

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O EMBATE QUE O ANTECEDE EM KELSEN E SCHMITT

*Paulo Junior Trindade dos Santos^{1**}*

Resumo: A investigação se dá na *Jurisdição Constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt*, pois foram nítidos os embates teóricos dentro de um contexto que fizeram com que se desse o desfecho do que se refere ao controle de constitucionalidade. Portanto, já instituído na Constituição Austríaca, enquanto na Constituição de Weimar no que se refere a análise dos artigos 19 e 48 nascem duas correntes, a que Kelsen defende o Tribunal Constitucional como Guardiã Constitucional e já Schmitt defende que o Guardiã deve ser o Presidente do Reich. A teoria de Schmitt não houve prosperado enquanto a de Kelsen tomou larga parte das Constituições posteriores ao embate. Até então na Lei Fundamental do Bonn, instituiu-se o controle de constitucionalidade para o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Guardiã Constitucional. Tribunal Constitucional. Presidente do Reich. Weimar.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo central do ora trabalho e demonstrar os artigos 19 e 48 da Constituição Weimar, que originaram o embate entre as teorias de Schmitt e Kelsen expoentes no que se refere ao

¹ Mestrando e Bolsista CAPES pela Universidade de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo; Especialista em Direito Processual Civil e Trabalhista – Associação dos Magistrados da 12ª Região (AMATRA12) em parceria com a Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) - Xanxerê. Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: paulojuniortrindadedossantos@hotmail.com

Direito, em específico na Teoria Geral do Estado e no que tange ainda ao Direito Internacional. Deste embate, surgem os delineamentos do controle de constitucionalidade, apontando assim, qual dos poderes do Estado deve ser o Guardião das Promessas dilapidadas na Constituição.

Deixou-se de lado alguns aspectos, sendo eles a análise mais profunda das obras que serão objeto da reformulação deste artigo, sendo elas, **Jurisdição Constitucional** de Kelsen e **La Defensa de la Constitución** de Schmitt.

Apresentar-se-á a literalidade dos artigos 19 e 48 da Weimar, tendo as análises dos mesmos, como eram vistos pelos autores e pelas suas análises, pois em se tratando do artigo 19, Kelsen defende por ele que o controle de constitucionalidade deve ser feito pelo Tribunal de Justiça Constitucional, pois Schmitt reprova a aplicação do artigo, pois o mesmo alude que a “execução” das decisões do ora Tribunal deve ser realizada pelo Presidente do *Reich*, neste sentido, a execução passa o sentido de controle. Portanto, Kelsen, defende este órgão como Guardião da Constituição, pois se acostava na tripartição de poderes de Montesquieu onde defendiam que órgão de controle seria o Judiciário.

Quanto ao que se refere ao artigo 48 da Constituição Weimar, dá realmente amplos poderes ao Presidente do *Reich*, ainda mais no que se refere ao contexto em que se vive, entre meio as Grandes Guerras Mundiais, fazendo assim que as decisões sejam refletidas no presidente responsável pela unidade do povo. Faz algo fundamental para a defesa de que o Presidente seja o Guardião da Constituição, ou seja, argumenta frente a um tríade defensivo para com o artigo 48, assim expõe a defesa de uma interpretação extensiva do artigo, além de acostar-se em fatores históricos da teoria de Benjamin Constant, e por fim, pelo pluralismo do Parlamento.

Se finda com algumas análises ao que se refere a Constituição Weimar com a posterior Constituição do Bonn, apresen-

tando algumas diferenças, pois na Lei Fundamental do Bonn, outorga-se nela o Tribunal Constitucional, onde vê-se que a teoria de controle de constitucionalidade de Kelsen foi muito bem aceito mundialmente.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O EMBATE QUE O ANTECEDE EM KELSEN E SHMITT²

Por diversos anos, Kelsen e Schmitt vinham elaborando escritos críticos, um contra o outro em diversas temáticas, sendo que, muitos contrapontos aqui não serão debatidos, para sim, seguir a temática abordada no que se refere a “quem deve ser o Guardião da Constituição”.³

Contextualize-se que, o embate entre Kelsen e Schmitt fica mais acirrado com a promulgação das Constituições da Alemanha e da Áustria subsequentemente, sendo que nesta ultima insere em seu texto o Tribunal Constitucional que em decorrência nasce o controle de constitucionalidade concentrado, adotando as teorias de Kelsen neste sentido, haja vista, que nos Estados Unidos embora tenha nascido o controle de constitucionalidade na forma difusa.

A Constituição de Weimar é concluída em 11 de agosto de 1919 e pouco mais de um ano depois, em 1º de Outubro de 1920, foi promulgada a Constituição da República da Áustria. É no título IV da Constituição Austríaca que se insere o Tribunal Constitucional. Nasce o que viria a ser chamado “controle de constitucionalidade concentrado” a ser exercido por um órgão jurisdicional especiali-

2 Este artigo traz o começo de uma investigação, em que em um futuro próximo retratará em mais duas partes, sendo uma, **2 - O Presidente do Reich como Guardião da Constituição em Schmitt**; e a outra, **3 - O Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição em Kelsen**.

