O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE SCHMITT E KELSEN: O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO NO JULGAMENTO DA "FICHA LIMPA"

PEDRO DA SILVA MOREIRA (*)

RESUMO: *A principal ideia deste artigo é posicionar a polêmica Schmitt x Kelsen sobre o guardião da Constituição no debate atual sobre as funções da jurisdição constitucional. Para tanto, utiliza-se o julgamento da Lei da "Ficha Limpa" pelo Supremo Tribunal Federal como ponto de análise, dada a sua relevância política. A metodologia é singela. A primeira parte contém as premissas teóricas de Hans Kelsen e Carl Schmitt, com a descrição da concepção de cada autor sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Em um segundo momento, aprecia-se o caso da "Ficha Limpa" à luz da controvérsia teórica exposta. Evidenciam-se, ao fim, as ligações entre a postura decisionista de Carl Schmitt e a argumentação prevalente na Corte Suprema.*

PALAVRAS-CHAVE*: Carl Schmitt; Hans Kelsen; Guardião da Constituição; "Ficha Limpa"; Supremo Tribunal Federal.*

1 INTRODUÇÃO

No contexto do julgamento da constitucionalidade da aplicação da Lei da "Ficha Limpa", o então Ministro Carlos Ayres Britto proferiu a seguinte indagação: "Nós vamos segurar pela cauda a eficácia de uma lei concretizadora da moralidade"?[1] Essa frase evidencia exatamente o que está em questão e o que se pretende discutir neste artigo. Afinal, todo o debate acerca da constitucionalidade dessa Lei foi recheado de argumentos éticos, morais e políticos, que guiaram – sem dúvida alguma – a orientação da corrente vencedora nos acirrados debates no Supremo Tribunal Federal.

Não custa recordar que a Lei Complementar n. 135/2010 criou novas hipóteses de inelegibilidade, enrijeceu os requisitos para o exercício da capacidade eleitoral passiva, solidificou a promessa de filtragem de candidatos com histórico "ficha suja". Nasceu, é importante frisar, da iniciativa popular e, portanto, identifica-se como fruto de um anseio da sociedade por eleições pautadas pela ética e por uma representação política atenta à moralidade e à probidade de que trata a Constituição. A Lei emergiu com o carimbo substancial da cidadania. Daí a frase do Min. Carlos Ayres Britto. Como segurar pela cauda, como fulminar, como dar uma resposta negativa à iniciativa popular, se a Lei concretiza a moralidade?

Criou-se ao redor dessa Lei uma aura de candura difícil de questionar. O eminente jurista Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 16), por exemplo, lamentou a "interpretação maliciosa" que, segundo ele, os "defensores dos corruptos" teriam feito ao afirmar que a Lei não deveria alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, em junho de 2010. Essa manifestação apenas expõe o cenário de profundo embate político que se estabeleceu em torno deste tema, na medida em que a opinião pública, e mesmo a própria opinião especializada, confundem argumento de inconstitucionalidade com argumento a favor da corrupção.

É como se outra decisão não pudesse emitir o Supremo que não pela constitucionalidade da Lei. Ainda sem adiantar qualquer posição, vale salientar que a controvérsia maior versou (e na esfera acadêmica é salutar que ainda verse) sobre eventual retroatividade, uma vez que a LC n. 135/2010, com as suas novas hipóteses de inelegibilidade, aplica-se a fatos pretéritos (já com a chancela do STF). Se a renúncia para escapar de possível cassação de mandato

(*) Mestrando em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Assessor da Procuradoria de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator Min. Carlos Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 167.

tornou-se, somente em 2010, causa de inelegibilidade, um ato cometido em 2001, por exemplo, passou a ser alcançado pelo comando normativo superveniente. Na sequência, este aspecto será tratado com mais detalhe. O importante, contudo, é que se perceba o caminho argumentativo construído. No âmbito da jurisdição constitucional, importa a opinião popular? Em outras palavras: a iniciativa da Lei, o seu objetivo moralizante ou a sua substância benéfica devem servir de norte interpretativo para juízes constitucionais?

Essas indagações reacendem um debate ocorrido antes da Segunda Guerra Mundial, antes da ascensão do nacional-socialismo na Alemanha. A querela entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o guardião da Constituição contribui para que entendamos as funções de uma Corte Constitucional. O que estaria em questão, neste cenário em torno da eficácia da Lei da "Ficha Limpa", senão a própria natureza da jurisdição constitucional? Se poderíamos segurar pela cauda a eficácia de uma lei concretizadora da moralidade, como indagou o Ministro Ayres Britto, é uma pergunta que depende – antes – de um esclarecimento acerca de que funções exerce um guardião da Constituição.

Saber quem deve ser esse guardião é algo, na verdade, até secundário na polêmica Schmitt x Kelsen, pois o essencial é determinar qual é a atribuição desse guardião, o que deve ele fazer, como e por qual razão defende a Constituição. É a partir da elaboração dessas premissas que se passa a falar em qual a instituição ou a figura mais adequada e legítima para o exercício dessa guarda. Assim é estruturado o pensamento de Schmitt em "*O Guardião da Constituição*" e a resposta de Kelsen em "*Quem deve ser o guardião da Constituição*?" Esses dois escritos reclamam uma releitura no atual estágio da jurisdição constitucional brasileira, ilustrado por esse julgamento acerca da "Ficha Limpa".

Essa releitura é essencial não propriamente para responder à pergunta que abre esta introdução, mas para saber – antes de tudo – se ela deveria ter sido formulada.

2 A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional é, ao menos no contexto da maior parte das democracias contemporâneas, uma realidade assentada. A existência de um intérprete supremo, de um órgão especializado em apreciar a validade das leis a partir da Constituição, não é hoje objeto de substancial controvérsia. Mas isto nem sempre foi assim. Na Alemanha dos anos 1920, em um cenário de crise da República de Weimar, o debate sobre a necessidade de um Tribunal Constitucional foi acirrado, polêmico e decisivo.

Em 1920, o Estado Austríaco, com a influência intelectual de Hans Kelsen, adotou o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Avizinhando-se essa possibilidade na Alemanha, Carl Schmitt publicou "*O Guardião da Constituição*", que consiste em um minucioso leque de argumentos destinado a apontar os problemas teóricos e práticos da ideia de justiça constitucional. Por sua vez, e com direção ao texto de Schmitt, Kelsen – meses depois – publicou "*Quem deve ser o guardião da Constituição*?", uma defesa ao modelo austríaco e uma crítica direta aos pressupostos teóricos utilizados por Carl Schmitt[2]. O desacordo acadêmico entre ambos reproduziu-se no Tribunal de Leipzig, no ano de 1932[3].

Esse brevíssimo panorama permite apenas localizar no tempo a polêmica entre esses dois grandes pensadores da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Acresça-se a esse singelo histórico a radical ascensão do partido nacional-socialista, que teve – diga-se – Carl Schmitt como o jurista de destaque (*Kronjurist*) [4]. Essa circunstância, aliás, é que torna Schmitt um autor ambíguo, sobre o qual é difícil distinguir perenidade e contingência.

---

2 Para compreender essa cronologia, ver o estudo preliminar de Giorgio Lombardi à edição (espanhola) aqui utilizada para o estudo dos textos fundamentais, tanto de Schmitt quanto de Kelsen, sobre a jurisdição constitucional. (LOMBARDI, 2009, p. XXXVI).

3 Tratava-se de "elucidar se o art. 48 da Constituição Alemã de agosto de 1919 amparava a intervenção efetuada pelo Reich, ao invocar uma situação de exceção de modo a suspender de suas funções o governo ordinário do Länder da Prússia (...)" (traduzido da edição em espanhol). Ibidem, p. LXIII.

