

CARL SCHMITT

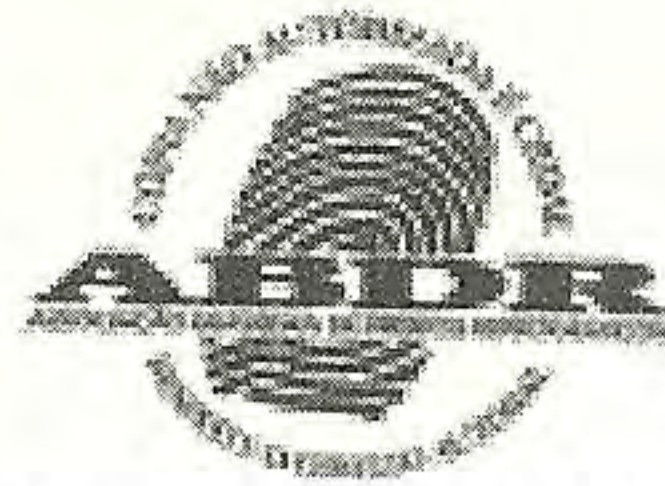
LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Coordenador e Supervisor
LUIZ MOREIRA

Tradutor
TITO LÍVIO CRUZ ROMÃO



Belo Horizonte
2007



Copyright © 2007 Editora Del Rey Ltda.

Copyright © para a sétima edição alemã de *Legalität und Legitimität*: Dunkler & Humblot, 2005.

Esta obra foi publicada originalmente em alemão com o título *Legalität und Legitimität*, por Dunkler & Humblot GmbH, Berlim.

Coleção Del Rey Internacional
Coordenador e Supervisor: Luiz Moreira

EDITORA DEL REY LTDA.
www.delreyonline.com.br

Editor: Arnaldo Oliveira

Editor Adjunto: Ricardo A. Malheiros Fiuza

Editora Assistente: Waneska Diniz

Coordenação Editorial: Letícia Neves

Diagramação: Lucila Magda Pangrácio
Ailton Mendes

Revisão: Fabiana Carvalho

Capa: Almir Ferreira

Editora / MG

Av. Contorno, 4355 – Funcionários
Belo Horizonte – MG – CEP 30110-027
Telefax: (31) 3284-5845
editora@delreyonline.com.br

Editora / SP

Rua Humaitá, 569 – Bela Vista
São Paulo – SP – CEP 01321-010
Telefax: (11) 3101-9775
editorasp@delreyonline.com.br

Conselho Editorial:

Alice de Souza Birchal
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antonio Augusto Junho Anastasia
Ariosvaldo de Campos Pires (*In memoriam*)
Aroldo Plínio Gonçalves
Carlos Alberto Penna R. de Carvalho
Celso de Magalhães Pinto
Edelberto Augusto Gomes Lima
Edésio Fernandes
Eugênio Pacelli de Oliveira
Fernando Gonzaga Jayme
Hermes Vilchez Guerrero
José Adércio Leite Sampaio
José Edgard Penna Amorim Pereira
Misabel Abreu Machado Derzi
Plínio Salgado
Rénan Kfuri Lopes
Rodrigo da Cunha Pereira
Sérgio Lellis Santiago
Wille Duarte Costa

S355 Schmitt, Carl
Legalidade e legitimidade / Carl Schmitt, tradução de Tito Lívio Cruz Romão; Coord. e Supervisor Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 132 p.

ISBN 978-85-7308-912-7

Título original: *Legalität und Legitimität*.
1. Legalidade do Estado. 2. Legalidade e legitimidade. I. Título.