3 Schmitt había dedicado un artículo con este título en 1929, donde analizaba en de-talle la sentencia del 4 de noviembre de la Reichsgericht, recogido luego en CARL SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958. Estos análisis serán incorporados, resumidos y reelaborados en «La defensa de la Constitución», sobre el que centraremos el análisis (HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 202.)

zado e capaz de decidir sobre a validade das leis em face da Constituição.⁴

Kelsen e Schmitt tem alguns embates acerca de quem deve ser o Guardião da Constituição, de um lado Kelsen alude que deve ser o Guardião um Tribunal Constitucional, de outro lado, Schmitt aponta que quem deve ser o Guardião é o Presidente do Reich, sendo assim, antes de adentrar no profundo debate, apresenta-se os artigos da Weimar que fizeram com que surgissem essas digressões, sendo eles, o artigo 19 e o artigo 48 da Weimar, ambos sucessivamente aludidos:

Artigo 19 - Os litígios constitucionais que se suscitem num estado desprovido de tribunal competente para os dirimir e, outrossim, os litígios entre os diferentes Estados ou entre o Império e um estado, contando que não sejam de direito privado, são decididos, a requerimento de uma das partes, pelo Tribunal de Justiça de Estado para o Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro Tribunal do Império. O Presidente do Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro Tribunal de Justiça de Estado.⁵

(...)

Artigo 48 - Quando um Estado (Land) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada.

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

4 PINTO, Tácito Lívio Maranhão. **STF**: "...Precipuamente a Guarda da Constituição...". Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010. p. 242.

5 MIRANDA, Jorge (Org.). **Textos históricos do Direito Constitucional**. 2ªed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990. p. 273.

*De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento.*⁶

Pois muitos trabalhos científicos não trazem a baila os artigos 19 e 48, ambos da Weimar, que introduziram a grande discussão entre Kelsen (art. 19) e Schmitt (art. 48), pois aqui residem às celeumas de quem deve ser o guardião da constituição, para o primeiro deve-se formar um Tribunal Constitucional devidamente amparado pela Jurisdição Constitucional, já o segundo defende que a Constituição deve ser protegida e efetivada pelo presidente do Reich que é dotado de um poder Neutral.

No que tange a interpretação que Kelsen dá ao artigo 19, ele apresenta que os artigos 13 e 15, ambos aludem que nas “controvérsias de natureza não-privada”, ou seja, nas que envolvam-se um Estado-Membro [*Land*] e o *Reich*, devem ser decididas pelo Tribunal de Justiça, pois a execução de sua decisão deve ser realizada pelo Presidente do *Reich*.

Quanto ao primeiro ponto, estamos ante um defeito redacional que produz uma falta de clareza bastante grave. Depois que os arts. 13 e 15 prevêm a possibilidade de que determinadas controvérsias sejam decididas através do **Tribunal Federal de Justiça** [*Staatsgerichtshof*], o art. 19 estabelece em linhas bastante gerais que sobre “controvérsias de natureza não-privada” entre um estado e o *Reich*, desde que outra corte não seja competente, deve decidir – por provocação de uma das partes – o **Tribunal Federal, e que a sua decisão deve ser executada pelo presidente do Reich**. Uma vez o *Reich* – enquanto entidade parcial – tem tanto interesse em que um estado cumpra os deveres que lhe impõe o ordenamento total quanto um estado tem interesse em que o *Reich* – enquanto entidade

6 YENDO, Sergio Andrade. A atualidade da teorização acerca do guardião da constituição em Carl Schmitt e Hans Kelsen como base teórica para uma análise da emergência dos tribunais constitucionais como garantidores da constituição “impositiva”. Disponível em: <http://www.diritto.it/pdf/24510.pdf>. Acessado em: 03-04-2012.

parcial – não viole o ordenamento total, qualquer violação desse tipo pode apresentar-se como “controvérsia entre estado e Reich”.⁷

“El único elemento contractual de la Constitución weimariana es la organización federal, para lo cual el tribunal previsto en el artículo 19 es competente.”⁸ Por conseguinte, como Schmitt mesmo admite, o artigo 19 legitima o Tribunal Federal de Justiça como um tribunal que deve ser responsável pelo controle judicial das leis constitucionais, sendo que a proteção política da Constituição deve ser realizada pelo Presidente do Reich. Faz-se com que se apresente o ideário a respeito do artigo 19 na concepção de Schmitt, assim explanado por Herrera, que:

En una sentencia de 1927, la *Staatsgerichtshof*, que había sido prevista por el art. 19 de la R. V.⁹ y había sido instituida por ley en 1921, se había declarado, asimismo, como lo recuerda Schmitt, «protector de la Constitución del Reich». Para Schmitt, los Tribunales de Justicia pueden controlar las leyes simples con respecto a la ley constitucional, pero no pueden defender ni proteger la Constitución (Schmitt, op. cit., 43, 55). De este modo, Schmitt distingue entre control judicial y protección política, distinción esta que se deriva directamente de la separación schmittiana fundamental, ya expresada en la Teoría de la Constitución; entre Constitución, entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado, como forma sustancial de la unidad política, y ley constitucional, como la realización normativa, que presupone aquélla como su fundamento.¹⁰

Compreensível, que Kelsen não concorde com a teoria de Schmitt em que o Presidente Reich deve ser o Guardião da

7 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 95-96.