4 A participação de Schmitt no nacional-socialismo (já que aderiu ao partido e, inclusive, chegou a escrever textos panfletários de conteúdo antissemita) conferiu-lhe o rótulo de jurista oportunista, conforme se percebe das palavras de Mario Losano: "*El hecho de que hoy hasta la izquierda se haya medusée por un jurista luciferino y oportunista como Carl Schmitt (y que tienda a olvidar a su antagonista Kelsen) es un signo de los tiempos: un signo del oscuro alborear de este siglo XXI, cuyo exordio no muestra ciertamente una fuerte vocación por la legalidad*". (ATIENZA, 2005).

Quanto ao resultado, a distinção entre esses dois autores – especificamente no aspecto aqui estudado – pode ser definida da seguinte maneira: para Kelsen, o guardião da Constituição deve ser o Tribunal Constitucional; para Schmitt, o Chefe de Estado. Os pressupostos teóricos subjacentes a tal conclusão é o que interessa para o objeto deste estudo.

2.1 CARL SCHMITT: DECISIONISMO, UNIDADE E O CHEFE DE ESTADO COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.

Carl Schmitt não crê no caráter jurisdicional de um Tribunal Constitucional. Para ele, o que se decide nessa esfera não pode ser qualificado de jurídico; ou seja, o que emana da Corte não é uma decisão em sentido técnico-jurídico, mas em sentido estritamente político. Uma primeira justificativa para essa conclusão repousa na própria característica dos preceitos constitucionais, dotados, em sua maioria, de alto grau de generalidade e abstração. O processo de subsunção do fato à norma, quando esta norma tem a abertura de um princípio, torna-se mais dificultoso (SCHMITT, 2009, p. 29), à diferença das subsunções ordinárias entre fatos e leis infraconstitucionais.

Apreciar a compatibilidade de uma lei em relação a conceitos como *direito justo*, *razoabilidade* ou *boa-fé* representa, nessa linha schmittiana, tarefa não jurídica, pois a complementação desses conceitos apenas se confirma no terreno próprio da política. Fernando Atria (2003) explora de modo interessante esse ponto quando distingue o acordo sobre um conceito, que ele chama de *norma comum*, do desacordo sobre concepções. O conflito político centra-se justamente nas diversas formas de entender conceitos consensuais, como *igualdade*, *liberdade* e *justiça*. Para resolver um conflito desse tipo, assinala Atria, não se pode escapar de argumentar em direção a uma determinada concepção desses conceitos ou ideias. Essa argumentação, conclui, é essencialmente política[5].

Schmitt adverte, nesse sentido, que "la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable, sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial" (2009, p. 41). Ele manifesta uma preocupação não somente com a judicialização da política, mas com uma possível politização da justiça, na medida em que a política é transposta para o campo jurídico, âmbito que poderia facilmente ser captado e influenciado por quem esteja no poder (SCHMITT, 2009, p. 43). Portanto, e tendo em consideração a natureza política das questões constitucionais, não se poderia falar – para o trato dessa matéria – em genuína jurisdição. O que importa, na verdade, e isto é essencial para compreender o pensamento intemporal de Schmitt, é a decisão concreta e pessoal – e de certo modo arbitrária – de aplicação do preceito constitucional, não uma suposta vinculação normativa (SCHMITT, 2009, p. 57).

Dentro de um escopo de vagueza e imprecisão, o que faz o juiz constitucional – para Schmitt – não é conferir uma solução normativa, mas efetivamente construir legislação constitucional. Ele, neste ponto, afirma que "*una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un caso sobre la base de una ley*" (2009, p. 69). Schmitt entende por função jurisdicional, que justifica a independência e imparcialidade do juiz, a emissão de uma decisão que advém de uma pauta prévia, de uma lei geral, afirmando, assim, que a decisão já se acha contida na própria lei[6].

Mesmo assim, ainda que a decisão judicial já esteja contida na própria lei e, portanto, nela obtenha fundamento, há sempre um elemento de pura decisão que não é extraído do comando normativo[7] (SCHMITT, 2009. pp. 82-83). E é esse elemento decisionista que resolve o conflito de modo impositivo, dotando de forma e imperatividade a argumentação jurídica desenvolvida e fundada em um preceito legal prévio. O inquietante para Schmitt é que esse elemento de pura decisão acentua-se na jurisdição constitucional. Em outras palavras, quando se está diante de uma

[5] Esse, de fato, é um dos problemas de tentar extrair uma decisão de um conceito comum, sobre o qual todos estão de acordo. Decidir com base na igualdade é algo que depende de uma densificação da ideia de igualdade, porque – ainda que ela seja comum no âmbito conceitual – ela enseja desacordos no momento de precisar o que é uma postura efetivamente igualitária. Aliás, é justamente pela sua característica de servir a "A" e a "B", de ser para as duas partes do conflito uma norma aceita, que ela não é capaz de resolver, por si só, o caso.

[6] Nas palavras do autor: "*La posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto contenido, de otra decisión definida e individualizable, que se halla ya contenida en la ley*". (SCHMITT, 2009, p. 69)

[7] Ibidem, pp. 82-83. A esse fenômeno Carl Schmitt chama *decisionismo*.

instituição "*cuya cardinal misión es fallar sobre dudas, incertidumbres y divergencias de opinión*", esse elemento decisionista converte-se no próprio objeto da demanda. O Tribunal Constitucional é, pois, uma instituição puramente decisionista, cuja função é atuar na imprecisão e na divergência entre opiniões políticas, resolvendo – autoritativamente – esse desacordo.

Por essa razão, Schmitt compreende um tribunal dessa espécie como legislador constitucional exercendo funções de "alta política" (SCHMITT, 2009, p. 87). Não se pode ignorar que esse desenho teórico elaborado por Schmitt, que muito tem a acrescentar ao debate atual sobre o ativismo dos tribunais constitucionais, atrela-se às noções de decisionismo jurídico e ordenamento concreto[8]. A crítica ao positivismo jurídico (ou pelo menos ao conceito que ele tem de positivismo jurídico) está estampada em seu pensamento. Schmitt opõe-se ao normativismo, ao esgotamento do Direito no conceito de norma, à exaltação à figura do legislador, para esboçar, então, sua preferência pelo decisionismo. Daí a sua aversão ao Estado Legislativo e a um sistema acrítico, sem preocupação com o conteúdo, centrado na legalidade[9].

A Constituição não é, para Carl Schmitt, uma norma jurídica, ou pelo menos esse atributo normativo não tem – para ele – qualquer importância. A Constituição é uma decisão política da comunidade, identificando-se com a unidade política – e concreta – do próprio Estado[10]. A compreensão da vontade do poder constituinte, aliada a um contexto de atuação de forças políticas concretas, resulta na dissolução da essencialidade do componente convencional; isto é, a Constituição, na medida em que contém as decisões políticas fundamentais da comunidade, não pode ser esvaziada por uma perspectiva alheia à política e vinculada apenas a uma abstração normativa. Mais uma vez, a decisão é o elemento estrutural do pensamento de Carl Schmitt.

Se isto é assim, a guarda da decisão política fundamental da comunidade não poderia estar nas mãos de um tribunal, mas de uma instância que detém a última palavra em termos de política: o Chefe de Estado. Há outro argumento, bastante presente na análise de Schmitt sobre o Estado Alemão na época de Weimar, que contribui para retirar da jurisdição a última palavra sobre questões constitucionais. Trata-se do pluralismo, da policracia e do federalismo[11]. Esses fenômenos representam o caráter multifacetado da sociedade política, que – na sua ampla diversidade – perde em unidade e, mais ainda, em capacidade de decisão.