CDD: 341.2
CDU: 342.1

Bibliotecária responsável: Maria da Conceição Araújo
CRB 6 / 1236

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
JOAQUIM CARLOS SALGADO	vii
INTRODUÇÃO.....	1
1. O SISTEMA DE LEGALIDADE DO ESTADO LEGIFERANTE PARLAMENTAR.....	17
1.1 O estado legiferante e o conceito de lei.....	17
1.2 Legalidade e igualdade de chances na obtenção de poder	27
2. OS TRÊS LEGISLADORES EXTRAORDINÁRIOS DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR.....	39
2.1 O legislador extraordinário <i>ratione materiae</i> . A segunda parte da Constituição de Weimar como uma segunda Constituição	39
2.2 O legislador extraordinário <i>ratione supremitatis</i> . Real significado: legitimidade plebiscitária em vez de legalidade do Estado legiferante	61

3. O LEGISLADOR EXTRAORDINÁRIO <i>RATIONE NECESSITATIS</i> . VERDADEIRO SIGNIFICADO: A MEDIDA TOMADA PELO ESTADO ADMINISTRATIVO REPRIME A LEI DO ESTADO LEGIFERANTE PARLAMENTAR	71
CONCLUSÃO.....	91

APRESENTAÇÃO

Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito*

Joaquim Carlos Salgado**

I

A ciência vai vencendo um dos vícios graves da nossa cultura contemporânea: a deformação ideológica. A ideologia tem um papel positivo como projeto de como deve ser ou evoluir a sociedade: se deve conservar-se, se deve mudar-se, ou se ambas as coisas. É perniciosa quando se arroga importância superior à da ciência e se impõe a tutelá-la.

A ciência, porém, vai vencendo essa tutela, fazendo com que a ideologia se contente, diante das verdades da ciência, com reargumentar, justificar e até mesmo falaciosamente enganar.

A Editora Del Rey dá conta disso e prestigia a ciência, fazendo publicar, em sua nobre coleção, Del Rey Internacional,

* Não se faz aqui um resumo do texto. Isso prejudicaria a sua densidade científica. Nem se quer expor o complexo pensamento de Carl Schmitt. Apenas pô-lo em discussão por meio de uma reflexão crítica.

** Professor Titular de Filosofia e Teoria do Direito, bem como Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

três livros de Carl Schmitt: *Teologia Política*, *O Guardião da Constituição* e, agora, *Legalidade e Legitimidade*¹.

A Europa realça novamente esse cientista sério, Carl Schmitt, a começar pela Itália², nos anos 80, e que não pode ser considerado um “adversário da democracia” ou um “teórico dos regimes fascistas”, preconceito difundido por uma concepção de democracia puramente liberal, que não se coaduna com o conceito de democracia não oposto ao de autoridade³. Isso porque, para ele, governante e governado estão numa igualdade incindível, resultante da homogeneidade nacional do povo. Trata-se de uma democracia nacional que se assenta no *ethos* substancial de um povo e se mostra como práxis comum, que não é incompatível com uma intersubjetividade dos cidadãos, enquanto se entende essa intersubjetividade como recíproco reconhecimento da igualdade e, por conseqüência, da liberdade, pois cidadão é o que exerce os direitos políticos e assume os deveres mais graves da comunidade⁴. O *citoyen*, homem político, e não o *bourgeois*, homem privado, faz a democracia⁵.

¹ O afastamento do pensamento de Schmitt das discussões acadêmicas foi um fenômeno mundial que incluiu o Brasil. Por exemplo, um filósofo do direito sério e competente como João Maurício Adeodato, no seu livro *O Problema da Legitimidade* – no rastro do pensamento de Hannah Arendt (Rio de Janeiro: Fundação Universitária, 1989), não menciona Carl Schmitt uma só vez. Teria lugar no bem elaborado Capítulo II.

² Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 549. Cf. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 14, 25 *et seq.*

³ Cf. CARACCILO, Antônio. Presentazione. In: SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. Tradução de Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1984, p. XXVI.

⁴ Ver a respeito a crítica de Jürgen Habermas no seu livro *Die Einbeziehung des Anderen* – Studien zur politischen Theorie. 2. Auflage. Frankfurt: Surhkamp, 1997, p. 160 *et seq.*

⁵ SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*, p. 332.

A engenhosa argumentação de Habermas⁶ para mostrar a genética da concepção discursiva da democracia como terceira via a assumir (não subsumir as posições anteriores) elementos da concepção liberal, que privilegia o aspecto econômico, e elementos da concepção republicana, que ressalta o aspecto ético de uma integração política na comunidade, como entende, não satisfaz e parece ficar no campo romântico da construção de uma sociedade mais ética, por meio da pregação do diálogo.