8 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 212.

9 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 208.

10 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 208.

Constituição por uma transgressão interpretativa do artigo 48, sendo que, a teoria de Schmitt pode ser conciliado com o artigo 19, que trata que se existir uma imposição de um dever contra o Estado, onde este não o cumprir, cabe ao Presidente do Reich à execução deste dever contra o Estado. Kelsen melhor explica que:

O art. 19, porém, não está sozinho. Evidentemente, sem que se tivesse consciência de todo o alcance do teor adotado no art. 19, formulou-se o art. 48-1, o qual, para certos casos já tratados no art. 19, vale dizer o não-cumprimento de um dever imposto ao estado, confia ao presidente do Reich a execução contra o estado. Porém sem uma referência clara ao procedimento prescrito no art. 19. Os dois artigos são, por seus teores, inconciliáveis. Assim, como acontece com frequência em erros redacionais, há duas possibilidades de interpretação: ou o art. 19 restringe o art. 48-1, ou este último restringe o primeiro.¹¹

Apresentou-se as mais variadas interpretações da Constituição Weimar, haja vista, que o sistema de controle de constitucionalidade segue classificação frente ao ensaio de “...Schmitt, podemos definir como «difuso», es decir, susceptible de ser ejercido por todos los jueces por vía incidental, tal como había sido confirmado por sentencia de la Reichsgericht del 4 de noviembre de 1925.”¹²

Neste mesmo ano, 1925 o Tribunal de Justiça Constitucional aplica-se, ou melhor, se institui pela literalidade do artigo 19 R.V. sendo a solução natural para os embates políticos e constitucionais, fazendo assim com que ocorra um tangencial crescimento de busca do Tribunal para resolução destas questões, pois:

11 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.96.

12 El art. 19 de la Constitución alemana decía: «Los litigios de orden constitucional que surgiesen en un Land que no posea una jurisdicción para su solución, así que las de-mandas de derecho privado entre Lándor o entre Reich y un Land serán juzgados, por de-manda de una de las partes en causa, por el Tribunal Supremo del Reich, salvo que otra jurisdicción federal sea competente. La sentencia del Tribunal será ejecutada por el presidente del Reich». (HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 206.)

... la gran extensión que desde 1925 adquirió la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán, especialmente en la práctica del art. 19 RV., dio pronto lugar a objeciones políticas y constitucionales que vinieron a entorpecer la expansión hacia lo judicial, estimula hasta entonces como una solución naturalísima. La práctica del art. 19 RV, ha llegado a determinar – exclusivamente sobre la base de precedentes – tanto el concepto de las cuestiones litigiosas en materia constitucional, que no se satisface con una ilimitada «definición» verbal (pleito constitucional es toda cuestión promovida acerca de un precepto de la Constitución), como el concepto de las «cuestiones constitucionales en el ámbito de un Territorio», como también, finalmente, el problema decisivo de la capacidad de las partes ante el Tribunal de Justicia Constitucional.¹³

Deve-se rematar, que pelo artigo 19, serve de precedente para conceito de litígio constitucional, limitando-se assim a questão verbal onde as questões de cunho constitucional devem ser resolvidas no âmbito de um Território. Corroborava Schmitt, que em dois Congressos discutiu-se muito “os litígios constitucionais de um Território” onde não se queria limitar, mas sim ampliar a competência dos Tribunais, foram assim:

Las proposiciones formuladas por los 33.º y 34.º Congressos de Juristas alemanes (*Heidelberg* 1924, *Colonia* 1926) intentan, especialmente, resolver o problema proponiendo que la competencia del Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán se amplie (según el art. 19 de la RV.) a los pleitos relativos al Reich, y no quede limitado, por el contrario, a los litigios constitucionales de un Territorio.¹⁴

E ainda, complementa Schmitt, que:

... el artículo 19 no se propone encomendar la decisión de los litigios constitucionales emanados de la

13 SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p. 34.

14 SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p. 32.

Constitución del Reich a un Tribunal de Justicia Constitucional del Territorio, y convertir los Tribunales de Justicia Constitucional de los Territorios en instancias para un Derecho Constitucional del Reich, territorialmente limitado.¹⁵

*“Dicho artículo atende solamente a los intereses del Reich, como conjunto de la organización federal, y se propone la resolución de los conflictos políticos que, emanados de la Constitución territorial, surgen dentro del Territorio.”*¹⁶

Schmitt entre o fim de 1929 e o começo de 1930 elabora uma teoria calcada o artigo 48 da Constituição de Weimar, pois o governo *Bruning* lança ao parlamento as leis orçamentárias e financeiras para a sua aprovação, sendo que, neste período a República *Weimar* se vê em uma profunda crise financeira, o governo com medo da não aprovação da ora lei, pois os partidos que formam a Coalisão Tripartida não haveriam de aprova-la, surgindo deste receio, a teoria do presidente do Reich que passa a governar por meio de Regulamentos.