A existência de grupos de interesses dentro dos parlamentos, de coalizões partidárias em contextos de compromissos e concessões, contribui para o esvaziamento da legitimidade do legislador positivo, incapaz de tomar decisões políticas efetivas (MACEDO JR., 2011, p. 54). Schmitt persegue uma ideia de homogeneidade e não concebe (pelo menos não no contexto histórico aqui estudado[12]) que a decisão possa ser tomada no seio da pluralidade, a partir de acordos entre partidos diversos, muito menos em momentos de crise, de exceção. Seria necessária, portanto, uma instância de consenso, que abarcasse a unidade nacional e que ascendesse por trás dos inúmeros centros de poder, acima e além das negociações diárias entre partidos. Essa é a figura, a função e a posição do *Führer*. É ele, para Schmitt, o defensor da Constituição.

---

8 "O decisionismo institucionalista schmittiano consiste nesse sistema de imbricação e dependência, que combina o elemento ocasional da decisão originária (da soberania ou da instituição) com a dinâmica de criação de valores e conteúdos do jogo institucional". (MACEDO JR, 2011, p. 105).

9 Assim define Schmitt o Estado legislativo: "*La expresión típica del Estado legislativo es la constitución anticipada de normas de contenido apreciable y determinable, duraderas y generales, donde la decisión judicial parece una mera aplicación de las mismas de igual manera que, en general, toda la vida estatal tiene que ser abarcada por un sistema de legalidad cerrado subsumido a los hechos*". (SCHMITT, 2006, p. 03).

10 "*Une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanat d´un être politique sur le genre et la forme de son propre être. Le mot de « volonté » définit la nature essentiellement existentielle de ce fondement de la validité, par opposition à toute dépendence envers une justesse normative ou abstraite*". (SCHMITT, 1993, p. 212).

11 Carl Schmitt define esses três termos da seguinte maneira: "*La palabra federalismo quiere expresar aqui, solamente, la coexistencia de uma diversidad de Estados dentro de uma organización federal (...). El pluralismo, en cambio, significa una variedad de complejos sociales de poder, firmemente organizados (...). La policracia, por último, es un conjunto de titulares, jurídicamente autónomos, de la economía pública, en cuya independencia encuentra una limitación la voluntad política*". (SCHMITT, 2009, pp. 127-128).

12 No fim da vida, em um de seus últimos escritos, Schmitt passa a compreender que a decisão política é socializada e não necessariamente centralizada em uma figura soberana. (MACEDO JR., 2011, p. 114).

As divergências de opinião produzidas na esfera política ordinária resolvem-se, nesse escopo, em uma instância não ordinária, que possui uma espécie de poder neutro (*pouvoir neutre*). A correspondência em francês justifica-se pela referência ao pensamento de Benjamin Constant, que entendia o poder real – ao dissertar sobre a monarquia constitucional – como um poder neutro[13]. Essa neutralidade política assenta-se na distinção entre *auctoritas* (autoridade) e *potestas* (poder), uma vez que a chefia de Estado detém autoridade, mas não exerce poder. Para Hannah Arendt, ao tratar da origem da ideia de autoridade, a principal característica de quem detém autoridade é não possuir poder[14] (ARENDT, 1972, p. 164).

A importância dessa distinção é manifesta na percepção de Carl Schmitt. A instituição da chefia de Estado representa, para ele, "*la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento*" (2009, p. 246). Trata-se de um órgão mediador, que tutela a atividade política, cuja atividade – cotidianamente neutra – apenas se reproduz em situações de necessidade, sobretudo na exceção, quando é preciso defender a unidade política, a homogeneidade do Estado, considerando-se, ademais, a legitimidade popular que possui o Presidente do *Reich*, eleito pela nação. Assim, não se torna difícil – após a exposição das ideias schmittianas – compreender a razão pela qual a defesa da Constituição, em seu pensamento, deve ficar a cargo do Chefe de Estado, concebido como um poder independente e verdadeiramente neutro.

Essa neutralidade Schmitt não enxerga no Tribunal Constitucional, que seria – em sua opinião – uma justiça política formuladora de preceitos constitucionais, sem sequer ter legitimidade popular (leia-se: eleitoral) para tanto. O perigo pluralista, que impede a verdadeira e concreta decisão política, é contrabalançado pela figura do Chefe de Estado (SCHMITT, 2009, p. 286). Este, encarregado de guardar a unidade do povo, de atuar com inspiração nacional, equilibra as dilaceradas forças de poder, sendo capaz de impulsionar o Estado em direção à preservação da unidade constitucional (SCHMITT, 2009, p. 287).

Se a Constituição não é norma; é – pois – decisão política fundamental, e se ela apenas pode ser defendida e interpretada por outra instância política, neutra e independente dos compromissos partidários, é o *Führer* quem deve protegê-la (SCHMITT, 2011) [15]. Dizer que essa atividade deve ser atribuída a um tribunal significa, para Carl Schmitt, além de enfraquecer a própria independência jurisdicional, construir uma indesejável "aristocracia da toga" (SCHMITT, 2009, p. 280).

2.2 HANS KELSEN: NORMATIVISMO, PLURALIDADE E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.

A Constituição, para Hans Kelsen, é norma. Não se trata, portanto, de decisão meramente política. Ela constitui o fundamento de validade de toda a ordem hierarquicamente inferior, de todo o sistema de normas que nela se assenta. Nesse sentido, o conjunto de leis infraconstitucionais, por exemplo, encontra o seu fundamento de validade na validade de uma norma de hierarquia superior, qual seja, a Constituição[16].

Muito não é preciso para dizer que a validade da norma, em Kelsen, independe do conteúdo. "Todo e qualquer conteúdo pode ser Direito" (KELSEN, 2009a, p. 221). A pretensão da "teoria pura" é justamente a elaboração de uma

[13] "A monarquia constitucional cria esse poder neutro, na pessoa do chefe de Estado. O verdadeiro interesse desse chefe não é, de forma alguma, que um dos poderes derrube o outro, mas que todos se apoiem, se entendam e ajam em colaboração". (CONSTANT, 2005, p. 19).

[14] *Auctoritas* deriva do verbo *augere*, que significa aumentar. A autoridade é um acréscimo ao poder.

[15] É importante salientar que esse texto ("O Führer protege o Direito") representa uma exacerbação da ideia do Chefe de Estado como defensor da Constituição, elaborada no contexto da ascensão do nacional-socialismo. Cabe advertir que se trata de um escrito panfletário, cuja substância científica é baixa, o que permite enquadrá-lo na parte contingente e circunstancial da obra schmittiana.

[16] "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum". (KELSEN, 2009a, p. 217). Neste ponto, norma fundamental é a norma hipotética, pressuposta, que constitui o fundamento de validade de todas as normas do sistema, incluindo a Constituição. Esta, por sua vez, poderia ser designada de norma fundamental positiva, pois convencional e posta – não pressuposta.

ciência jurídica positiva que não se confunda com política, sociologia, moral. O Direito, nessa visão, é um sistema de normas (KELSEN, 2009a, p. 52), um ordenamento social e, do ponto de vista descritivo – que é o interesse do cientista jurídico kelseniano – não é possível misturar o objeto da descrição (a norma), o objeto da ciência, com a qualidade ou valor moral que a ele se atribua. O "ser" e o "dever-ser" são coisas díspares.

Um sistema moral também é um sistema de normas, que reclama obediência (não necessariamente jurídica) àqueles que compartilhem da mesma moral. Ocorre que, e isto é essencial para compreender a tese positivista de Kelsen, "a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral" (2009a, p. 76). Adota-se, nessa linha, uma postura relativista quanto aos valores[17], na medida em que se aceita que – sob a mesma ordem jurídica – coabitem sistemas morais distintos, por vezes opostos, que não necessariamente tenham qualquer correspondência com a ordem jurídica instituída. A justiça ou injustiça de uma norma é algo que não pode ser formulado com pretensão absoluta, na medida em que essa qualidade moral varia no interior de uma comunidade política específica, considerada, ainda, a sua evolução no tempo e no espaço[18].

