

O GUARDA DA CONSTITUIÇÃO: A DICOTOMIA SCHMITTIANA E KELSEANIANA E O STF COMO SÍNTESE

Noêmia Amélia Silveira Fialho¹

Daury Cesar Fabríz²

Fecha de publicación: 01/04/2018

Sumário: Introdução. **1** Carl Schmitt e o chefe do executivo como o guardião da constituição. 1.1 Da relação amigo x inimigo e o decisionismo Schmittiano. **2** Da perspectiva kelseniana: o tribunal constitucional, o guarda da constituição **3** A perspectiva da Constituição Cidadã acerca do guarda da Constituição. - Considerações finais. - Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo traçar uma comparação entre as proposições teóricas de Carl Schmitt e Hans Kelsen no que diz respeito ao guarda da Constituição, bem como averiguar o modo como a Constituição Federal brasileira se manifesta acerca da questão e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Assim sendo, tem-se como primeiro passo relatar de maneira breve a teoria do jusfilósofo alemão Carl Schmitt acerca do guarda da Constituição, isto é, quem/qual

¹ Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
noemiaasilveiraf@gmail.com

² Graduação em Direito pelo Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha (1988), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (1994), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001). Atua como professor de Direito Constitucional no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e como advogado.
dauryfabriz@yahoo.com

instituição será destinada para a função de resguardar a Constituição, sendo na sua visão o chefe do executivo o indicado para tal. Diante disso, cabe também fazer uma análise sobre o que Hans Kelsen expõe em relação à mesma temática, tendo em vista que este indica, de maneira sintética, que o recomendado é o Tribunal Constitucional. Em um terceiro momento, verificar a perspectiva constitucional brasileira acerca do guarda da Constituição. Assim, finalmente, obtendo-se a relação entre as perspectivas das teses dos autores mencionados em comparação ao proposto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Guarda da Constituição. Decisionismo Jurídico. Tribunal Constitucional.

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional passou por diversas fases, possuindo características próprias de acordo com o ordenamento jurídico de cada local situado. O Direito Constitucional está localizado no centro do ordenamento jurídico, uma vez que serve como diretriz para os outros ramos do Direito e tem como uma de suas funções organizar as funções do Estado, como a divisão ou não dos poderes e quem deve ser o guardião da Constituição.

Conforme salientado a priori, a matéria determinada através dessas funções se adequa de acordo com o contexto histórico, o que inclui perspectivas político, jurídico e social. É comum, portanto, encontrar autores que defendam ideias divergentes sobre um mesmo ponto, como Hans Kelsen, jurista do século XX e Carl Schmitt, jurista e filósofo alemão, quem ficou conhecido por ter sua proximidade ao partido NAZI Alemão.

Uma das oposições entre Schmitt e Kelsen é a perspectiva sobre quem deverá exercer a função de guardião da Constituição. Para Kelsen, em termos breves, o Tribunal Constitucional deverá guardar a Constituição. Já para Schmitt, o Führer – chefe do Poder Executivo – deverá ser o guardião da Constituição. Deve-se observar a organização política de cada autor de modo que se tente compreender a opção de cada um pelo seu respectivo posicionamento e o modo como ele é construído.

Traz-se à baila, nesse sentido, a oposição supracitada entre Kelsen e Schmitt e, também, o posicionamento adotado pela Constituição Federal brasileira de 1988 e as nuances entre ela e o posicionamento de Hans Kelsen.

Nesse sentido, o método ora utilizado é o dialético hegeliano – sendo esta uma teoria desenvolvida pelo filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel -, uma vez que existe o conflito entre a tese e a antítese, ou seja, entre o oposto e a síntese é, com isso, a superação dessa conflitividade³. Só que a superação, entretanto, é a transformação da conflituação⁴. A tese é, nesse caso, a perspectiva de Schmitt, a antítese, polo oposto, é a ideia de Kelsen. Já a síntese, é a perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

³ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Editora Atlas, 2010. p. 243.