Estas *ideas de Schmitt, que había apoyado públicamente la decisión de Brüning de gobernar por reglamentos presidenciales* y dedicaba todo el último punto de la segunda parte de su ensayo a sostener doctrinalmente dicha medida contra la reserva financiera de la Constitución, tendrán otra ocasión de ser puestas en práctica en 1932, esta vez por él mismo, en el dictamen que como consejero jurídico del Gobierno central el jurista alemán rindiera ante el Tribunal Supremo en Leipzig en el conflicto de éste con el Gobierno de Prusia.¹⁷ (grifo nosso).

O caso *paradigmático* em que a teoria de Schmitt aplicada na prática contra a Prússia [*Land*] que por meio de um *decreto* presidencial destituiu o seu estado-membro, tendo como funda-

15 SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p. 107.

16 SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p. 107.

17 HERRERA, Carlos Miguel. *La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 214.

mento o artigo 48 R. V., transferindo seus poderes ao Governo Federal, frente a uma ação direta no Staatsgerichtshof. Assim preleciona Herrera que;

El próprio Schmitt había llamado la atención sobre la importancia jurídico-constitucional de sus consejos «más grande de lo que podría interpretarse aplicado de modo literal el texto de la Constitución vigente en el Reich» (*op. cit.*, 95). Con el pretexto de reprimir adecuadamente focos de rebelión comunista en Berlín, el canciller federal Von Papen, destituye al Gobierno prusiano por un decreto presidencial del 20 de julio, invocando como fundamento la primera parte del art. 48 de la R. V., y transfiere sus poderes al Gobierno Federal. El Gobierno destituido, descartando toda forma de acción directa, presenta un recurso ante la Staatsgerichtshof, que en su fallo reconocerá que no es aplicable al caso la primera parte del art. 48, pero convalidará de todas formas la medida, fundándose en la segunda parte del citado artículo. Schmitt (junto con Jacobi, Hoche y Bilfinger) había dictaminado como perito por el Gobierno Federal y en calidad de tal había rendido un memorándum, en tanto que como expertos por el Gobierno prusiano habían obrado, entre otros, Hermann Heller, Arnold Brecht y Gerhard Anschütz. Kelsen criticará dicho fallo en un artículo, «Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932», publicado en el número 8 de la misma revista *DieJustiz* que publicara un año antes su comentario al libro de Schmitt, sin ninguna referencia especial a las ideas o posiciones de este último.¹⁸ (grifo nosso).

Haja vista, o artigo *Das Urteil des Staatsgerichtshofs* que exara as críticas de Kelsen sobre o presidente do *Reich* em um artigo publicado em 1932, por lógica que antes disso, Schmitt publicou durante uma jornada de Direito Público no ano de 1924 o texto

18 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 214.

Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer que defende a instauração de “uma ditadura comissária na figura do presidente do Reich. Esse contraposto, amalha-se com a citação acima aludida juntamente com a que se passa a colacionar, que:

En 1924, durante las jornadas de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de Derecho público) de Jena, Schmitt, junto con E. Jacobi, centralizará la atención del debate con sus tesis sobre la dictadura del presidente del Reich, basada en el citado artículo, que tendrá una importante repercusión en la doctrina alemana de la época. Schmitt llamaba allí la atención sobre la segunda parte del art. 48, que según nuestro autor permitía la instauración, aunque con ciertas vacilaciones, de una dictadura comisaria en la figura del presidente del Reich^{19, 20}

O poder concedido ao Presidente do Reich fazia com que este em busca de resguardar a ordem afastasse temporariamente os direitos erigidos pela Constituição, pois ele era considerado o Guardião da Constituição. Pois, Ludiana Façanha e Afonso Rocha, complementa ainda, que:

O artigo em questão trazia previsão de subversão do sistema posto pela própria Constituição a fim de resguardar a ordem. Para tanto, poderiam ser afastados, temporariamente, direitos fundamentais e sociais ali protegidos. O artigo 48 foi utilizado mais de **250 vezes durante os 13 anos da Constituição de Weimar, mais de 130 logo nos primeiros anos da República.**²¹ (grifo nosso).

19 *Die Diktatur des Reichspräsident nach an. 48 der Weimarer Verfassung*. A partir de 1928 este trabajo se incorporará como anexo en las nuevas ediciones de La dictadura. (HERRERA, Carlos Miguel.

La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 213.).

20 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución.** Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 213.

21 FAÇANHA, Ludiana Carla Braga; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Estado de Exceção: considerações sobre um paralelo entre Weimar e o patriotic act Americano.** Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/afonso_de_paula_pinheiro_rocha2.pdf>. Acessado em: 03-04-2012.

Neste sentido, levado pela grande utilização do artigo 48, visto que o Presidente do *Reich* e o Parlamento para a teoria de Schmitt eram os titulares do poder estatal instituído pela Constituição, ficando assim claro que, “um torna-se inimigo e o outro amigo do Estado; um quer destruí-lo, isto é, destruir sua “unidade” e o outro defendê-lo de tal destruição: um é o violador, o outro é o guardião da Constituição em termos de direito positivo (...).”²²

Para que o Estado não venha se destruir, “a ditadura e a teologia política” faz com que o soberano, erigido pela Constituição Monárquica viesse a proclamar o “estado de exceção”, controlando assim o inimigo da Constituição, ou seja, o Parlamento, mas para Schmitt o Estado Liberal de Direito, visa sanar os problemas da soberania fazendo a separação das funções do poder, fazendo com que se tenha o controle recíproco. Apoiando-se e Herrera, este afirma que:

Ya en la La dictadura y en la Teología política consideraba que dicho artículo instaura el carácter soberano del presidente, pero el hecho de proclamar el «estado de excepción» bajo el control del Parlamento corresponde todavía, para Schmitt, a las tendencias del Estado de Derecho liberal que intenta evacuar el problema de la soberanía repartiendo las competencias y previendo controles recíprocos.²³

Kelsen alude que, a “Constituição democrático-parlamentar do *Reich*” usa-se da transgressão de seu artigo 48 como autodefesa no que tange as “garantias Constitucionais”, podendo para este autor que, este momento fosse adiado, mas pelo acima apresentado, foi uma “crise” a responsável pela afirmação de uma interpretação violadora do artigo 48. O autor confirma que:

22 “(...) trata-se da mitologia de Ormazd e Ariman com roupagens de direito público.” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 297.)

23 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 212.

Na situação política em que a Constituição democrático-parlamentar do *Reich* alemã veio inevitavelmente a se encontrar no momento em que para sua própria defesa, como estimam seus defensores, transigiu por assim dizer em apenas um único de seus artigos, o de n 48 – colocando-se num espaço jurídico demasiado estreito para conseguir evitar, com tal manobra, o perigo de ser golpeada – num semelhante estado de coisas, enfim, seria com certeza compreensível se o debate sobre a questão das garantias da Constituição fosse provisoriamente adiado.²⁴

Não sendo possível adiar a aplicação do artigo 48 pelos fatores já apresentados, foi largamente utilizado contra os estados-membros [*Land*], quando estes se negavam há obedecer às decisões do Governo Central [*Reich*], este último tomava as “medidas cabíveis e necessárias” para que cumprissem o exigido, até mesmo suspendia as “garantias constitucionais com” o fim de “reestabelecer a ordem e a segurança pública”, sendo que, esses elementos serviram de “instrumentos para garantir o federalismo e consolidar a nova ordem política”.

El art. 48, que, como hemos visto, permitía el uso de la fuerza pública contra un Land (Estado-Membro) cuando éste se negaba a aplicar las decisiones del Gobierno central (primera parte) y tomar las medidas necesarias – incluso la suspensión de las garantías constitucionales– para restablecer el orden y la seguridad pública perturbados o amenazados (segunda parte), había estado en el centro de la preocupación de los constituyentes de 1919 como instrumentos para garantizar el federalismo y consolidar el nuevo orden político.²⁵

Com as medidas do Presidente do *Reich* em suspender as garantias constitucionais, além de servir de instrumento para

24 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 242-243.

25 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 212-213.

garantir o federalismo e consolida uma nova ordem política, se demonstra preocupante, podendo ter previsões abertas vistas de forma eficiente e perigosa. Aludem Afonso Rocha e Ludiana Façanha, que:

Consistem em previsões abertas que devem ser vistas como eficientes e perigosas. Eficientes em razão de sua celeridade. Perigosas por abrirem margem a abusos, principalmente, porque o sistema de freios e contrapesos é totalmente desestruturado “...the state of exception is dangerous precisely because it is so subject to abuse”²⁶. São exemplos o art. 16²⁷ da Constituição Francesa de 1958 e o art. 48 da Constituição de Weimar.²⁸

Conclui-se que não só o artigo 48 da Constituição da República Weimar gerava medo, sendo que, poderia ser utilizado de forma perigosa, pois por detrás dela “(...) *estaban las circunstancias concretas de la República de Weimar, (...)*”²⁹ onde foram engendrados nele os “(...) *los poderes de excepción, que sirvieron a Hitler para demostrar un sistema, sin necesidad de tener que derogar formalmente su ordenamiento constitucional.*”³⁰

26 SCHEPPELE, Kim Lane, “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, pp. 1001-1083, 2004, p. 4.; Apud FAÇANHA, Ludiana Carla Braga; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Estado de Exceção: considerações sobre um paralelo entre Weimar e o patriotic act Americano**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/afonso_de_paula_pinheiro_rocha2.pdf>. Acessado em: 03-04-2012.

27 Art. 16 da Constituição da V República Francesa: “Sempre que as instituições da República, a independência da nação, a integridade do seu território ou a execução dos seus compromissos internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República adotará as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos presidentes de ambas as câmaras e ainda do Conselho Constitucional” (FAÇANHA, Ludiana Carla Braga; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Estado de Exceção: considerações sobre um paralelo entre Weimar e o patriotic act Americano**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/afonso_de_paula_pinheiro_rocha2.pdf>. Acessado em: 03-04-2012.)

28 FAÇANHA, Ludiana Carla Braga; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Estado de Exceção: considerações sobre um paralelo entre Weimar e o patriotic act Americano**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/afonso_de_paula_pinheiro_rocha2.pdf>. Acessado em: 03-04-2012.

29 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p. 20.

30 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p. 20.