O controle de constitucionalidade representa, nesse contexto normativista e procedimental, um exame de correspondência entre a norma infraconstitucional e a norma que constitui o seu fundamento de validade (KELSEN, 2009a, p. 222). Verifica-se, nessa linha, se a norma questionada está de acordo com a Constituição, tanto do ponto de vista da forma quanto do conteúdo[19]. Trata-se de um procedimento lógico e estritamente normativo, que independe, em consonância com o exposto no parágrafo anterior, da natureza política ou da qualidade moral da norma examinada. Por esse atributo técnico, e pela consideração normativa do Direito, Kelsen – em oposição a Schmitt – qualifica de jurisdicional a atividade de um Tribunal Constitucional.

Mas ele, contudo, não ignora a relação existente entre a jurisdição constitucional (na verdade, a jurisdição em geral) e a política. Kelsen apenas salienta que esse caráter político das decisões de um Tribunal Constitucional não se fundamenta no decisionismo, como menciona Carl Schmitt, advertindo – além disso – que não é correta a oposição absoluta entre funções jurisdicionais e funções políticas (KELSEN, 2009b, p. 305). Como todo o conflito de interesses, conduzido em termos justiciáveis, é também um conflito de poder, não existiria – nesse escopo – disputa jurídica sem um componente substancialmente político (KELSEN, 2009b, p. 307). Para aclarar essa ideia, que pode parecer um pouco confusa, vale reproduzir as próprias palavras de Hans Kelsen: "*el carácter político de la Justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza*" (2009b, p. 306).

Isso quer dizer apenas que a discricionariedade do julgador, e se tem aí o seu espaço de valoração política (que Schmitt denominaria "elemento de pura decisão") depende da maneira como são formuladas as pautas prévias que lhe servem de fundamento decisório. Ocorre que essa é uma questão que atinge toda a jurisdição – ordinária e constitucional. Negar isso, segundo Kelsen, seria conceber o juiz como um autômato (2009b, p. 314), que apenas descobre na legislação a solução para a controvérsia fática, sem acrescer nenhuma interpretação ou valoração em seu espaço de discrição.

---

17 "Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos". Ibidem, p. 76.

18 " *En fait, je ne sais pas et je ne peux pas dire ce qu´est la justice, la justice absolue, ce beau rêve de l´humanité. Je dois me contenter d´une justice relative et ne peux que dire ce qu´est la justice à mes yeux*" (KELSEN, 2012, p. 96).

19 E aqui cabe um esclarecimento, pois em linhas anteriores argumentei que a validade de uma norma, em Kelsen, independe de seu conteúdo. Trata-se, neste caso, de um conteúdo abstrato, de uma ideia anterior de Justiça, fora, portanto, da convenção. Outra coisa é dizer que a validade de uma norma infraconstitucional depende, agora sim, do conteúdo da norma constitucional. O exame é normativo e o conteúdo da norma constitucional também é convencional. Uma norma constitucional, por exemplo, poderia enunciar que, para o mesmo posto de trabalho, homens devem sempre receber salários mais altos que os salários das mulheres. Um ordenamento assim fictício não está construído com base na igualdade entre homens e mulheres. Uma norma infraconstitucional que dispusesse o oposto, estabelecendo salários iguais ou maiores para as mulheres, poderia ser declarada inconstitucional, pois violaria o conteúdo da norma hierarquicamente superior. Essa correspondência de conteúdo existe em Kelsen. No entanto, o fato de esse ordenamento ser injusto aos nossos olhos não diz nada com a validade das normas que nele se assentam.

Se o caráter não jurídico da justiça constitucional, apontado por Schmitt, funda-se na presença de normas imprecisas e semanticamente indeterminadas, essa argumentação também teria que despir de juridicidade a própria jurisdição ordinária, a qual também tem de enfrentar problemas dessa natureza na aplicação do Direito. Schmitt, nesse sentido, termina por se contradizer, pois – embora afirme expressamente que uma decisão judicial baseia-se em uma lei que já contém a própria decisão[20] (e por isso, é jurídica) – reconhece o elemento de "pura decisão" existente em qualquer instância judicial, ideia corroborada pelo ataque que promove ao positivismo legalista (SCHMITT, 1996, p. 33) [21]. Daí a afirmação de Kelsen, identificando essa contradição em Schmitt, de que a descrença na jurisdição constitucional tem como pressuposto, na verdade, uma consideração política do jurídico (KELSEN, 2009b, p. 316).

Kelsen não desconhece o problema, já referido no item sobre Schmitt, de que a formulação constitucional de conceitos como *equidade*, *moralidade* e *igualdade*, sem qualquer precisão de significado pelo constituinte, deixa ao legislador e aos órgãos aplicadores do Direito uma ampla margem de discricionariedade, porque qualquer decisão poderia ser justificada com base nessas ideias (KELSEN, 2007, p. 168). Se um tribunal utiliza um desses conceitos para conferir solução normativa a um caso determinado, pode argumentar com base em uma concepção política inclusive oposta à da maioria da população, o que daria aos juízes uma "força insuportável" (KELSEN, 2007, p. 169). Schmitt utiliza um argumento similar para justificar que não há genuína jurisdição nesta hipótese. Kelsen, por sua vez, compreende que se trata de uma problemática simplesmente normativa[22], acerca da característica das normas constitucionais, tanto que recomenda a formulação mais precisa possível na utilização de princípios (KELSEN, 2007, p. 170).

Estabelecida essa perspectiva relacionada ao normativismo, que funda a noção de controle de constitucionalidade, cumpre referir – com brevidade – a crítica kelseniana à neutralidade que Schmitt confere ao Chefe de Estado. Hans Kelsen discorre sobre as origens da teoria do *pouvoir neutre* na monarquia constitucional, demonstrando que essa construção apenas escondia o poder que efetivamente possuía o Chefe de Estado, dentro das funções que a própria Constituição lhe atribuía na condução dos assuntos políticos. Nesse sentido, aceitar a figura do Presidente do *Reich* como guardião da Constituição equivaleria a impedir uma eficaz garantia contra violações ao texto constitucional, pois seria propriamente o governo, a referendar os atos do Chefe de Estado, o principal violador da Constituição (KELSEN, 2009b, p. 294).

Tem-se nesse quadro, portanto, uma diferença crucial entre as concepções de Kelsen e Schmitt, a servir – adianta-se – de mote indispensável para a sequência deste artigo.

Kelsen preocupa-se com um procedimento que assegure o respeito às normas constitucionais que servem de validade – inclusive com relação ao conteúdo – às normas editadas pelo legislador. Trata-se, pois, de uma concepção voltada essencialmente para limitar o poder político da maioria, considerada a pluralidade de valores existentes na sociedade e espelhada no parlamento. Conforme afirma o próprio autor: "*La función política de la Constitución es poner límites jurídicos al ejercicio del poder*" (2009b, p. 293). O Tribunal Constitucional, como guardião da Constituição, tem atributo essencialmente normativo e contramajoritário.

Schmitt, por seu turno, busca a autonomia do político e, assim, assenta sua análise na ideia da decisão transcendente (ATTILI, 2004, p. 49), que possa sobrepor-se à ausência de capacidade decisória do parlamento. A Constituição, já despida de caráter jurídico-normativo e concebida como decisão política fundamental, é desarmada para evitar a domesticação do poder pelo Direito (HERZOG-MÁRQUEZ, 1996, p. 154). O Chefe de Estado, identificado com o povo e inspirado na unidade nacional, é autorizado, na condição de guardião da Constituição, a resolver o desacordo relativo à aplicação de preceitos constitucionais, em consideração às forças políticas da situação concreta, não alcançadas pela apolítica juridicidade (LOMBARDI, 2009, p. XLIII).

---

[20] Ver nota de rodapé n. 06.

[21] Não há, neste escrito de Schmitt ("Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica"), espaço para compreender Schmitt como um defensor da figura do juiz como "autômato", tendo em vista – inclusive – a crítica que faz à escola da exegese.