Ético é tudo que concerne à liberdade, ético é tanto o Estado liberal, pois o que garante liberdade é ético, como o denominado republicano, na medida em que insere o cidadão na comunidade, segundo o princípio de respeito ao outro como cidadão livre.

Na verdade, o problema fundamental da democracia contemporânea, como Estado Democrático de Direito, é a cisão que se desenvolve exatamente entre a concepção de um Estado poiético, voltado para o resultado econômico, às vezes capitaneado por um órgão financeiro autônomo, e o Estado ético, como guardião e efetivador dos direitos fundamentais, nestes compreendidos os direitos sociais como condição de realização do cidadão livre⁷. Essa oposição entre Estado ético e Estado poiético só é negativa se exclusiva ou abstrata, isto é, se põe a questão como alternativa, em que o Estado se põe como finalidade a produção econômica acima da sua finalidade ética, realizar a justiça como sua tarefa principal. A função poiética do Estado é necessária como satisfação de um dos seus momentos, o da sociedade civil, para usar um termo hegeliano, em que prevalece não uma relação de liberdade entre cidadãos, mas uma relação de carência entre indivíduos, na qual o outro é meio de satisfação das necessidades. O Estado tem essa função poiética de cuidar do econômico, atento a regras técnicas de produzir um resultado, um produto, mas com vistas à sua finalidade, a realização da

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 283 *et seq.*

⁷ V. SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun., 1998, p. 20.

justiça, no caso a justiça social, pela redistribuição da riqueza acumulada na atividade econômica da sociedade civil.

Uma observação sobre a evolução política da Europa desenvolvida pode ser representativo. Há uma certa alternância no poder entre a corrente de tendência social, preocupada com a distribuição da riqueza social (finalidade ética), e a corrente de tendência conservadora, preocupada com produção econômica e acumulação de riqueza (função poiética). Depois de certo tempo de governo de tendência social, diante da necessidade de reação da economia, assume-o os conservadores. Reorganizada a economia, volta-se à tendência social, retomando-se a finalidade ética do Estado, que, em última instância, é realizar uma sociedade de cidadãos. Com isso, parece que vai se superando o voluntarismo ideológico, quer do que tem a pretensão de fazer do capitalismo o fim do político, quer do que pretende combater o capitalismo, esquecendo-se de que se trata, neste momento da história, de uma gigantesca explosão de energia da humanidade, que não deve ser obstada romanticamente, cabendo à política direcioná-la eticamente.

É de notar, contudo, que o Estado social, em que pese já ser ético por força de pretender realizar a justiça social e avançar com relação ao sistema das necessidades, não é o Estado na plenitude de sua racionalidade. Ele já impõe a racionalidade no âmbito do econômico, mas apenas para estabelecer as condições de uma sociedade livre, de pessoas livres e iguais. Então, sim, o Estado se mostra como Estado ético ou racional no seu pleno conceito, que é o resultado da mediação entre os seus dois momentos, o poiético e o social: o Estado de Direito.

O conceito de Estado de Direito guarda sua origem no Estado romano, especificamente no Império, considerado a forma inicial do Estado contemporâneo⁸. Trata-se, portanto, de um conceito dialético e, como tal, um conceito que se compreende

⁸ V. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *O Princípio da legitimidade no Direito Público romano e sua efetivação no Direito Público Moderno*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Trata-se de tese, de que fui

na sua gênese histórica ou em seus momentos constitutivos racionalmente articulados. Desse modo, o Estado romano aparece na forma de um Estado de direito, cuja função, independentemente de ser o Estado uma organização de poder em si mesmo considerado, é garantir os direitos individuais, no caso, direitos privados. A pessoa de direito ocupa nesse Estado o centro privilegiado, a sustentar as dinâmicas econômica, social e política da comunidade. Entretanto, é o momento do surgimento do indivíduo livre, o *citoyen*, que marca o advento do Estado de Direito no seu conceito, vale dizer, uma organização de poder, portanto política, para realizar os direitos fundamentais. A política não é, nesse caso, apenas uma técnica de alcançar e conservar o poder, mas traz em si uma finalidade ética: declarar e efetivar os direitos fundamentais. Esse núcleo axiológico, material, portanto, de declaração de direitos determina a forma de organização do Estado: a forma democrática.