Schmitt para dar um embasamento convincente na defesa do Presidente do *Reich* deveria ser o guardião da constituição se dá por uma tríade argumentativa, que se acosta em fatores, o primeiro sendo o legal, ou seja, a própria interpretação extensiva do artigo 48; o segundo diz respeito a fatores históricos, em que o Parlamento Alemão frente ao pluralismo democrático não perpassa a unidade Constitucional, e o terceiro fator é o doutrinário se dá pela teoria de Constant, na teoria do soberano como poder neutro, que este sim representa unidade Constitucional.

El jurista alemán, en síntesis, apoya su teoría del defensor de la Constitución con una triple serie de argumentos: legales, históricos y doctrinarios que, en un razonamiento típicamente schmittiano, se encarnan unos sobre otros. Así, en lo legal, se apoya en una interpretación, sin duda extensiva, del apartado segundo del art. 48 de la R. V., que había sido previsto para garantizar el federalismo y preservar el orden interno. En lo histórico, se basa en la situación del Parlamento de Weimar, que, desgarrado por la lucha de partidos y las mayorías inestables, «discute», pero es incapaz de decidir, y por tanto de garantizar, la unidad del pueblo alemán. En lo doctrinario, por último, fundamenta su interpretación con la teoría del monarca como *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*, que Benjamin Constant había desarrollado en el período posnapoleónico, en la cual puede reconocerse, según Schmitt, la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, interpretada en el sentido del principio decimonónico que el monarca «reina pero no gobierna».³¹

Mas tinha-se naquele contexto histórico, juristas como Triepel que alude que o Presidente do *Reich* fica vinculado a decisão do Tribunal Federal de Justiça para com a validade do artigo 48 R. V.

31 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución.** Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 213.

Triepel afirma que o presidente do *Reich* não pode ordenar a execução do art. 48 antes que a corte competente tenha constatado validamente, de acordo com os arts 19, 15 ou 13, a existência da condição estabelecida no art. 48. Esta solução seria sem dúvida a mais perfeita do ponto de vista técnico-jurídico, podendo se apoiar no teor amplo do art. 19.³²

Já *Anschutz*, em sua interpretação do artigo 48, diz que o presidente do *Reich* não se vincula a decisão anterior do Tribunal Federal de Justiça, sendo a “intervenção do *Reich* a execução material da decisão judiciária”.

Anschutz, ao contrário, diz que segundo o art. 48 o presidente do *Reich*, mesmo sem decisão anterior da Corte competente, deve decidir se um estado viola ou não o seu dever, estando consequentemente autorizado a proceder à intervenção do *Reich* contra o estado que tenha agido ilegalmente. Essa concepção poderia arguir em seu favor que se o art. 48 tivesse desejado contemplar a intervenção do *Reich* apenas como execução material de uma decisão judiciária, deveria de algum modo tê-lo enunciado expressamente.³³

Assim examinada “... a Constituição do *Reich* alemão à luz dos princípios (...), ela não oferece um resultado satisfatório no plano técnico-jurídico (...) do ponto de vista da paridade entre União [*Reich*] e estados-membros [*Länder*] que o princípio do Estado Federativo requer.”³⁴

Haja vista, a controvérsia encontrada na “Constituição” em quem deve ser atribuído o controle de constitucionalidade, pelos acima mencionados artigos onde cada um dos autores defende de forma radical, neste sentido, Kelsen constrói o embate constitucional como sendo uma política de direito, já

32 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 97-98.

33 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 97-98.

34 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 95.

Schmitt como uma lei constitucional. Carlos Miguel Herrera assevera neste sentido que:

En ese sentido, Kelsen construye desde la primera línea toda su réplica como una polémica de «política del Derecho», sobre la institución más idónea para llevar a cabo el control de constitucionalidad, cuando lo que el jurista vienes entiende por Constitución (*Verfassung*), correspondería a lo que Schmitt considera en su teoría una «ley constitucional» (*Verfassungsgesetz*); y sin detenerse, más que para minimizarla, en la distinción schmittiana (en verdad, poco desarrollada) entre «control» y «defensa».³⁵

Estudar o debate travado entre Kelsen e Schmitt, na Europa Central do início do século XX é, antes de tudo, uma aproximação de horizontes hermenêuticos.³⁶ Neste sentido, deve-se mostrar harmonicamente o ora debate, que se refere a quem deve garantir a Constituição, ou seja, quem deve ter o seu controle de constitucionalidade, assim segue sua real ordem cronológica que, se dá em três momentos:

... en 1928, Kelsen publicó en Francia un largo ensayo titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución*³⁷ en el cual sostiene, como se verá con mayor detenimiento más adelante, que un ordenamiento jurídico coherente y que funciona correctamente necesita de la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad, es decir de un mecanismo de revisión encomendado a un tribunal específico que este encargado de verificar que la legislación y los demás actos de creación normativa

35 HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica schmitt-kelsen sobre el guardian de la constitución.** Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994. p. 221.

36 MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polémica Kelsen-Shimitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. Brasília: Universidade de Brasília, 2007, p. 24.