⁴ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Editora Atlas, 2010. p. 245.

Salienta-se, por fim, que para Hegel, a dialética é, também, o modo como se desenvolve a realidade, ou seja, a realidade jurídica está em constante mudança e em processo de criação permitindo a coexistência de diversas correntes e de superação dessas com outras novas.

1 CARL SCHMITT E O CHEFE DO EXECUTIVO COMO O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

O filósofo e jurista alemão Carl Schmitt, fez longa trajetória acadêmica e em 1910 já era doutor em Direito e, desde então, Schmitt baseou sua escrita em críticas ao liberalismo e ao sistema parlamentar democrático alemão. Em sequência disso, Carl Schmitt inicia uma aproximação ao partido NAZI, o qual chega a compor cargo entre 1933 e 1936⁵.

Nesse sentido, suas fundamentações jurídico-filosóficas passaram a seguir essa mesma lógica de funcionamento, tal qual é observado no que tange à escolha do chefe do Poder Executivo como o guardião da Constituição, sendo que o autor dedica uma obra inteira para justificar sua escolha, “O Guardião da Constituição”.

A obra schmittiana pode ser observada como uma série de declarações de princípios, sendo a constituição interpretada como o todo político, apresentando, pois, unidade principiológica⁶, além de representar uma diretriz para decisões em situações conflituosas extremas⁷. Nesse ponto, cabe uma ressalva acerca da filosofia política de Schmitt, uma vez que um dos cerne de seu pensamento se dá no que se refere à decisão, visto que ele se baseia no decisionismo jurídico, ou seja, o Direito encontra seu fundamento na decisão.

1.1 DA RELAÇÃO AMIGO X INIMIGO E DO DECISIONISMO JURÍDICO SCHMITTIANO

À luz do decisionismo jurídico de Schmitt, entende que o Direito não é basicamente a aplicação de normas, mas também decisões, as quais criam o

⁵ ROMANO, Roberto. **Conservadorismo romântico**: origem do totalitarismo. 2. ed., São Paulo: Editora da Unesp, 1997.

⁶ SILVA, Bernardo Medeiros Ferreira da. O Risco do Político: A Crítica ao Liberalismo na Obra de Carl Schmitt entre 1919-1933. 2001. 171 f. Tese de doutorado. (Doutorado em Ciências Humanas e Ciência Política). Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001. p. 30.

⁷ DORES, Camilla Japiassu. O guardião da Constituição segundo Schmitt e Kelsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/21201>>. Acesso em: 26 out. 2015.

Direito e, por se encontrar em um Estado no qual deverá imperar a vontade de um soberano, que cabem ser feitas pelo Führer.⁸

Essa necessidade de basear a construção jurídica não só em normas, mas também em decisões, surge a partir do próprio conceito do que é política para Carl Schmitt. Para este autor, a política surge de uma relação de inimizade, sendo que essa relação dialética entre amigo e inimigo funda a política, a qual não tem por obrigação resolver a conflitividade. Na verdade, a política, dentro desta perspectiva, tem como função a preservação dos amigos, ou seja, aqueles que não são estrangeiros, que possuem uma série de características indenitárias que faz com que, numa relação de mimese, um indivíduo se enxergue no outro, formando, desde modo, um grupo de amigos.

Assim, Carl Schmitt esclarece⁹

Ele (o inimigo político) é precisamente o outro, o estrangeiro e, para a 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, desarte, “imparcial”. [...] o político não reside no conflito em si, [...] (mas sim) em um comportamento determinado por essa possibilidade real, na clara compreensão da própria situação assim determinada e na incumbência de distinguir entre amigos e inimigos.

Com efeito, dessa forma, compreender que a essência da política é a tensão que surge a partir das relações de inimizade, posto que não há mais a possibilidade de diálogo. A política, nesses termos, é o modo de lidar com o inimigo e uma circunstância em que há vulnerabilidade do grupo caracterizado como amigo.