[22] Por essa razão, trata-se de uma problemática – na visão kelseniana – não exclusiva da jurisdição constitucional. Também o legislador ordinário pode formular conceitos indeterminados, cláusulas abertas ou mesmo regras estritas com significação ambígua. Isso não quer dizer que o juiz aplique, o que seria admitir praticamente uma ontologia, o Direito sempre de forma política, como se não houvesse consideração jurídica relevante.

3 O JULGAMENTO DA LEI DA "FICHA LIMPA" PELO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Kelsen e Schmitt têm tudo a ver com esse julgamento. Uma cuidadosa leitura da argumentação desenvolvida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal faz reacender o debate sobre a guarda da Constituição. A Corte Suprema é a guardiã da nossa Constituição e, assim, tem de enfrentar julgamentos com repercussões políticas decisivas, tem de se manifestar sobre a constitucionalidade de leis orientadas aos mais diversos fins políticos. Esta, a Lei Complementar n. 135/2010, é denominada Lei da "Ficha Limpa" justamente porque tem como finalidade extirpar do cenário eleitoral aqueles que não obedeçam a um mínimo ético exigível.

Permeiam esse debate não apenas argumentos normativos (se a norma "x" é compatível com a norma "y" ou com o conjunto de normas "y, z, w..."), mas essencialmente argumentos de natureza moral e política, oriundos – todos eles, sem dúvida – de uma determinada leitura da Constituição. Não há nos julgados, é certo, um só fundamento extrajurídico confessado. E nem seria necessário, porque a nossa Constituição, ao consagrar a axiologia dos princípios, acaba autorizando – para o bem ou para o mal – conformações mais ou menos (cada vez mais) discricionárias por parte dos juízes e que se relacionam, fatalmente, a uma leitura substancial das normas constitucionais. Mas essa particularidade, como já demonstrado em linhas anteriores, era apontada tanto por Kelsen quanto por Schmitt, de modo que ela não integra nosso objeto.

A questão é que, utilizem os julgadores princípios ou regras[23] para fundamentar as suas decisões, a compreensão que possuem sobre as funções do guardião da Constituição não raro se expressa, ainda que sutilmente, no conteúdo da argumentação. Isso se torna ainda mais evidente quando a matéria constitucional tem a envergadura da Lei da "Ficha Limpa", a envolver pressão popular, midiática e o destino das eleições em todo o país.

Quando a jurisdição constitucional tem de interpretar a Constituição para resolver casos de grande impacto político, cuja impopularidade muitas vezes é um risco (a ser ou não assumido), é que renasce a polêmica entre Kelsen e Schmitt e que se nota, nesse sentido, a opção por um lado ou por outro. No caso da Lei da "Ficha Limpa", e é esta a hipótese submetida desde já à discussão, o Supremo Tribunal Federal alinhou-se à concepção de Carl Schmitt sobre a defesa da Constituição.

3.1 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO "RETROATIVA" DA LEI DA "FICHA LIMPA": DOIS EXEMPLOS SOBRE O PROBLEMA.

Dois casos exemplificam com perfeição a problemática.

O primeiro tem relação com a aplicação do art. 1º, inciso I, alínea *k*, da Lei Complementar n. 64/90, já alterada pela LC n. 135/2010[24], que torna inelegíveis aqueles "que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal". O fato é que, antes da entrada em vigor da Lei da "Ficha Limpa" em 2010, parlamentares (não apenas estes, mas comumente estes) supostamente envolvidos em corrupção, acusados – politicamente – de quebra do decoro, renunciavam a seus mandatos para escapar de eventual cassação, na medida em que esta traria a consequência da inelegibilidade.

[23] A distinção entre princípios e regras é conhecida na teoria do Direito e, no constitucionalismo moderno, ganhou notoriedade a partir – sobretudo – dos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para o objeto aqui enfrentado, não é preciso ir longe. É possível entender princípios como aqueles preceitos indeterminados, comuns ("normas comuns"), abstratos e com alto grau de generalidade, de que tratavam tanto Carl Schmitt quanto Hans Kelsen em seus estudos sobre a defesa da Constituição.

[24] Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

Assim procedeu Jader Barbalho, presidente do Senado Federal no ano de 2001. Naquele momento, os jornais veiculavam uma série de notícias que relacionavam seu nome a desvios de recursos públicos. Então senador pelo Estado do Pará, foi investigado pela Polícia Federal e, nesse contexto, prestou depoimento ao Conselho de Ética do Senado, negando qualquer participação nos esquemas de corrupção. O Conselho, após analisar as provas contra o senador, aprovou a abertura do processo de cassação de Barbalho por quebra do decoro parlamentar. Ao temer a inelegibilidade pelo período de oito anos, imputada à época àqueles que fossem cassados, Jader renunciou e, no ano seguinte (2002), candidatou-se a deputado federal, obtendo a maior votação no Estado do Pará. Barbalho reelegeu-se em 2006, retornando ao Senado Federal no ano de 2010[25].

Jader exerce, atualmente, o mandato de senador da República, em razão da não aplicabilidade da Lei da "Ficha Limpa" às eleições de 2010[26]. Mas o Supremo Tribunal Federal declarou, não apenas no julgamento que apreciou o recurso interposto pelo parlamentar[27], a constitucionalidade da aplicação da Lei da "Ficha Limpa" a fatos pretéritos. Esta é a informação que merece atenção. Nesse sentido, criou-se a seguinte situação, que pode ser descrita de modo singelo: o ato de renúncia, cometido no ano de 2001, momento em que não havia qualquer previsão de inelegibilidade para essa conduta, passou a ser abarcado pela alínea *k* transcrita acima, que apenas entrou em vigor em 2010. Assim, mesmo tendo praticado o ato em 2001 e exercendo sucessivos mandatos após a renúncia, o parlamentar teria a sua capacidade eleitoral passiva restringida a partir de 2010, por ato praticado em 2001, vale repisar.

O Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria, afastou a tese de que se estaria a tratar de irretroatividade da lei, aduzindo – para tanto – alguns argumentos principais.

(1) Inelegibilidade[28] não é pena, não é sanção, é, sim, "condição negativa para o exercício dos direitos políticos passivos, verificável no momento do pedido do registro" (GONÇALVES, 2012, p. 85). (2) Não existe, a partir dessa premissa, violação à regra da irretroatividade das leis, aplicável tão somente a sanções ou penas, tampouco vulneração ao princípio da presunção de inocência. (3). A Constituição, no art. 14, §9º, autoriza o legislador a criar hipóteses de inelegibilidade fundadas na vida pregressa do candidato. (4). Deve-se fazer uma ponderação "entre o princípio da presunção de inocência, um direito individual, que tem incidência nas causas penais, e a moralidade administrativa, direito fundamental político, de interesse coletivo" [29]. (5) Mais ponderações: "o princípio constitucional prevalecente é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada" [30]. (6). Ainda mais ponderações: o interesse público deve prevalecer diante do interesse exclusivamente individual e privado[31].

Parte da doutrina do Direito Eleitoral – ou "Novo Direito Eleitoral" (SANTANA, 2012) – suporta os argumentos da corrente majoritária do STF, sobretudo na defesa de um caráter não sancionatório das inelegibilidades, apesar de a própria LC n. 135/2010 usar o termo "sanção de inelegibilidade". Neste caso específico da renúncia, a aplicação a

---

[25] A cronologia do "caso Jader Barbalho", no que se refere aos acontecimentos do ano de 2001, pode ser encontrada na edição eletrônica do Jornal Folha de São Paulo (Folha online), publicada na data de 19/02/2002. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u29317.shtml. Último acesso em 20.04.2013.

[26] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 633.703/MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 23.03.2011. Neste julgamento, o STF entendeu pela inaplicabilidade da LC n. 135/2010 às eleições de 2010, em observância à anterioridade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição.

[27] Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010; Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010; Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADIN n. 4.578/DF, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012; Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADC n. 29, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012; Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADC n. 30, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012.