37 KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, 1974 (La garantie jurisdictionelle de la constitutions – La justice constitutionnelle -; *Apud* VIANELLO, Lorenzo Córdoba. **La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Shimitt.** Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 275.

que le estén subordinados, respeten los procedimientos y los contenidos específicos que establece la Constitución y, en caso de que así no ocurra, remedie esa situación a través de la anulación de esos actos. En 1931 Shimitt publica, a manera de respuesta al ensayo kelseniano de 1928, *La defensa de la Constitución*,³⁸ en donde considera también la necesidad de un control constitucional que, no obstante consider también la necesidad de un control constitucional que, no obstante, no debe ser ejercido a través de la intervención de un tribunal – como proponía Kelsen –, sino que esa función de garantía debería estar encomendada al jefe del Estado. A este último le correspondería, en términos de Shimitt, la función de “puvoir neutre” que Benjamín Constant, un siglo antes, le había atribuido a la figura del rey en una monarquía constitucional. La réplica kelseniana a las tesis sostenidas por Shimitt no se hizo esperar y en el mismo 1931 ve la luz. *Quién debe ser el defensor de la Constitución*,³⁹ texto que se articula una cuidadosa crítica a las ideas shimittianas, además de replantear de manera enérgica la solución planteada por la Constitución austríaca de 1920 de “defender la Constitución a través de una específica corte constitucional.”⁴⁰ (grifo nosso).

Visto estes momentos contraditórios apresentados cronologicamente acima, sobre quem deve ser o defensor da Constituição, passa-se a trazer uma simples e elucidativa citação de Herreira, que diferencia singularmente as acepções de Kelsen e de Schmitt, que:

38 SHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931 (Der Huter der Verfassung) -; Apud VIANELLO, Lorenzo Córdoba. **La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Shimitt**. Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 275.

39 KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1985 (Wer soll der Huter der Verfassung sein) -; Apud VIANELLO, Lorenzo Córdoba. **La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Shimitt**. Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 275.

40 VIANELLO, Lorenzo Córdoba. **La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Shimitt**. Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 275.

La toma de posición de Kelsen a favor de una corte constitucional que vigile la constitucionalidad de los actos del poder político, por un lado, y la opción escogida por Schmitt a favor de la atribución al presidente del Reich del papel de custodio de la Constitución, por otro lado, se presentan como manifestaciones consecuentes, respectivamente, del normativismo y del decisionismo; o bien, retomando una vez más clara y radical atribuyen, una, la primacía del derecho sobre el poder, y la otra, la primacía del poder sobre el derecho.⁴¹

No livro que reúne textos celebres de Kelsen, “Jurisdição Constitucional” *subtraísse* algo de grande importância, para sim demonstrar que Schmitt busca na tese de Benjamin Constant o princípio monárquico para defender a tese de que o Governador deve ser o Guardião da Constituição, e ainda que a atividade interpretativa seja meramente de subsunção, além disso, para ele o direito subjetivo é mero expediente para a ordem Estatal. Assim, Kelsen alude que:

... Schmitt afirmava que o guardião (o interprete autorizado) da constituição era o presidente da República, Kelsen denuncia a natureza ideológica dessa tese, herdeira do princípio monárquico: “Como não se poderia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado”. Mostra ainda que a tese de Schmitt é tributária de duas concepções anacrônicas: a de que a atividade interpretativa consiste numa tarefa de subsunção (“a concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas ‘deduzida’ dela através de uma operação lógica”, o que corresponderia à “jurisdição como automatismo jurídico”: e a de que “o

41 VIANELLO, Lorenzo Córdova. **La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Shimitt**. Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 275.

direito subjetivo não passa de um expediente para a garantia da ordem estatal.⁴²

As justificações e as soluções por Schmitt e Kelsen de quem deve ser o Guardião da Constituição necessita mais do que isso, devem apontar, quais suas tarefas e qual seu funcionamento, sendo que, “... o guardião depende das descrições que observadores fazem dele. Até por isso, faz-se necessário levar a sério a historicidade dessas propostas, de tal enfrentamento com aquele tempo.”⁴³

Pelo exposto, se vê na atualidade a derrocada da teoria do Presidente Reich de Schmitt, sendo que na Constituição Alemã outorgada em 23 de maio de 1949⁴⁴, pois *Otto Bachof*, em sua obra, Normas Constitucionais Inconstitucionais, alude algo de peculiar importância, que a competência de controle de Constitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão, já encontrava-se instituído em “4-II-1925”, sendo que, mais tarde foi regulamentado pelo Conselho do Parlamento nos art. 93, n. I, alínea 2, e no art. 100, dando assim a este Tribunal o controle de constitucionalidade acerca da validade das normas da “lei fundamental. Sendo assim:

Com efeito, a competência judicial de controle não foi criada pelo legislador da Lei Fundamental, mas por ele encontrada como instituto jurídico já conhecido da ordem jurídica alemã, reconhecido pela grande maioria da doutrina e aplicado de maneira constante pelos tribunais, sobretudo

42 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XIV.

43 TROPER, Michel. “*The Logico of Justification of Judicial Review*”. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1, n. 1, Oxford, New York: *Oxford University Press; New York University Scholl of Law*, 2003, p. 99.; *Apud* MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Shmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Brasília: Universidade de Brasília, 2007, p. 19.