Nesse sentido, não se sabe o que pode acontecer, não se sabe qual será o posicionamento do inimigo diante dos fatos e deve-se buscar a preservação da ordem da normalidade. Em razão disso, algumas decisões precisariam ser tomadas com certa celeridade e, por isso, a criação do Direito não é restrita a normas, mas também a decisões.

⁸ LORENZO, Wambert Homes Di. O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução. **Revista Direito e Justiça** v. 23, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.wambert.com/site/imagens/artigos/pensamento_politico_carl_schmitt.pdf>.

⁹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do Partisan**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 27 e 37.

Nas palavras de Bernardo da Silva¹⁰

Nesse sentido, a decisão sobre o inimigo tem uma dimensão intrinsecamente normativa, muito embora como insiste Carl Schmitt, ela não possa ser deduzida de princípios normativos: ela é o fundamento da normalidade. [...] Portanto, os conteúdos normativos da esfera a partir da qual é o “ponto político” é atingido não são indiferente na constituição da ordem política; pelo contrário, eles têm um papel determinante tanto na concretização da inimizado – mesmo que, vale a pena insistir, o caráter dessa seja, para Schmitt, essencialmente existencial e não determinado por normas – quanto na definição da natureza substantiva dessa ordem. Assim, na possibilidade extrema da diferenciação entre amigos e inimigos, Schmitt não encontra apenas a dissociação, mas também as condições da associação, da constituição da ordem política; ele não identifica apenas a ausência de fundamento normativo do conflito, mas também condição de validade da norma.

A partir disso, entende-se que a decisão, apesar de não surgir de uma norma que seguiu uma série de procedimentos formais para sua criação, tem tanto valor quanto ela e que, na verdade, a circunstância em que a política existe é a condição de validade da norma. Afinal, a decisão é acerca da possibilidade de declaração de guerra, estado iminente da política, e, tal qual o próprio Schmitt expõe em sua obra “O conceito do político”¹¹

Uma guerra não tem seu sentido no fato de ser conduzida em fato de ideias ou normas jurídicas, e sim contra um inimigo real. Todas as turvações dessas categorias de amigo e inimigo podem ser explicadas pela incorporação e quaisquer abstrações ou normas.

Com isso, é observado que, à luz da perspectiva schmittiana, a guerra não se vincula de forma direta à normas e sim à fatos, inimizados reais, ou seja, apesar das normas serem fatores importantes para a organização do Estado, não devem ser motivos de inflexibilidade de tomadas de decisões.

Por esse ângulo, compreende-se, portanto, a razão da defesa de Carl Schmitt sobre o chefe do Poder Executivo como o guardião da Constituição, posto que ele conseguiria com mais celeridade executar decisões tomadas do que um Tribunal Constitucional, tal qual defende Hans Kelsen.

¹⁰ SILVA, Bernardo Medeiros Ferreira da. **O Risco do Político: A Crítica ao Liberalismo na Obra de Carl Schmitt entre 1919-1933**. 2001. 171 f. Tese de doutorado. (Doutorado em Ciências Humanas e Ciência Política). Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001. p. 43.

¹¹ SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do Partisan**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 54.

O escopo dessa teologia política é exatamente a circunstância de toda obra filosófica-jurídica de Schmitt, de toda a tensão gerada pela política, a qual existe a possibilidade latente de uma guerra com o inimigo, o qual pode ser externo em uma guerra, ou interno em uma guerra civil. Já que ele não descarta a chance de existirem inimigos dentro da própria circunscrição territorial do Estado.

2 DA PERSPECTIVA KELSENIANA: O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, O GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

O jurista Hans Kelsen, nascido na cidade de Praga¹² é renomado por sua construção acerca do Direito, a qual tem como uma de seus cernes a construção hierárquica do Ordenamento Jurídico, sendo que existem normas organizadas de modo que uma emana da outra, todas partindo de uma Norma Hipotética Fundamental (NHF), essa norma maior seria representada pela Constituição.

A Constituição para Kelsen pode ser definida como¹³

[...] a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que exprime juridicamente o equilíbrio das formas políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração as leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas.