[28] À diferença das inelegibilidades inatas (configuradas na seara dos impedimentos para a candidatura), que não correspondem a uma reprovação jurídica a um ato em específico, as inelegibilidades cominadas representam a violação a um bem jurídico tutelado, em razão da prática de certo ato ilícito. Em outras palavras, a inelegibilidade cominada reprime um comportamento, acrescendo-lhe uma consequência jurídica negativa. Ver, nessa linha, AGRA, 2012, p. 23.

[29] Este argumento está contido no parecer do Procurador Geral da República. Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 83.

[30] Este argumento consta no voto da Ministra Carmen Lúcia. Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 90.

[31] Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 140. Trata-se do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

fatos pretéritos é defendida sob o argumento de que a inelegibilidade corresponde a um "critério jurídico-político a ser observado pela autoridade responsável pela apreciação do pedido do registro de candidatura" (SEIDEL, MACHADO E REIS, 2010, p. 195). Por isso, aquele que tenha renunciado, nos limites da norma superveniente, antes da vigência da Lei da "Ficha Limpa", também é alcançado pela consequência jurídica, de natureza – diz-se – preventiva e não punitiva (REIS, 2010, p. 37).

Esse acervo argumentativo encerra a questão da retroatividade de modo bastante simples. Se a condição de elegibilidade é observada no momento do registro, como um critério jurídico-político, não importa quando tenham acontecido os fatos, mas se são abarcados pelas regras vigentes à apreciação do registro. No entanto, cabe indagar se isto não é, de fato, aplicar uma norma de modo retroativo. Talvez a indagação fique mais expressiva na observância ao segundo caso que ilustra a problemática, conforme adiantado na primeira linha deste item.

A Lei da "Ficha Limpa", além da alínea "*k"* aqui abordada, provocou dura polêmica no que concerne à alínea "*d*", ao dispor que são inelegíveis, para qualquer cargo:

> d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

No Município de Criciúma/SC, nas eleições ocorridas no ano de 2012, o candidato a prefeito Clésio Salvaro teve seu registro de candidatura negado pela Justiça Eleitoral. O argumento é bastante singelo e é similar à hipótese da renúncia. Na data de 16.03.2009, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina reconheceu a prática de abuso de poder econômico por uso indevido dos meios de comunicação social, fixando a consequência jurídica (evita-se falar em sanção) da inelegibilidade pelos três anos subsequentes, como determinava a Lei Complementar n. 64/90, em sua redação anterior. Sem a interposição recursal, a decisão transitou em julgado.

Mas por que não houve recurso à época? Como a inelegibilidade duraria por três anos, contados a partir de março de 2009, o réu decidiu não interpor recurso às instâncias superiores, já que a eleição municipal seguinte ocorreria apenas em outubro de 2012, quando a sua candidatura já poderia ser apresentada sem problemas, findos os efeitos da condenação imposta pela Justiça Eleitoral[32]. Entretanto, conforme já sublinhado, a situação foi alterada com a edição da Lei da "Ficha Limpa", aplicada pela primeira vez justamente nas eleições de 2012 e que, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, passou a incidir sobre situações ocorridas no passado.

Embora formada a coisa julgada, com observância da inelegibilidade de 2009 a 2012, sabe-se que a Lei Complementar n. 135/2010 aumentou o tempo da inelegibilidade de três para oito anos. Quando apresentado o pedido de registro por Clésio Salvaro em meados de 2012, houve indeferimento pela Justiça Eleitoral, que aplicou – desta vez – a previsão de 08 (oito) anos[33]. Em outras palavras: o candidato, que cumprira os três anos anteriormente previstos e aplicados pela mesma Justiça Eleitoral, com base nos quais, sequer interpôs irresignação recursal aos tribunais superiores, teve – supervenientemente – sua consequência de inelegibilidade alterada para oito anos, o que terminou por impedir a sua candidatura.

Não se estaria a cuidar – neste exemplo – de circunstância máxima de retroatividade da lei? À diferença do caso da renúncia, em que a LC n. 135/2010 conferiu efeitos futuros a um ato praticado no passado (como se isto não fosse retroação), sobre o qual a Justiça jamais havia se manifestado, no exemplo do Município de Criciúma havia decisão com trânsito em julgado reconhecendo a inelegibilidade e aplicando a respectiva "sanção" de três anos. Há, nesta circunstância, algo equivalente à rescisão de julgados; ou seja, aquela "penalidade" imposta antes do advento da Lei da "Ficha Limpa" nenhum valor jurídico possuiu, à exceção do reconhecimento da ilegalidade.

Há nítida relevância jurídico-constitucional (ou não há?) no fato de alguém orientar as suas ações com base em uma decisão terminativa e imodificável da Justiça Eleitoral e, posteriormente, ver essa decisão alterada, com aumento

---

[32] Essa informação foi veiculada pelo jornal Diário Catarinense (em sua edição eletrônica), na data de 28/08/2012. Disponível em: http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/politica/eleicoes-2012/noticia/2012/08/tribunal-regional-eleitoral-mantem-cassacao-de-candidatura-de-clesio-salvaro-em-criciuma-3868105.html. Último acesso: 20.04.2013.

[33] A sentença da instância ordinária, confirmada no TRE/SC, pode ser consultada em http://www.eleitoralbrasil.com.br/index.php/txt/ler/218/1a-Cassacao-no-Estado-de-SC-pela-Lei-da-Ficha-Limpa. Último acesso: 20.04.2013.

do tempo de restrição a um direito fundamental de participação política; isto é, em absoluto prejuízo ao cidadão que pretende exercer a sua capacidade eleitoral passiva. Retroatividade, e este caso estampa isto de maneira cristalina, é exatamente a hipótese observada nas eleições em Criciúma. Resta indagar, nesse contexto, sob que justificativa ou motivação a Corte Constitucional valida esse procedimento.

É exatamente a resposta a essa indagação que relaciona a posição da Corte ao debate entre Kelsen e Schmitt, prevalecendo – conforme já dito – uma inclinação à noção de decisão concreta[34], em consideração a aspectos morais e políticos circunstanciais, ainda que a roupagem de interpretação normativa permeie a argumentação.

3.2 MORALIDADE, "ESPÍRITO DO POVO" E ÉTICA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE SCHMITT E KELSEN.

As referências às funções da Corte Constitucional não foram raras nos julgamentos que envolveram a Lei da "Ficha Limpa". Os debates foram intensos, marcados por palavras duras, por afirmações fortes e por menções às consequências da solução que se desenhava, em favor da preservação da validade da Lei, aplicada a fatos pretéritos. A corrente majoritária, que fixou – portanto – a posição da Corte, utilizou argumentos que, na hipótese aqui apresentada, aproximam-se da concepção schmittiana de defesa da Constituição. Tanto é assim que os votos divergentes, conforme se observa a seguir, apelaram para o caráter contramajoritário do guardião da Constituição.

Nas linhas que abriram este trabalho, expôs-se a relevância política da Lei Complementar n. 135/2010, em um contexto de pressão social contra a corrupção. A "Ficha Limpa" constitui uma das poucas leis de iniciativa popular e esse aspecto foi considerado na argumentação manejada por alguns ministros da Corte. O Ministro Ayres Britto ressaltou o suporte de 40 (quarenta) associações da sociedade civil à construção da Lei. Em resposta, o Ministro Gilmar Mendes asseverou: "o argumento de que a lei é de iniciativa popular (...) não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da jurisdição constitucional" [35].

De fato, o raciocínio prevalente elabora uma aliança entre as razões políticas, éticas e morais que fundaram a edição do diploma legal e o exercício de democracia participativa contido na iniciativa popular. À questão de suposta violação à presunção de inocência, na medida em que a lei não apenas retroage, mas retira a condição de elegibilidade antes do trânsito em julgado de eventual condenação, responde o Ministro Luiz Fux: "ou bem se realinha a interpretação constitucional da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição" [36].