Desse modo, a forma de organização do poder do Estado tem sua razão de ser e seu fundamento na declaração de direitos da pessoa. Eis porque a legitimidade do poder assim constituído se sustenta na vontade popular e nela se garante. Com vistas a essa liberdade individual, bem como de outros direitos decorrentes, o Estado Democrático de Direito organiza-se na forma da divisão de competências para o exercício do poder soberano, dentre cujos órgãos está o poder judiciário com a função de garantir os direitos da pessoa, indivíduo ou cidadão. Daí a regra do controle judicial dos demais poderes, com vistas à garantia e à proteção dos direitos fundamentais, particularmente, de modo a efetivar as regras supremas do Estado Democrático de Direito: a regra de decisão da maioria e a regra de respeito à minoria, segundo a regra da limitação do poder aos direitos fundamentais e ao seu titular. Disso decorre um instituto de direito fundamental, originário da concepção da Declaração francesa de 1789, inserta no art. 16 da Constituição de 1791, segundo a qual

orientador, defendida no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

um Estado que não tem declaração de direitos e não estabelece na sua estrutura a divisão dos poderes não tem constituição⁹. É de se entender que essa intangibilidade, aí implícita, exija uma cláusula necessária, transcendente às contingências, modificações e adaptações constitucionais que ocorram no curso do tempo, mantendo-se imperturbável e tranqüila a perpetuidade da Declaração de Direitos, a qual continua a determinar a forma de organização do Estado como Estado democrático. É interessante notar que, a partir daí, a legitimidade passou a consistir não apenas numa manifestação formal da vontade popular, mas numa manifestação valorada, ou seja, de conteúdo racionalmente elaborado, que possa ter aceitação universal na concepção kantiana.

Com efeito, se a legitimidade no seu aspecto formal encontra realização na manifestação da vontade popular e na organização do poder, segundo uma divisão de competência para o seu exercício, tem de buscar seu complemento no conteúdo axiológico do direito declarado com suporte nesse poder, segundo um princípio de racionalidade ponderativa. Essa legitimidade está comprometida, portanto, com a validade material da normatização constitucional dada pela consciência jurídica que reflete esse conteúdo e que marca também as conexões de validade formal das normas e de sua aplicação ou execução, a que podemos chamar legalidade.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito estabelece-se uma tríade dialeticamente articulada de matéria e forma entre a legitimidade formal (origem e divisão dos poderes), validade material (a racionalidade ou universalidade axiológica da declaração de direitos) e validade formal (da legalidade ou vinculação formal das normas e dos atos de autoridade). Uma autoridade

⁹ “Art. 16. Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”. FRANCE. Constitution Française, 1791, Septembre 3. Déclaration des droits d’homme et du citoyen. In: FRANZ, Günther (Hrsg.). *Staatsverfassungen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 306. Cf. SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, p. 173.

de “legítima”, como também se costuma dizer, é a que surgiu ou assumiu o poder segundo o princípio da legalidade – e encontra sua origem na legitimidade formal – e suas ações não podem frutificar ou operar efeitos jurídicos, senão estando conformes à lei. Ao pôr-se o conteúdo axiológico como componente da constituição do Estado Democrático de Direito e, portanto, o direito como seu núcleo, impõe-se uma estrutura centrípeta da constituição, portanto de validade formal das normas declarativas de direitos e, com isso, a função controladora do Poder Judiciário.

Em suma, o Estado Democrático de Direito é aquele cujo poder tem formalmente origem na vontade popular e, declarando na sua constituição os direitos fundamentais como seu núcleo, organiza-se por esse princípio de legitimidade e da divisão da competência no exercício do poder, que se efetiva segundo o princípio da legalidade ou de decisão conforme a lei e não pelo arbítrio da autoridade.