A partir disso, não é difícil constatar que para Kelsen existe uma sequência lógica entre a criação e a aplicação do direito. Dentro dessa construção jurídica hierárquica entre normas jurídicas, existe a garantia jurisdicional da Constituição, isto é, a jurisdição constitucional. Esta tem como escopo fiscalizar e regulamentar as tarefas do Estado. Nas palavras de Kelsen¹⁴

A garantia jurisdicional da Constituição – jurisdição constitucional – a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos

¹² LIMA, Daniela de. Hans Kelsen: breve introdução biográfica e literária. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8639>. Acesso em: 30 de out. 2015.

¹³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 130-131.

¹⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 125.

de criação de direito, isto é, de normas jurídicas ou de atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas estabelecidas.

É possível observar, com isso, que a teologia político-jurídico kelseniana admite que, para além das funções regulamentadores, existem, também, funções jurídicas para a jurisdição constitucional.

Com o intuito de executar a ideia de jurisdição constitucional, o modelo kelseniano indica o Tribunal Constitucional como forma de guardar a Constituição, zelar para que não haja inconstitucionalidade, isto é, o Tribunal Constitucional para Kelsen tem como uma de suas funções ser guardião da Constituição e, por consequência, fazer o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é o núcleo do dever de defender a Constituição – e, por óbvio, executar a jurisdição constitucional – e este controle atinge as leis oriundas, principalmente, do Poder Legislativo, isto em um contexto de formação estatal da modernidade.

Na obra em que Kelsen sistematiza a jurisdição constitucional e determina o Tribunal Constitucional como guarda da Constituição, “Jurisdição Constitucional”, o autor determina o objeto do controle de constitucionalidade, de maneira que deixa explícito que esta ação é destinada apenas a jurisdição constitucional, *ipsis litteris*¹⁵

Devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se contêm tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer tende a ver, a despeito de sua forma de lei, como simples atos administrativos. O controle da regularidade de tais atos não pode ser confiado a nenhuma outra instância que não a jurisdição constitucional.

Com base nisso, Kelsen deseja que todos os atos envolvam leis passem pela observância da jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional, a fim de tornar os princípios e valores trazidos pela *Lex Mater* materializados na criação do direito.

Outrossim, o Tribunal Constitucional não tem como função apenas fazer essa determinação de inconstitucionalidade, ele tem também como dever afirmar a legitimidade das leis. Nas palavras de André Tavares¹⁶

O Tribunal Constitucional, como se sabe, não é chamado apenas para se pronunciar negativamente, vale dizer, pela inconstitucionalidade das leis, ou atos normativos estatais. Muito pelo contrário, poderá igualmente ser

¹⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 155.

conclamado para declarar a legitimidade de determinada lei, apodo-lhe o “timbre da constitucionalidade”.

É possível trazer à baila, também, o pensamento kelseniano de que o órgão de criação do direito deve ser em formato de tribunal, de modo que seja uma forma de assegurar regularidade nos atos dali originados. Isso pode ser visto à luz de Kelsen¹⁷: “A organização em tribunal do órgão de criação do direito não é apenas a garantia preventiva mais característica da regularidade dos atos a produzir, mas também a primeira do grupo de garantias que chamamos pessoais.”.

O Tribunal Constitucional é, portanto, uma forma de exercer a jurisdição constitucional kelseniana. É, também, o órgão que faz guarda da Carta Maior de modo que uma lei não seja criada de encontro com o que rege a Constituição e, conseqüentemente, torna seguros valores democráticos.

3 A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ACERCA DO GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Em um momento de transição política e jurídica, a década de 1980 foi marcante para os brasileiros, já que houve mudança de regime de governo e também de sua Carta Magna. Em 1988 a “Constituição Cidadã” foi promulgada, de modo que este apelido faz referência ao seu caráter democrático.

Em uma de suas Seções, o constituinte originário se dedicou a falar sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), na Seção II (Do Supremo Tribunal Federal) do Capítulo III (Do Poder Judiciário), do Título IV (Da Organização dos Poderes). Em seu artigo 102, *caput*, o legislador atribuiu ao STF suas competências, sendo que uma delas é a função de guardião da Constituição, como se pode observar¹⁸: “*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição[...]*”.

Dentro de sua função como guarda da Constituição, o STF deve desempenhar algumas atividades, como o de processar e julgar controle de constitucionalidade, por ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 99-100.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2015.

lei ou ato normativo federal¹⁹. O controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo é uma das características que a Carta de Outubro preservou da perspectiva kelseniana de Tribunal Constitucional adicionando outras mais.

Ressalta-se, entretanto, que o STF não é um Tribunal Constitucional, possuindo diferenças, inclusive o fato de o Brasil possuir controle de constitucionalidade concentrado e difuso e o STF não os monopoliza, tal qual ocorre no modelo de Kelsen.

Do dispositivo supracitado é possível avaliar a inspiração para com a jurisdição constitucional aqui relatada, uma vez que a ação declaratória de constitucionalidade é uma forma de determinar se uma lei segue o que rege a Constituição ou não e, a partir disso, se ela deve permanecer ou não no ordenamento jurídico de forma sistematizada e organizada logicamente²⁰.

Isso demonstra os valores kelsenianos aplicados a realidade político-jurídica brasileira, uma vez que o autor acredita que esse controle deve existir, conforme salientado à priori, a fim de selecionar o que está de acordo com a Norma Hipotética Fundamental (NHF) e manter o ordenamento jurídico estruturado de forma hierárquica.

Outro ponto característico do Tribunal Constitucional e que está presente no Supremo Tribunal Federal é a ação direta de inconstitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade não tem como característica ser proposta em face de uma pessoa, ou seja, não possui partes o processo. Esta tem como escopo, ser proposta em face de um ato normativo com a finalidade de verificar sua (in)congruência para com a teoria disposta no texto constitucional.

Aos olhos de Tavares²¹

Pela ação direta de inconstitucionalidade *não há* um direito subjetivo diretamente envolvido, um conflito de interesses a ser dirimido pela prestação jurisdicional. Não. Presta-se esta ação para a defesa, pura e simples, de ação constitucional. A ação não é proposta em face de alguém, mas sim em face de determinado ato normativo. Se se fala de partes, é apenas para indicar sua existência formal no processo. Essa tarefa de verificação teórica de uma

¹⁹ Art 102 I, a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

²⁰ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 132.

²¹ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 132.

norma é atribuição exclusiva do Tribunal Constitucional, que de fato o singulariza ainda mais com relação aos outros órgãos do Poder Judiciário.

Fica explícito, então, que essa função é apenas concedida ao Tribunal Constitucional de modo que, no artigo 102, I, a, a Constituição Cidadã também fornece a mesma atribuição ao STF e o coloca como único órgão que pode exercer esse tipo de controle constitucional.

Essencial salientar que o STF também possui função de julgar, decidir conflitos por conta de foro da questão ou por sua característica de ser órgão último de julgamento no Ordenamento Jurídico do Brasil, tal qual expõe a própria Carta Magna Brasileira²².

102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2015.

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam diretos ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

[...]

Como base nesse dispositivo, fica claro que o Supremo Tribunal Federal possui funções enquanto guardião da Constituição, uma vez que decidirá acerca de questões que tangenciem desrespeito à constituição, como o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Sendo importante destacar que as funções atribuídas ao STF são muito mais extensas do que as funções conferidas ao Tribunal Constitucional, como guarda da Constituição doutrinadas por Kelsen. Isso corrobora para que o STF não esteja enquadrado de forma ortodoxa ao modelo de Jurisdição Constitucional e,

consequentemente de guarda da Lei Menor, inspirado pelo jurista Hans Kelsen.