Sem adentrar no mérito da violação da presunção de inocência, o interessante é observar – desconhecendo-se o que o julgador entende por "estado espiritual do povo", a referência substancial ao papel do povo no agir da jurisdição constitucional. Não há muita distância, pois, da ideia schmittiana de que a defesa da Constituição inspira-se na noção de "povo", unidade nacional, considerada a realidade concreta circunstancial, que exige uma decisão politicamente autônoma. No trato da interpretação de uma garantia constitucional da mais alta valia, como o é a presunção de inocência, de *status* elevadíssimo na seara dos direitos e garantias individuais, a utilização de um artifício retórico, metafísico e obscuro para concretizar o seu significado e alcance merece especial atenção.

O Ministro Joaquim Barbosa, a exemplo de Luiz Fux e Ayres Britto, também conferiu diferenciado relevo à iniciativa popular. A menção a esse aspecto não representa apenas um realce, um entusiasmo pela manifestação da sociedade no processo de elaboração das leis. Barbosa sublinha que a marca distintiva da LC n. 135/2010, "fruto da mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos (...), já deve constituir um norte interpretativo

[34] Uma posição que alia a função contramajoritária (neste trabalho relacionada a Kelsen) ao caráter essencialmente político do guardião da Constituição, negando-lhe a capacidade de impor limites jurídicos ao poder, com inspiração em Schmitt, pode ser encontrada em BARZOTTO, 2012, pp. 24-25.

[35] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p.209.

[36] Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADIN n. 4.578/DF, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, p. 12. Na sequência, Fux pondera e arremata: "(...) o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular" (p.22).

importante" [37] para analisar o recurso. Nesse sentido, o ministro efetua uma ponderação entre "valores concernentes aos direitos políticos individuais" e os "valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva", entendendo que os primeiros devem ceder diante de um princípio de maior peso, "que é a própria democracia" [38].

Neste particular, concebe-se a democracia não como procedimento, mas como um princípio constitucional que pode ser sopesado e que joga, assim, em um dos lados da balança. Cria-se, pois, um esquema axiológico de difícil refutação, na medida em que o direito da sociedade a uma eleição eticamente justa, os direitos políticos em dimensão coletiva, como afirma Barbosa, correspondem à própria democracia. Luiz Fux utiliza-se da mesma técnica, entendendo que ao lado da moralidade, que para ele deve prevalecer em um conflito entre princípios, está também a democracia[39]. Ocorre que, ao preencher a democracia com um conteúdo ético e principiológico, ao confundi-la com a teia de princípios prevalecentes em um caso específico, termina-se por negar caráter democrático ao outro lado da argumentação.

Ora, poder-se-ia dizer que a democracia não ampara a fundamentação da corrente divergente? O Ministro Cezar Peluso, por exemplo, manifesta a sua inconformidade com o alcance pretérito da Lei. Para ele, não se pode imputar imoralidade, em sentido jurídico, a um ato que já não pode mais ser evitado, pela obviedade de já ter sido praticado. Acrescenta, ainda, que o artifício de apanhar fatos passados, para qualificá-los de modo negativo e imputar-lhes sanções, incompatibiliza-se com o próprio conceito de norma jurídica. Trata-se, em sua concepção, de norma casuística, "destinada a apanhar pessoas determinadas", porque já se sabe – no ato de edição da lei – exatamente as pessoas que atuaram em inobservância à legislação futura (que, por definição, não poderia ser observada). Por isso, conclui o Ministro Peluso, a incidência pretérita viola a dignidade humana do imputado, "porque lhe retira toda possibilidade de evitar a sanção, e com isso a pessoa se torna um objeto para a ordem jurídica" [40].

A democracia não pode ser compreendida como um princípio que ampara tão somente a proteção *ético-jurídica* do pleito, pois ela – como procedimento – também se alinha (e com alta envergadura) às garantias individuais que permitem o convívio entre minorias e maiorias e à própria consideração à regra da irretroatividade. Portanto, não se pode transformá-la em um conceito manipulável para a fundamentação de um fim ético determinado, a menos – é claro – que se pretenda conferir alguma objetividade não apenas à ideia de democracia, mas também à noção de moralidade. Apenas essa objetividade, quase ontológica, é que permite a defesa de um alcance pretérito da moralidade política.

E esse, na verdade, é um intento que se identifica no voto da Ministra Ellen Gracie, por exemplo, quando adverte, ao tratar da renúncia de parlamentar para escapar da cassação, que – embora lícita a conduta – ela nunca foi moralmente aceita[41]. Veja-se, e este ponto é nodal, que a universalização dessa compreensão poderia conduzir a resultados efetivamente perigosos para o regime democrático, uma vez que se pretende dar a uma leitura moral da Constituição não uma eficácia prospectiva, mas retroativa, como se todas as pessoas devessem – no passado – ter agido da forma como – no futuro – passou a ser interpretado determinado preceito constitucional.

O Ministro Luiz Fux, corroborando a compreensão da Ministra Ellen Gracie, adiciona que o representante político, ao praticar o ato imoral de renunciar para escapar da cassação de mandato, ainda que regra alguma previsse inelegibilidade à época da ação, não poderia ter a expectativa de ser elegível. Pelo contrário, argumenta Fux, "razoável, portanto, seria a expectativa da inelegibilidade" [42]. Esse pensamento tem lugar na justificativa cândida e obviamente bem intencionada de "assegurar a proteção ética do processo eleitoral" [43], para usar as palavras da Ministra Carmen Lúcia.

Uma vez mais, diante da presença contínua deste enfoque argumentativo, parte-se de uma leitura moral e política que incide de modo pretérito. Cuida-se de uma moralidade objetiva, contida no espírito da nação, expressada no sentimento popular e que independe, vale ressaltar, de norma jurídica válida a regular a conduta imoral. Essa consideração moral e política do jurídico, conforme observado no primeiro capítulo deste trabalho, não encontra

[37] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010, p. 203.

[38] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010, p. 203.

[39] Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADIN n. 4.578/DF, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, pp. 22-23.

[40] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, pp. 318-319.

[41] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 234.

[42] Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADIN n. 4.578/DF, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, pp. 7-8.

[43] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 90.

amparo na jurisdição constitucional projetada por Hans Kelsen, sendo por ele, nas críticas que direciona a Schmitt, duramente atacada[44].

Nesse contexto, e para finalizar com a resistência dos votos vencidos, o Ministro Marco Aurélio não apenas refuta a tese majoritária e que, hoje, representa o entendimento da Corte Suprema, mas – além disso – termina por atacar a concepção de guarda da Constituição defendida por Carl Schmitt. Afirma o ministro que "a defesa da Constituição não se expõe nem deve submeter-se (...) a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental". No mesmo sentido e se utilizando dos ensinamentos de Hans Kelsen, o Ministro Gilmar Mendes complementa que a "missão da Corte Constitucional é uma missão contramajoritária" [45].

4 CONCLUSÃO

Sobre a "Ficha Limpa" muito há a ser pensado e escrito. A pretensão deste artigo não passou pela apreciação dogmática do tema, em torno de classificações utilíssimas próprias do Direito Eleitoral. Algumas delas estão posicionadas em notas de rodapé, para que não se olvide a importância de consultá-las. A pretensão, um pouco mais modesta, consistiu apenas em apreciar – como adiantado nas linhas introdutórias – a relação entre a querela Schmitt x Kelsen e a atuação do Supremo Tribunal Federal em um caso de notável dimensão política.