II

O político é posto pela vontade, ao passo que o direito é elaborado pela razão; é posto pelo ato de vontade, pelo ato positivo de dar-lhe existência, mas seu conteúdo e estrutura são elaborados pela razão. A vontade determinante (que determina outras vontades, heterodeterminante) é o poder, enquanto que a vontade autodeterminante (autônoma) é liberdade. O poder político é uma vontade determinante, cuja efetividade se garante pela força. Se a vontade determinante ou poder é dirigida pela razão, que valora o fim como bem da comunidade a ser alcançado, caracteriza o Estado de direito. Se a razão é posta por essa vontade determinante como instrumento para sua ação, cujo fim é o próprio poder, caracteriza o Estado totalitário ou despótico ou autocrático.

A política pode ser entendida como pura técnica de alcançar e conservar o poder (Maquiavel), mas o Estado, instituição

pelo poder Executivo para a solução de situações de emergência, em caráter de urgência – e que possuem, em consequência, o caráter abstrato e impessoal, ou seja, geral, *justa e racional*, que exige a discussão¹⁴, estabelecendo-se, assim, o distanciamento necessário entre elaboração da lei e sua aplicação administrativa ou judiciária. Daí porque não se pode entender a lei como mera medida destinada a resolver situações concretas, nem confundi-la com um juízo axiologicamente neutro, como se a lei nada mais fosse que a decisão tomada pela maioria parlamentar (*Beschluss des jeweiligen Parlamentsmehrheit*)¹⁵. Não se pode tirar do conceito de lei seu conteúdo valorativo (*jeder inhaltlichen Beziehung zu Vernunft und Gerechtigkeit beraubt*) com relação à razão e à justiça, pois, então, qualquer disposição pode ser lei¹⁶. A lei puramente formal reduz-se à palavra vazia (*leere Wort*), é “etiqueta de lei” (*Etikette Gesetz*), abandonaria sua conexão com o Estado de Direito¹⁷, pois o conceito de lei está necessariamente ligado ao de direito e justiça¹⁸, não se podendo separar a vontade (*voluntas*) que põe a lei, da razão (*ratio*) que lhe dá conteúdo de justiça, segundo a tradição romana.

A constituição positiva é a que afirma a existência política de um povo, como, por exemplo, “O poder emana do povo”, “O Reich alemão é uma república” etc.¹⁹ Antes de toda normatização há “uma decisão política fundamental do titular do poder

¹⁴ SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*, p. 416. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Discurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 227. Schmitt exige a discussão da lei; essa discussão, porém, nada tem a ver com a retórica de Marx (passagem citada por Habermas). São conceitos diferentes uma discussão num Parlamento e uma discussão num bar.

¹⁵ SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker-Humblot, 7. Auflage, 2005, p. 27.

¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 22-23.

¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 23.

¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 26.

¹⁹ SCHMITT. *Dottrina della Costituzione*, p. 42.

constituente”, seja o povo, seja o monarca²⁰. E esse ato de declaração é fundamental, pois dele parte a validade das leis constitucionais. É declaração de existência, portanto intangíveis, como a declaração de direito francesa ou da perpetuidade da república, estabelecida pela Lei de 14 de agosto de 1875²¹.

Essa legalidade, que, portanto, não pode ser da mera funcionalidade, está ancorada no princípio da legitimidade²², pois que se trata de representação, a qual (implícito no texto de Schmitt) decorre da “homogeneidade substancial de todo o povo”, “uma vez que toda democracia fundamenta-se no pré-requisito de um povo indivisivelmente homogêneo” (*Legalidade e Legitimidade*), não comprometendo essa homogeneidade a regra de decisão da maioria, pois essa unidade do povo é pressuposta, vale dizer, está antes, logicamente, da sua própria constituição em Estado, sob pena de não se constituir em Estado. “O ato de legislação constitucional (...) constitui a forma e a espécie de unidade política” que se pressupõe como existente. A constituição é a decisão consciente que põe sua existência²³.

O conceito de homogeneidade do povo (ao qual está também ligada a noção de amigo/inimigo na compreensão política) recupera a unidade de duas dimensões importantes que aparecem na origem do Estado, na concepção ocidental, a *potestas* do povo romano, a legitimidade, e a *auctoritas* do senado, apresentada no conceito de legalidade. Entretanto, de tal forma unidos que o povo e sua representação não se concebem senão numa unidade superior, o Estado.