Além disso, existem também os pontos em que o Supremo Tribunal Federal se difere do Tribunal Constitucional de forma mais profunda, ou seja, no cerne da função precípua da Corte Constitucional. Um desses pontos é a forma como o Tribunal Constitucional é constituído. O Tribunal Constitucional kelseniano é um órgão independente, não possui vínculos com o Poder Judiciário²³. Já o STF, é um órgão que faz parte da estrutura do Poder Judiciário, tal qual é trazido pelo artigo 92, I da Constituição Federal²⁴, o que corrobora para que ele não possua caráter de Tribunal Constitucional.

Outro ponto relevante para a diferenciação entre Tribunal Constitucional e Supremo Tribunal Federal, é o fato de que no pensamento Kelseniano o controle de constitucionalidade era restrito, de modo que no Brasil, existem outras formas de fazer esse controle para além das pensadas por Kelsen e que não são exclusivas ao STF. Para tanto, José Afonso da Silva afirma²⁵

Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da Jurisdição Constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz reconhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento das questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso, e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.

A partir de tal afirmação, torna-se claro que o STF, por mais que cumpra função de guarda Constituição não é de fato um Tribunal Constitucional kelseniano, uma vez que não possui a característica principal do órgão, a restrição do controle de uma constitucionalidade. Isso parte do modelo incorporado pelo Brasil ao criar seu ordenamento jurídico, por optado por adotar um sistema difuso e concentrado de controle de constitucional e, consequentemente, acabou por retirar a exclusividade do Supremo Tribunal Federal de averiguar a constitucionalidade das leis.

²³ JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999. p. 86-87.

²⁴ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal;

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 564-565.

CONCLUSÃO

Com base no exposto, observa-se que a escolha do legislador originário da Constituição Federal de 1988 foi por uma forma de guardar a Constituição de maneira diferente de Schmitt, até por conta de toda de estrutura de governo e de forma de observar a política do autor e do modelo que se pretendia instaurar no Brasil.

No que tange à teoria kelseniana de guarda da Constituição, apesar de grandes semelhanças para com ela, a formação do Brasil é diferente também, visto que a estrutura brasileira é diferente da pensada por Hans Kelsen. O autor europeu estrutura o controle de constitucionalidade de uma forma concentrada, restrita ao Tribunal Constitucional e o Brasil adota outra forma também de controle de constitucionalidade, a difusa e que pode ser exercida por qualquer juiz. Com isso, já se perde o cerne da ideia de jurisdição constitucional de Kelsen, que deseja a exclusividade da guarda da Constituição ao Tribunal Constitucional.

Nesse sentido, observa-se que há, no que foi apresentado, duas formas de guardar a Constituição, de modo que a segunda maneira nega a primeira e a escolhida pelo Brasil nega a negação, ou seja, nega a segunda maneira de guardar a Constituição, criando uma terceira maneira. Essa terceira maneira não está impossibilitada de ser negada por outra, tornando-se, dessa forma, uma primeira teoria a ser negada por uma segunda, que poderá ter uma terceira teoria com o intuito de negar a negação da negação. Cria-se, com isso, uma eterna movimentação dialética hegeliana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2015.

DORES, Camilla Japiassu. O guardião da Constituição segundo Schmitt e Kelsen. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar.

2012. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/21201>>. Acesso em: 26 out. 2015.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999.

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

- LIMA, Daniela de. Hans Kelsen: breve introdução biográfica e literária. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8639>.
- LORENZO, Wambert Homes Di. O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução. **Revista Direito e Justiça** v. 23, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.wambert.com/site/images/artigos/pensamento_politico_carl_schmitt.pdf>.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo, Editora Atlas, 2010.
- ROMANO, Roberto. **Conservadorismo romântico: origem do totalitarismo**. 2. Ed., São Paulo: Editora da Unesp, 1997.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do Partisan**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SILVA, Bernardo Medeiros Ferreira da. **O Risco do Político: A Crítica ao Liberalismo na Obra de Carl Schmitt entre 1919-1933**. 2001. 171 f. Tese de doutorado. (Doutorado em Ciências Humanas e Ciência Política). Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.