Se a título de conclusão espera-se uma posição do autor, ela está dada na espontânea apreciação dos argumentos utilizados pela nossa Corte Constitucional. O último capítulo não é apenas descritivo, pois – além de tentadora – a ideia de acrescer uma singela interpretação particular não é somente desejável, mas talvez inevitável. Há problemas, tentou-se demonstrar, na elaboração de uma leitura moral e política da Constituição, para – à luz dos mais puros objetivos – tentar aplicá-la a situações já consolidadas e, para as quais, não havia norma que as considerasse ilícitas. A retroação do prazo da inelegibilidade (transformando em oito anos o que o trânsito em julgado estabilizava em três), então, dispensa maiores comentários, ante a perplexidade depreendida da situação de minúscula dignidade do candidato (ou pretenso candidato).

O essencial, porém, até para manter fidelidade com o propósito exposto na introdução, é que esses problemas observados na jurisdição constitucional brasileira, que relacionam Direito, política e moral, são também subjacentes às concepções de Hans Kelsen e Carl Schmitt, no que têm – conforme descrito – de profundamente adversárias. Nisso, aliás, há de se ressaltar a atualidade daquele debate ocorrido em meados dos anos 1930. Se triunfou, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a jurisdição constitucional como guardiã da Constituição, é porque havia a necessidade de conter, minimamente e com bases jurídico-normativas, o poder político da maioria. E, nesse sentido, prevaleceu o caráter kelseniano acerca da essência contramajoritária do Tribunal Constitucional.

Quando a jurisdição busca em uma objetividade moral, no espírito do povo ou em um primado ético-político o fundamento para mitigar regras que protegem o indivíduo da maioria, e a irretroatividade é uma delas, isso não deve impressionar – ao menos não positivamente. Hitler, exaltado em um dos textos panfletários de Carl Schmitt (*O Führer protege o Direito*), discursava em favor de um "direito substancial, não separado da eticidade e justiça" (SCHMITT, 2011, p. 178). Isso não advoga contra essa perspectiva axiológica em si, contemplada generosamente em nossa

[44] Sabe-se que Schmitt nega a possibilidade de que, no âmbito da jurisdição constitucional, limites jurídicos sejam impostos ao poder político. Essa posição é, com adequações, compartilhada em BARZOTTO, 2012, pp. 24-25. Argumenta-se que é ilusória a base jurídica de uma decisão sobre o alcance da *dignidade humana*, da *igualdade*, da *liberdade*, cuja conformação seria sempre política. Porém, caberia indagar se essa ausência de juridicidade (se é que ela existe) é própria de qualquer questão constitucional, integrando a essência das funções do guardião da Constituição. Quando o tribunal tem de aplicar a regra da irretroatividade, por exemplo, está diante de uma pauta prévia tão aberta quanto à dignidade humana? A proibição de retroatividade no direito penal, por exemplo, ou – como é o caso aqui – no direito eleitoral "sancionador", também só poderia ser compreendida politicamente? O que dizer, mais ainda, do art. 16 da Constituição Federal, também apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da Lei da "Ficha Limpa", e que cuida de uma regra estrita de anterioridade eleitoral? Se a questão é interpretar onde começa e termina o processo eleitoral para então definir a aplicabilidade da anterioridade do art. 16 da Constituição, nenhuma diferença há para o que se faz – sempre – na jurisdição ordinária. Há, de fato, uma natureza não jurídica nesse campo decisório? Ou, por sua parte, teria razão Kelsen em afirmar que a admissão dessa natureza depende de uma consideração política do jurídico?

[45] Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 153.

Constituição, mas apenas expõe a fragilidade desse tipo de argumento, alem do risco de um aprisionamento do elemento normativo por uma determinada (e será sempre uma determinada) leitura moral.

Se a Corte Constitucional passa a atuar à luz do espírito da nação, da moralidade das leis ou do objetivo puro de uma iniciativa popular, a missão contramajoritária dilui-se e, na consagração da autonomia do político, passamos de Kelsen a Schmitt. E, se isto é assim, se o Supremo Tribunal Federal converte-se em guardião de uma decisão política, devendo considerar, nas palavras do Ministro Fux, o "espírito do povo brasileiro", seria honesto com Carl Schmitt reconhecer que ele tinha razão e indagar se é um órgão judicial, não eleito, o mais indicado para captar essa tal substância nacional, a moralidade da Constituição como manifestação eminentemente política.

É precisamente nesse contexto que ressurge a pergunta do Ministro Ayres Britto, que abriu este trabalho: "Nós vamos segurar pela cauda a eficácia de uma lei concretizadora da moralidade"?

Esse questionamento não tem sentido no horizonte kelseniano da jurisdição constitucional. Se a função da Corte é contramajoritária, a pergunta não deveria ter sido formulada, pela simples razão de ser inútil e irrelevante para solucionar a controvérsia. Todavia, se o contexto é schmittiano, se nada de jurídico há na justiça constitucional, mas apenas o espaço para uma decisão política fantasiada de solução normativa, então a pergunta do Ministro Ayres Britto é central.

Mas talvez, sendo este o cenário, modificar-se-ia o sujeito e não a pergunta. Afinal, por que razão não poderia ser o *Führer* o guardião da Constituição?

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Temas polêmicos do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Mario G. Losano*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 28 (2005), pp. 369-403.

ATRIA, Fernando. *El Derecho y la contingencia de lo político*. Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 319-347.

ATTILI, Antonella. *La ineludibilidad de lo político: muerte y "ressurrección" del Leviatán en Carl Schmitt*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004).

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Guardião da Constituição: Elementos para uma Epistemologia da Democracia*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Princípios constitucionais relevantes. Porto Alegre: Magister, 2012.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Gramática da Ficha Suja* (Prefácio). In: REIS, Márlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno de (Coord.). Ficha Limpa - Lei Complementar n. 135, de 04.06.2010: Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito Eleitoral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HERZOG-MÁRQUEZ, Jesús Silva. *Sismología política: un apunte sobre Carl Schmitt*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm 4 (abril 1996).

LOMBARDI, Giorgio (Estudio preliminar). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* In: La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Qu´est-ce que la justice?* Traduit de l´allemand par Pauline Le More et Jimmy Plourde. Genève : édition markus haller, 2012

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Márlon Jacinto. *O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades*. In: REIS, Márlon Jacinto et alii (Coord.). Ficha Limpa - Lei Complementar n. 135, de 04.06.2010: Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

SANTANA, Alexandre Ávalo et alii (Coord). *O Novo Direito Eleitoral Brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. *El defensor de la Constitución*. In: La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 2009.

_____. *O Führer protege o Direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do Direito. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Théorie de la Constitution*. Paris: PUF, 1993.

_____. *Legalidad y Legitimidad*. Granada: Editorial Colmares, 2006.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

SEIDEL, Daniel; MACHADO, Marcello Lavenère; REIS, Márlon Jacinto. *A "Ficha Limpa": renúncia e inelegibilidade*. In: REIS, Márlon Jacinto et alii (Coord.). Ficha Limpa - Lei Complementar n. 135, de 04.06.2010: Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

BRAZILIAN SUPREME COURT BETWEEN SCHMITT AND KELSEN: THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION IN THE JUDGMENT OF "CLEAN RECORD LAW"

***ABSTRACT**: The main idea of this paper is to place the controversy Schmitt x Kelsen on the guardian of the Constitution in the current debate about the functions of constitutional jurisdiction. In this sense, the purpose is to analyze the judgment of the "Clean Record Law" (which deals with eligibility requirements) by the Supreme Court, given its policy relevance. The methodology is simple. The first part contains the theoretical premises of Hans Kelsen and Carl Schmitt, particularly the description of the ideas of each author on who should be the guardian of the Constitution. The second part discusses the case of "Clean Record Law" in the light of this theoretical controversy. At the end, this article suggests a connection between Schmitt´s decisionism and the prevalent argument in the Supreme Court.*

***KEY WORDS**: Carl Schmitt; Hans Kelsen: The guardian of the Constitution; "Clean Record Law"; Brazilian Supreme Court*

Recebido para publicação em 03/06/2013.
Aceito para publicação em 30/06/2013.

Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer