à “vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão” (Schmitt, 2007, p.234).

Pode-se afirmar que Schmitt defendia uma interpretação do modelo constitucional baseada em dois elementos consecutivos: “um presidente forte, plebiscitário e espiritual, e uma utilização cada vez mais intensiva dos poderes excepcionais atribuídos no art. 48 da Constituição de Weimar” (Bárcena; Tejada, 2022, p.239).

A história do art. 48 da Constituição de Weimar é entrelaçada com a história da Alemanha no período entre as duas grandes guerras. A exata compreensão da ascensão de Hitler ao cargo de chanceler em 1933 perpassa por uma “análise preliminar dos usos e abusos desse artigo nos anos que vão de 1919 a 1933”. (Agamben, 2004, p.28).

O artigo 48 acrescentava que uma lei definiria, nos aspectos particulares, as modalidades do exercício do poder presidencial. Dado que essa lei nunca foi votada, os poderes excepcionais do presidente permaneceram de tal forma indeterminados

278

Os governos da República de Weimar 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” (Agamben, 2004, p.29). Além disso, o uso dos plenos poderes do art. 48 forneceu a moldura legal para prender “milhares de militantes comunistas e para instituir tribunais especiais habilitados a decretar condenações a pena de morte” (Agamben, 2004 p.29).

Em seus últimos anos, a República de Weimar viveu inteiramente em regime de estado de exceção. A esse respeito, Agamben (2004, p.29) afirma 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”³.

³ Em julho de 1930, o governo Brüning foi posto em minoria. Ao invés de apresentar seu pedido de demissão, Brüning obteve do presidente Hindenburg o recurso ao art. 48 e a dissolução do Reichstag. A partir desse momento, a Alemanha deixou de fato de ser uma república parlamentar. O parlamento se reuniu apenas sete vezes, durante não mais que doze semanas, enquanto uma coalizão flutuante de socialdemocratas e centristas limitava-se ao papel de espectadores de um governo que, então, dependia só do presidente do Reich. Em 1932, Hindenburg, reeleito presidente contra Hitler e Thalmann, obrigou Brüning a se demitir e nomeou em seu lugar o centrista Von Papen. No dia 4 de junho, o Reichstag foi dissolvido e não foi mais convocado até o advento do nazismo (Agamben, 2004, p.29).



Outro evento que contribuiu decisivamente para a diminuição da resistência ao partido nazista ocorreu no dia 20 de julho de 1932, quando ocorreu o episódio conhecido como *Golpe contra a Prússia*. Com a declaração do estado de exceção no território prussiano por meio do acionamento do art. 48 da Constituição de Weimar, o chanceler Von Papen foi nomeado comissário do Reich para a Prússia, expulsando o governo social-democrata de Otto Braun. A justificativa apresentada para o *Golpe contra a Prússia* foi restaurar a segurança pública e a ordem no estado da Prússia. Contudo, a verdadeira razão que motivou esse ataque era retirar o controle da Prússia dos social-democratas, os quais foram substituídos por comissários do Reich (Evans, 2011). Na prática, a intervenção contribuiu para o fortalecimento do partido nazista em âmbito nacional, vez que por meio dessa intervenção federal foram conferidos amplos poderes sobre os *Länder*, as regiões administrativas tradicionais das antigas regiões culturais alemãs.

No dia 27 de fevereiro de 1933, o prédio do Reichstag foi parcialmente incendiado e, no dia seguinte, menos de um mês após assumir como chanceler, Hitler conseguiu que o presidente Hindenburg promulgasse o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais, o que permitiu que o governo realizasse prisões sem mandados judiciais⁴. Além disso, o decreto também centralizou a polícia sob a autoridade do Ministro do Interior Wilhelm Frick. O decreto nunca foi confirmado pelo parlamento e nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos. (Agamben, 2004, p.12-13).

As milhares de prisões e as perseguições políticas nas semanas seguintes ao incêndio do Reichstag prejudicaram severamente as campanhas dos comunistas e dos social-democratas para as eleições parlamentares de março de 1933, o que afetou o resultado das eleições e favoreceu o partido nazista. Nesse clima de perseguição, Hitler apresentou ao parlamento o projeto da Lei Habilitante, que lhe daria o poder legislativo por quatro anos. Para conseguir a aprovação do projeto, alterou-se as regras do procedimento para considerar cada ausência injustificada como um voto favorável.

⁴ Nas semanas seguintes, Hitler e Göring persuadiram um gabinete, já disposto a isso, a suprimir efetivamente o Partido Comunista. Quatro mil comunistas, incluindo praticamente toda a liderança do partido, foram presos na mesma hora, espancados, torturados e jogados em campos de concentração recém-criados. Não houve afrouxamento na campanha de violência e brutalidade nas semanas seguintes. No final de março, a polícia prussiana registrava 20 mil comunistas na prisão. No verão, mais de cem mil comunistas, social-democratas, sindicalistas e outros haviam sido detidos; até mesmo as estimativas oficiais fixavam em 600 o número de mortos sob custódia. (Evans, 2011).



Ademais, com base no decreto promulgado pelo presidente Hindenburg, foram presos 81 deputados do partido comunista e 26 deputados do partido social-democrata foram impedidos de participar da votação. Nesse cenário de coerção, as ausências foram consideradas injustificadas e em 23 de março de 1933 a Lei Habilitante é aprovada, tendo apenas 94 votos contrários dos deputados social-democratas presentes, o que permite a Hitler governar por decreto sem prestar contas ao Reichstag ou ao presidente⁵ (Evans, 2011).

Após a aprovação da Lei Habilitante, as semanas seguintes foram marcadas por leis destinadas a extirpar os inimigos políticos da vida pública alemã, tal como a Lei de Restauração do Serviço Público Alemão que, em 07 de abril de 1933, afastou sumariamente de seus cargos os servidores públicos de ascendência judaica e os opositores do regime nazista. Dois anos depois, em maio de 1935, uma nova lei vedava expressamente a concessão de pedidos de cidadania a judeus e outros não arianos. Meses depois, em setembro de 1935, foram criadas mais leis de segregação racial, que proibiam a união matrimonial, coabitação, relações de emprego domésticas e relações sexuais entre judeus e alemães. Considerava-se judeu não apenas quem praticava a religião judaica, mas também quem estivesse enquadrado em critérios bastante arbitrários baseados na origem dos quatro avós de um indivíduo. A partir desses critérios se estabelecia se ele era alemão (os quatro avós alemães), judeu (quatro ou três avós judeus) e mestiço se descendia de um ou dois judeus⁶. Posteriormente, as medidas persecutórias foram se avolumando e estendidas em decretos complementares para outros grupos de indivíduos, tais como mestiços, negros, ciganos e deficientes físicos (Evans, 2011).

Essas leis contemplaram pontos do programa do partido nazista adotado desde 1920, o qual prevê que todos os cargos públicos devem ser preenchidos apenas pelos cidadãos, bem como que apenas um membro da raça ariana com sangue alemão pode ser um cidadão e que nenhum judeu pode ser um membro da raça. (Evans, 2011).

O fim da República de Weimar e a perseguição contra os etiquetados como inimigos do regime mostram que a ditadura constitucional funciona, sobretudo, como “uma fase de transição que leva fatalmente a instauração de um regime totalitário” (Agamben, 2004, p.29). Esse estado de exceção permanente permitiu que o regime nazista detivesse o poder necessário para negar o reconhecimento da cidadania dos judeus alemães para depois expulsá-

⁵ No ano seguinte, em 02 de agosto de 1934, morre o presidente Hindenburg e há a unificação dos cargos de presidente e chanceler.

⁶ Os legisladores reconheceram a arbitrariedade dessas medidas incluindo uma cláusula final para Hitler conceder isenções sempre que e para quem lhe agradasse. Com o tempo, ele de fato fez isso, ou outros fizeram em seu nome, aplicando um carimbo com sua assinatura em um documento conhecido como Declaração de Sangue Alemão (Evans, 2011).



los como apátridas e, por fim, reagrupá-los em todos os lugares em que passassem para levar a cabo a solução final nos campos de extermínio (Arendt, 1989). Verifica-se que “a ruptura totalitária opera, na prática, através do isolamento, que destrói a possibilidade de uma vida pública autêntica” (Lafer, 1988, p.28). Além disso, a ruptura totalitária é capaz de promover a desolação, que “impede a vida privada, exacerba o desenraizamento e dificulta o pensamento” (Lafer, 1988, p.28).

2 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DOS ÓRGÃOS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Kelsen (2003) não nega que o presidente da Reich também deve defender os valores constitucionais, pois compreende que a guarda da Constituição é uma das tarefas do chefe de Estado. No entanto, embora reconheça que essa tarefa deve ser exercida de forma compartilhada, busca demonstrar que o Tribunal Constitucional é o mais apto pois reúne as melhores condições para o exercício dessa missão.

281

Além disso, a percepção de Kelsen acerca do conceito de democracia é frontalmente contrária à de Schmitt, contrapondo-se à defesa de Schmitt da ditadura presidencial como forma de salvar o Estado.

Nesse debate, podemos observar uma faceta de Kelsen pouco mencionada, que é a sua preocupação com a concentração de poder estatal e o autoritarismo. É preciso desmitificar Kelsen como um teórico despreocupado dos problemas concretos, pois a sua trajetória é de “um publicista ferrenhamente defensor da democracia e da formação plural e democrática das leis no parlamento.” (Bahia, 2004, p.89).

Ademais, Kelsen defende que não é o parlamento o principal responsável por assegurar a guarda e a supremacia da Constituição. Pois é necessário um órgão diferente e independente do principal órgão responsável pela criação das leis, e um tribunal constitucional está em uma posição mais adequada e independente para a anulação dos atos inconstitucionais (Kelsen, 2003).

Claro, Kelsen não é ingênuo. Não é que ele desconsidere a possível influência do político sobre o jurídico, não é por esse caminho que ele segue. Apesar de mencionar um projeto em que propõe a necessidade da figura do “especialista” no Tribunal Constitucional, uma espécie de intelectual do Direito que conseguiria se eximir de influências políticas o quanto possível, percebendo a complexidade da realidade, Kelsen expõe que, “na dúvida” sobre a viabilidade



desse *expert* conseguir se manter firme diante da sedução política, melhor seria criar uma espécie de Tribunal Constitucional dual, com uma ala política e uma ala técnica (Kelsen, 2003, p.154-155).

A defesa do tribunal constitucional está associada à importância que Kelsen atribui ao equilíbrio constitucional, uma vez que o verdadeiro sentido do princípio da separação dos poderes em uma democracia é o do equilíbrio constitucional. Dessa forma, a divisão ou repartição do poder não se dá meramente com o intuito de isolar os órgãos, mas sim “para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros” (Kelsen, 2003, p.152).

Essa repartição e aperfeiçoamento do controle recíproco por meio do tribunal constitucional evita a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão, bem como traz menos riscos à democracia na medida em que diminui a possibilidade do exercício de poderes ditatoriais pelo Executivo ou inércia do Legislativo diante de leis inconstitucionais (Kelsen, 2003).

3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, NEOCONSTITUCIONALISMO(S) E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

282

A Constituição brasileira de 1988 faz uso do controle concentrado de inspiração kelseniana, bem assim adere à tese de que todos os poderes devem exercer o papel de guardiões da Constituição (art. 23, I, CF), com destaque para o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe exercer tal missão como função precípua (art. 102, caput, CF). No entanto, o exercício da jurisdição constitucional precisa observar certos limites para que não usurpe competências dos demais Poderes.

Em 1928, Kelsen já vislumbrava possíveis problemáticas resultantes de abusos cometidos pelo tribunal constitucional em face da atuação do governo e do parlamento, inclusive com o uso abusivo de cláusulas abertas associadas à moralidade subjetiva do magistrado. Ele alertava que caso se deseje restringir o poder dos tribunais constitucionais, e, assim, o caráter político da sua função, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder (Kelsen, 2003, p.280). Pois a atuação judicial pautada com foco em termos vagos como liberdade, igualdade ou justiça pode ensejar uma transferência de poder do parlamento para uma instância externa a ele (Kelsen, 2003, p.168)



Kelsen alerta que o manejo sem critérios de termos vagos abre margem para que os juízes apliquem a sua noção do que é justiça em confronto com a moralidade pública da maioria da população, de modo que alguns poucos juízes poderiam aplicar a sua noção subjetiva de justiça em oposição à sociedade e ao próprio parlamento (Kelsen, 2003, p.169).

Para Kelsen, uma forma de evitar esse deslocamento de poder do parlamento para uma instância a ele estranha é a criação de um tribunal constitucional acompanhada de uma cautela no uso de expressões vagas. E em relação aos princípios relativos ao conteúdo das leis, dever-se-á “formulá-los da forma mais precisa possível” (Kelsen, 2003, p.169-170, 280).

Após o segundo pós-guerra, a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais ganharam força e relevância, de modo que a judicialização de temas sensíveis à sociedade passou a ser objeto de deliberação e resolução dos tribunais constitucionais, os quais assumiram o papel de principal responsável pela guarda da Constituição. Isso trouxe novas problemáticas relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais, aos quais todos os poderes estatais estão vinculados, mas que pode representar uma abertura do sistema jurídico diante da moral por meio de princípios. Daí que a autonomia do sistema jurídico em uma sociedade complexa demanda o manejo adequado dos princípios, pois o seu uso desmesurado a título de adorno argumentativo pode servir “retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a autoconsciência constitucional da respectiva ordem jurídica” (Neves, 2013, p.129).

Na esteira da crítica ao abuso de princípios, Marcelo Neves (2013) afirma que os princípios são normas que possibilitam o “balizamento e a construção ou reconstrução de regras” (Neves, 2013, p.103). Por isso a autonomia do sistema jurídico em uma sociedade complexa demanda o manejo adequado dos princípios, pois o seu uso desmesurado a título de adorno argumentativo pode servir “retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a autoconsciência constitucional da respectiva ordem jurídica” (Neves, 2013, p.129). Esse fenômeno que se convencionou como neoconstitucionalismo trouxe novas preocupações relativas aos riscos que as importações acríticas estrangeiras podem provocar em uma atuação judicial sem limites claros ou bem definidos a partir do uso abusivo de princípios.

A simplificação do debate constitucional, no sentido de reduzi-lo a um meta-princípio amplamente aberto, facilita a intromissão de uma moral solipsista⁷ como fator corretivo dos

⁷ Não é impossível compreender que no constitucionalismo contemporâneo pós-II guerra há uma incindibilidade entre o direito e a moral. As contingências históricas das contradições sociais fazem com que ocorra a institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente. A cooriginariedade do direito e da moral e a transição do segundo para o primeiro são possíveis em virtude do reconhecimento da intersubjetividade dos direitos recíprocos dos diversos grupos sociais. Importa rememorar, que a



direitos de uma sociedade plural. A preferência pessoal do intérprete, escamoteada sob a capa da axiologia particularista, gera um estranhamento à Constituição. Exemplo disso é que no caso brasileiro o uso do fundamento da dignidade humana assume contornos dramáticos no contexto das controvérsias constitucionais, pois pode ser invocado para afastar regras constitucionais precisas e, por mais paradoxal que pareça, pode servir para gerar “a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica” (Neves, 2013, p.194).

O principal problema que circunda a incidência do suporte fático do princípio da dignidade humana é a falta de critério para o emprego desse princípio constitucional. O conteúdo da dignidade humana possui uma grande abstratividade, o que leva a uma maior vagueza semântica e a interpretações radicalmente diferentes.

Desse modo, a utilização desse princípio constitucional demanda cautela, pois o seu uso sem nenhum critério pode-lhe provocar uma anemia significativa. Logicamente, não se busca um conceito fechado, hermético e refratário da dignidade humana, até porque a abertura é fundamental para que o princípio da dignidade humana desempenhe o seu papel de proteção da pessoa humana diante de riscos e ameaças que nem sempre podem ser antecipados (Sarmiento, 2016).

Dessa maneira, para que o princípio da dignidade humana cumpra as suas funções, necessitamos evitar o seu uso desmedido, inflacionário e significativamente anêmico, até mesmo para fortalecer a importância desse princípio constitucional. De modo infeliz, essa aparente supervalorização não corresponde a um aumento da força normativa do princípio da dignidade. Muito pelo contrário, a aplicação inflacionária e descriteriosa pode levar “a sua banalização, a perda do seu valor e de sua força normativa, gerando uma situação em que tudo é dignidade humana e, ao mesmo tempo, nada é” (Berdine; Andrade; Costa, 2016, p.52).

Logo, são merecedoras de críticas as decisões da 2ª Turma do STJ, por exemplo, que inflacionam e descaracterizam as dimensões da dignidade humana para aplicar o direito ao mínimo existencial às pessoas jurídicas⁸. Sendo também passíveis de críticas a sua utilização

intersubjetividade é o ponto de estofo do irrisório respeito aos direitos das minorias, por isso, é inconcebível que o intérprete mediante sua moral solipsista corrija o direito/moral institucionalizado. É nesse sentido que Adeodato (2007, p.122) vai dizer que: “o postulado inicial aqui é que não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que hoje se chamam o político e o jurídico pertencem ao significado do termo ética. Isso não implica dizer que normas morais, normas de trato social, normas religiosas, normas jurídicas e políticas não se distinguem, mas apenas vêm confirmar sua origem comum, os limites imprecisos entre elas e, principalmente, sua função social semelhante”.

⁸ Como menciona Sarmiento (2016, p.213), em pelo menos duas decisões, ambas da relatoria do Min. Castro Meira, o STJ aludiu *en passant* ao mínimo existencial de pessoas jurídicas. Tratava-se, em ambos os casos, de



em decisões sobre a proibição de briga de galo⁹; a compensação de tributos recolhidos por pessoas jurídicas¹⁰; ou a incorporação ao salário de gratificações percebidas pelo empregado¹¹.

Acrescente-se a isso, que a dignidade humana, pela sua plasticidade e pela amplitude do seu campo de incidência, possibilita aos juízes, que não são eleitos, uma ferramenta poderosa para a imposição de sua moralidade subjetiva, muitas vezes em detrimento das leis resultantes das deliberações dos representantes do povo.

Diante disso, Sarmiento (2016) alerta que o uso sem critério do princípio da dignidade humana agrava a dificuldade contramajoritária do exercício da jurisdição constitucional, entrando em tensão com a democracia. Aqui reside um ponto interessante e paradoxal: embora a dignidade tenha ligação profunda com a própria democracia, o abuso do princípio no discurso judicial pode significar menos autonomia pública para as pessoas – logo, menos dignidade – em uma das suas dimensões.

Dessa forma, devemos estar atentos ao uso adequado do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como à invocação inflacionada de princípios jurídicos. Pois a criação de princípios sem força normativa – a partir dum grau zero de sentido e historicidade - resulta no enfraquecimento do imperativo de observância dos direitos e garantias fundamentais.

O juiz/intérprete que enaltece a criação de princípios e relega as regras não pode ser tratado como símbolo do bom e justo. De igual modo, o juiz que aplica as regras e entende o caráter incindível das regras e dos princípios não pode ser tratado, muitas vezes

285

discussão sobre a penhora *on line*, em que a Corte afirmou que caberia “ao juízo da execução o conhecimento de hipóteses concretas, em que a execução se verifique extremada e altamente danosa a ponto de sonegar do devedor o mínimo existencial para a sua sobrevivência, como a paralisação da atividade empresarial, no caso particular de pessoa jurídica” (o texto figura nas duas decisões). Superior tribunal de justiça, 2ª turma, Agr. no rEsp 1217839, rel. Min. Castro Meira, julg. 18.11.2011; e 2ª turma, Agr. no rEsp 1182130, rel. Min. Castro Meira, julg. 18.11.2010.

⁹ Supremo Tribunal Federal. ADI 1856, rel. Min. Celso de Mello, julg. 26.05.2011. A fundamentação baseada na dignidade encontra-se no voto do Ministro Cezar Peluso: “[...] acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”

¹⁰ Superior tribunal de justiça. Resp. 503990, 1ª turma, rel. Min. José Delgado, julg. 23.09.2003. Consta do acórdão: “1. A compensação tributária, conforme prevista no art. 66 da lei nº 8.383/91, é um direito do contribuinte. 2. Odiosa é qualquer pretensão de impor limites temporais e percentuais à referida compensação quando ela for utilizada para reaver quantias que foram pagas a título de tributo cuja exigência foi considerada inconstitucional. 3. Os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional que exige respeito à dignidade da pessoa humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada”.

¹¹ Tribunal Superior do Trabalho. recurso de revista 392441-61.1997.5.06.5555, 5ª turma, rel. juiz Convocado Waldir Oliveira da Costa, julg. 07.03.2001. A decisão está assim fundamentada: “Em razão dos princípios constitucionais que resguardam a estabilidade econômica do contrato de trabalho (CF, art. 7º, VI) e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), faz jus à manutenção da gratificação a empregada que deixa o exercício da função de confiança, depois de 10 (dez) anos, e reverte ao cargo efetivo”.



acintosamente, como o intérprete positivista e retrógrado. Afinal, não podemos conceber que quem observa a lei seja tratado como positivista, e quem a descumpra de maneira arbitrária seja denominado como pós-positivista.

Na época do nazismo, por exemplo, os princípios eram sobrelevados em detrimento das regras que fossem de encontro ao projeto nazista. Por isso, impuseram aos julgadores que “as normas fossem interpretadas, em *ultima ratio*, de acordo com a vontade do *Führer* (era o *Führerprinzip*)” (Streck, 2009, p.99). Certamente, uma ordem jurídica que resguarda a tradição e integridade do Direito, torna pernicioso a manutenção de um regime de exceção maleável aos impulsos autoritários do Poder Executivo.

A revisitação histórica dos modelos autoritários é assertiva nesse respeito. Durante o ápice do nacional-socialismo, parte considerável dos próprios juristas amparavam os fins antidemocráticos, proclamando “a importância de princípios orientados por valores e teleologias” (Neves, 2013, p.173).

Não podemos esquecer a responsabilidade política inerente à compreensão hermenêutica. O que se aduz sobre um texto normativo é umbilicalmente associado a quem o diz, aos seus desideratos e ao momento em que a interpretação ocorre.

As nuances do neoconstitucionalismo prevalente, segundo Humberto Ávila (2009, p.19), reflete “uma espécie enrustida de ‘não constitucionalismo’: um movimento ou ideologia que barulhentosamente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate clássico entre Kelsen e Schmitt reflete sobre a ideia de validade x legitimidade da processualização da vida constitucional e não somente sobre sua existência abstrata e procedente de um fundamento último. Não é a ideia de constituição algo apolítico ou avalorativo, nisso Kelsen e Schmitt concordam (apesar da diferença metafísica entre o subjetivismo psicológico de Kelsen com o concretismo dos valores em Schmitt), ambos somente discordam de como a constituição poderia ser interpretada e protegida em sua normatividade incidente; os valores políticos e o processo político-estatal são centrais na visão do guardião da Constituição de Schmitt, já o processo político-axiológico em Kelsen serve de paradigma à política constitucional na interpretação da Constituição.



Os princípios constitucionais e suas formulações paradigmáticas, junto com as normas constitucionais são mais afeitos que as infraconstitucionais ao processo de hermenêutica política; hoje, o decisionismo do judiciário dominante sobre o processo constitucional pátrio, provém quanto ao conteúdo da interpretação mais do que o normativismo de Kelsen. Este, redivivo hoje, seria um antídoto ao neoconstitucionalismo exacerbado pelo decisionismo concretista inspirado em Schmitt; daí a combinação das influências resplandcentes de ambos os mestres clássicos ser uma forma de passar da teoria à prática na hermenêutica constitucional, equilibrando a concepção normativa-principiológica formalista de Kelsen ao princípio de construção axiológica concretista de Schmitt. A visão conceitual de Kelsen sobre a norma, como formalista e legalista, dentro do Direito positivo como modelo ontológico do ordenamento, deve ser criticada pela ideia da Política como fortalecimento da consciência constitucional doas gentes cívicos e públicos que vivem o processo constitucional (Loewenstein, 1986), que se reflete sobre valores e normas.

REFERÊNCIAS

287

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.17, 2009.

BAHIA, Alexandre. Controle concentrado de constitucionalidade: O “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 164, p. 87–104, 2004.

BÁRCENA, Josu de Miguel; TEJADA, Javier. **Kelsen versus Schmitt**: política e direito na crise do constitucionalismo. Lisboa: AAFDL Editora, 2022.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, p. 195–201, 2003.

BERDINE, Bianca; ANDRADE, P.C.; COSTA, R.R. da. Os Problemas da Aplicação do Princípio da Dignidade Humana em um Contexto Neoconstitucionalista. **Nomos**. Fortaleza, v. 36, p. 37-56, 2016.



EVANS, Richard J. **O Terceiro Reich no poder**. Tradução Lúcia Brito. 1. ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Prólogo.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Barcelona: Ariel, 1986.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Sobre el parlamentarismo**. Tradução: Thies Nelsson Y Rosa Grueso. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

288