44 É bastante conhecida a obra de Otto Bachof que leva o título deste artigo. Desconhecida, de alguma forma, são as motivações históricas que levaram o professor alemão a escrevê-la. Com efeito, nos anos que sucederam a outorga da Lei Fundamental (Grundgesetz) de Bonn (1949), a cultura jurídica alemã produziu um amplo debate sobre as questões que estavam implicadas neste ato. (STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario?pagina=7>>. Acessado em: 17-04-2012.).

desde a decisão fundamental do Supremo Tribunal do Reich, de 4-II-1925⁴⁵: em consequência disto, nos debates do Conselho Parlamentar sobre o complexo de questões mais tarde reguladas no art. 93, n. I, alínea 2, e no art. 100, <<a competência judicial de controlo>> foi o ponto de partida das discussões⁴⁶. O Conselho Parlamentar quis centralizar e monopolizar nos tribunais constitucionais esta competência judicial de controlo – mais exatamente: não toda a competência de controlo, mas apenas a competência para a negação definitiva da validade da norma sob controlo.⁴⁷

Saliente-se, que, a teoria de Kelsen teve êxito, que Otto menciona que o Tribunal Constitucional Federal que passa a decidir “(...) sobre a questão de saber se a norma jurídica posta em dúvida na sua validade é compatível com a Lei Fundamental ou não – ou seja, se ela é compatível com o que o Tribunal Constitucional Federal, ao decidir por <<Lei Fundamental>> (...)”.⁴⁸

Portanto os Tribunais Constitucionais que Kelsen defende como Guardiões da Constituição, onde aplica esta teoria na Constituição da Áustria de 1920, que por fim causam todos os embates doutrinários com Schmitt frente aos artigos 19 e 48 ambos R.V. de 1919, passou sim a ser amplamente utilizada a teoria do controle de constitucionalidade concentrado em diversas Constituições, e posteriormente na Constituição Alemã de 1949.⁴⁹

45 RGZ III, 320; *Apud* BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 74.

46 Cfr. As actas da Comissão Principal, p. 274, 462; *Apud* BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 74.

47 BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 74-75.

48 BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 85.

49 A influência do “sistema austríaco” foi grande e muitos países da Europa continental o adotaram em suas Constituições, a saber: Checoslovaquia (1920), Espanha (1931), Itália (1948), Alemanha (1949), Chipre (1960), Turquia (1961), Iugoslávia (1963), Portugal (1976, e na reforma de 1982), Espanha (1978) e Polónia (1986), entre outros. (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2003; *Apud* PINTO, Tácito

E altamente perceptível às diferenças da Constituição de Weimar para a seguinte, chamada de Constituição do Bonn, pois no artigo 48 da R.V. o verbo “executar” a Constituição ficava a cargo do Presidente do Reich, já a Constituição do Bom o mesmo verbo “executar” a Constituição incide como uma das funções do Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) “que”, “ ... acabou se tornando o grande responsável pela legitimação da Lei Fundamental num período que ficou conhecido como jurisprudência dos valores (...).”⁵⁰

3 CONCLUSÃO

Pelo que foi demonstrado no embate que antecedeu a disseminação da Jurisdicional Constitucional dando o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário foi altamente necessário pelos problemas em que o Estado de Direito carregavam em si mesmos.

Realmente as teorias divergentes calcadas nos artigos 19 e 48 ambos da Constituição da Weimar que foram altamente necessários e são muito difundidos na atualidade, pois se difundiram as formulações de Kelsen quanto ao Guardião da Constituição pelo órgão Judiciário, portanto, o controle de constitucionalidade é de sua responsabilidade, ou melhor, competência.

Abstract: The investigation is performed on Constitutional Jurisdiction and the struggle that precedes it in Kelsen Schmitt and therefore the theoretical debates were clear within a context that made that if the outcome of the case to judicial review. Therefore, already established in the Austrian Constitution, while in the Weimar Constitution as regards the analysis of articles 19:48 born two currents, Kelsen argues that the Constitutional Court as

Lívio Maranhão. *STF*: “...Precipuaemente a Guarda da Constituição...”. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010, p. 252.

50 STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario?pagina=7>>. Acessado em: 17-04-2012.

Guardian and Constitutional already Schmitt argues that the Guardian should be the President of the Reich. Schmitt's theory was not prospered while Kelsen took a large part of the Constitutions after the collision. Until then the Fundamental Law of Bonn, was instituted to control the constitutionality of the Judiciary.

Keywords: Guardian Constitutional. Court Constitutional. President of the Reich. Weimar.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

FAÇANHA, Ludiana Carla Braga; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Estado de Exceção: considerações sobre um paralelo entre Weimar e o patriotic act Americano.** Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/afonso_de_paula_pinheiro_rocha2.pdf>.

HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitución.** Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994.

YENDO, Sergio Andrade. **A atualidade da teorização acerca do guardião da constituição em Carl Schmitt e Hans Kelsen como base teórica para uma análise da emergência dos tribunais constitucionais como garantidores da constituição “impositiva”.** Disponível em: <http://www.diritto.it/pdf/24510.pdf>.

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

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polémica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar.** Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

MIRANDA, Jorge (Org.). **Textos históricos do Direito Constitucional.** 2ªed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

PINTO, Tácito Lívio Maranhão. **STF**: “...Precipuamente a Guarda da Constituição...”. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1983.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario?pagina=7>>.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. **La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidade en Kelsen y Shimitt**. Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007.