Schmitt conhece bem a história do direito e do Estado ocidental, principalmente o direito romano, como todo bom jurista alemão, e verificava que esses dois conceitos são fundamentais

²⁰ SCHMITT. *Dottrina della Costituzione*, p. 41.

²¹ *Id. Ibid.*, p. 49.

²² Cf. SCHMITT, Carl. *El problema de la legalidad*. Apêndice a *Legalidad y Legitimidad*. Tradução de Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971, p. 166-167.

²³ SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*, p. 38.

para a compreensão da história política ocidental: a *potestas* do povo e a *auctoritas* (que não precisa da força, mas se impõe naturalmente pela *dignitas*, pela qualidade da pessoa) do Senado, que, segundo mostra, traçaram uma dicotomia de poder determinante na vida política da Idade Média. *Potestas*, assim se pode entender, sustenta o *imperium* de César, e *auctoritas*²⁴, que, entre os romanos, pela sua dignidade (ou qualidade) era também o ato de o Senado conferir validade à decisão do *populus*. Atribuiu-se esta à Igreja em razão da qualidade, o governo espiritual.

Na verdade, a história do direito público romano está a revelar a origem do processo da formação do poder político no Ocidente. A *potestas* pertencia ao povo. Entretanto, mesmo com essa potência, o povo, por si mesmo, não se constituía em Estado, em ato. A *potestas* aponta a existência de uma vontade coletiva, uma *volonté générale*²⁵, que dá unidade ao povo, mas ainda não lhe dá organização, o que só aparece quando se cria um *órgão*, uma representação, ao qual se outorga poder na forma de *imperium*. Só então, com a representação e ela com o poder de *imperium*, que a *potestas* lhe atribui, surge o Estado, governante e governado. O poder de *imperium* entre os romanos era o poder de comando de um povo armado, organizado em milícias, do qual o *rex* era o chefe.

Historicamente, o Estado ocidental nasce a partir da unidade do povo como condição de sua organização, como diz Schmitt. Pode-se, entretanto, avançar um pouco mais na explicitação do aparecimento do Estado e do direito no Ocidente. Não há evidentemente uma norma fundamental, como se fosse um direito natural racional, apenas a substituir a matemática de Grotius pela lógica. O direito, como também entende Bobbio, surge do poder, do ato de vontade constituinte²⁶. Entretanto, o nascimen-

²⁴ Cf. SCHMITT, Carl. *Politische Theologie II*. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie. Berlin: Duncker-Humblot, 4. Auflage, 1996, p. 48.

²⁵ Cf. Schmitt, na sua exposição crítica sobre o conceito de *volonté générale* de Rousseau, em *La Dictadura*. *Op. cit.*, p. 157 *et seq.*

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1996, p. 66 *et seq.*

to histórico do Estado ocidental, que se dá em Roma, mostra que o Estado nasce do direito. É claro, há um ato de vontade que põe o direito. No caso, o ato de vontade do *populus* que cria a *Lex Regia* e instala, já no limiar da história política do Ocidente, o princípio “todo o poder emana do povo”, afastando-o de uma ideal origem divina. Não é o Estado que aparece em primeiro lugar, mas a lei, o direito, uma norma posta por esse ato de vontade (que ainda não é do Estado), pela qual o poder é outorgado ao *rex*, fazendo surgir a representação, órgão que exerce o poder e, como o exerce com força armada do povo, com *imperium*, é soberano. Assim se constitui o Estado. O mesmo ocorre com o *Imperator*, posteriormente, pela *Lex de Imperio*, como reconfirmação²⁷.

IV

Se o direito, a *Lex Regia* como ocorre em Roma, nasce do ato de vontade do povo, e se o Estado nasce desse direito (da *Lex Regia*), não há como pensar numa norma abstrata, numa norma fundamental, por exemplo, e, em consequência, numa hierarquia de normas a partir dela. A rigor, não há hierarquia de normas. Uma hierarquia de normas poderia ser aceita do ponto de vista de uma instância legislativa de conteúdos e origens diversas qualitativamente, como ocorre com a trilogia estoíca ou agostiniana, *lex aeterna* (ou divina), *lex naturalis* e *lex humana*.

Na ordem jurídica positiva há uma nuclearização formal, de força centrípeta, que pode estar na própria constituição, isto é, posta por eleição de *quorum* qualificado; qualquer conteúdo pode ser formalizado como norma prevalente. Hierarquia há de órgãos, de autoridade e, em razão disso, de competência; na organização, não na ordenação. Nesse ponto, Schmitt faz severa advertência, no Capítulo II deste livro: “Afinal de contas, não

²⁷ Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo*, p. 152 *et seq.* Cf. também DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Op. cit.*, *passim*.

há nenhuma norma superior ou inferior, que interprete e utilize, que salvguarde e proteja a si mesma; nenhuma validade normativa há que faça valer a si própria, assim como também não existe – a menos que se queira divagar em metáforas e alegorias – uma hierarquia das normas, mas uma hierarquia de instâncias e indivíduos concretos”²⁸. E, coerentemente, nega a subsunção de uma norma em outra, que só pode ocorrer, parece-nos, na aplicação da norma ao caso concreto. Daí, também a desconfiança de Schmitt sobre o entendimento dos normativistas (Merkl) segundo o qual a norma inferior é aplicação da superior, um artifício que, com razão, também não admite Schmitt.

Essa crítica, da impossibilidade de uma autovalidade de uma norma, fere seriamente o *deus ex machina* de Kelsen, a norma fundamental; atinge também o argumento pelo qual qualquer decisão já traz em si uma norma (Tosch)²⁹. Trata-se de confusão, pode-se afirmar, oriunda de outra confusão, a da vontade que *age* com a razão que *conhece* e valora (funções diferentes dessas faculdades diferentes), conduzindo ou não a vontade de acordo com o valor por ela (a razão) ponderado.

Estado de Direito ou Estado de Legalidade é para Schmitt, é possível assim entender, o Estado em que a lei é posta por um ato de vontade da representação parlamentar, e por ela criada ou elaborada racionalmente por meio da discussão. A representação é o termo chave desse conceito; representação pública, na qual se faz presente todo o povo³⁰, e que ocorre mesmo num plebiscito, pois o que assim vota não o faz como particular (*bourgeois*), mas como cidadão (*citoyen*).³¹

²⁸ Ver também: SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tradução de Monserrat Herrero. Madrid: Technos, 1996, p. 14

²⁹ Cf. CARACCILO, Antonio. *Op. cit.*, p. XXIII.

³⁰ SCHMITT. *Dottrina della Costituzione*, p. 274-275. Cf. BOBBIO. *O Futuro da Democracia*, p. 87.

³¹ SCHMITT. *Op. cit.*, p. 273.

A fórmula política amigo-inimigo (a par das díades, belo-feio na estética, bom-mau na ética, vantajoso-desvantajoso na economia)³² está relacionada a uma premissa básica realista que nega a hipótese romântica da bondade natural do homem e da possibilidade de um futuro paradisíaco sem o Estado, conectasse, ainda, tanto externamente com o pluriverso que formam os vários Estados independentes, como internamente com a homogeneidade unificadora do povo. Essa relação é dialética entre os conceitos de pluriverso e homogeneidade (amigo-inimigo): cada povo tem uma unidade interna que lhe dá homogeneidade (ou identidade) e instaura a diferença (o pluriverso), a diversidade que põe as unidades em relação de tensão entre si. Não se trata, pois, de esconder, escamotear a diferença, mas considerá-la claramente, de tal modo que o momento agudo da sua manifestação política por excelência é a guerra³³. Não que se queira ou que se deva fazer a guerra. Ela apenas revela essa essência do político no seu momento mais expressivo, tal como em Hegel ela revela o cidadão³⁴. É, porém, no ato de decisão sobre a guerra, que se

³² SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político*. Trad. de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 56. Na mesma obra (p. 58-59), Schmitt torna claro esse conceito: “Los conceptos de amigo y enemigo deben tomar-se aqui em um sentido concreto y existencial, non como metáforas o símbolos; tampoco se les debe confundir o debilitar en nombre de ideas económicas, morales o de otro tipo; pero sobretodo no se los debe reducir a una instancia psicológica privada o individualista, tomando-los como expresión de sentimientos o tendencias privados.” E acrescenta: “Solo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere eo ipso carácter público.”

³³ Cf. SGARBI, Adrian. O Irromper da decisão. Caos, vouç e o político contra o conhecimento tecnológico puro. In: GUERRA, Sidney & SILVA, Roberto Luiz (coord.). *Soberania*. Antigos e novos paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 17.

³⁴ Cf. sobre a relação do pensamento de Schmitt com o de Hegel, SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo:

revela, para Schmitt, o momento político mais grave, portanto, a soberania. Inimigo, pode-se dizer, é aquele que o soberano, decidindo, define como tal e contra o qual exerce o poder.

O termo “dialecticamente” aqui empregado não quer dizer que Schmitt tenha tratado a questão com essa intensão metodológica. Uma aproximação com Hegel pelo fato de conceber a unidade do Estado com o direito ocorreria também com Kelsen, que nega a separação entre o ordenamento jurídico e o Estado. É uma semelhança inessencial do ponto de vista científico. Em Kelsen, porém, essa unidade é artificiosa, pois ordenamento jurídico como conjunto de normas positivas é abstrato, e o Estado, se o concebermos como uma organização ou conjunto de órgãos, que ele é, e que opera o ordenamento jurídico, efetivando-o, é algo bem concreto. Kelsen confunde organização com ordenação, o concreto com o abstrato.

Em Schmitt há um tratamento científico³⁵ *stricto sensu*, não filosófico como em Hegel, embora no mundo da cultura não pareça imprópria uma ciência por compreensão dialética, ao contrário do que ocorre com a natureza. Não se trata, portanto, de um pensamento contraditório, como alguns entendem, mas de abordagem de uma realidade que em si mesma é contraditória, o mundo da cultura, cujo conhecimento se situa na esfera das ciências do Espírito (*Geisteswissenschaft*). O que se poderia dizer é que Schmitt não extraiu todas as conseqüências de sua intuição, para buscar o método adequado à estrutura dessa realidade contraditória, a dialética, que parece possível nessas ciências, ao contrário do que ocorre com as ciências da natureza (*Naturwissenschaft*), na qual não há contradição.

Loyola, 1996, p. 403. Cf. KEVÉRGAN, Jean-Francois. *Hegel, Carl Schmitt. O político entre a especulação e a positividade*. Tradução de Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 148 *et seq.*

³⁵ A compreensão dos conceitos “político” e “representação” fica mais clara pela analogia com o de *complexia oppositorum*, com o qual Schmitt explica o poder do Catolicismo, no seu livro, *Catolicismo y forma política*. Tradução de Carlos Ruiz Miguel. Madrid: Technos, 2000, especificamente, p. 8 *et seq.*

Em Schmitt, o conceito de soberania está ligado ao conceito político-teológico de transcendência, em primeiro lugar, e se vincula também aos de legitimidade e legalidade. Encontra em três dos mais ferrenhos tradicionalistas, De Maistre, Bonald e Donoso Cortês³⁶, o centro político-teológico da transcendente noção de legitimidade, a justificar-se pela tradição e, com isso, na hereditariedade, e que, em última instância, encontra sua origem doutrinária na concepção agostiniana da submissão da Cidade dos Homens à Cidade de Deus, por força do princípio *omnis potestas a Deo*.

A imanentização desse princípio de legitimidade ocorre, decididamente, a partir da Revolução Francesa, em 1789³⁷, quando o poder passa a entender-se, conclusivamente, como pertencente ao povo e sua legitimação se realiza na forma da representação, com o que surge o Estado Democrático, segundo o princípio de homogeneidade popular (para Schmitt), portanto, uma democracia nacional. O poder se concentra na representação da vontade do povo por meio da legitimidade, cabendo a essa representação a edição de leis no seu conceito material e formal, ou seja, a legalidade, formando-se entre esses dois momentos uma unidade de poder. O exercício do poder em última e definitiva instância o revela como poder soberano, ou seja, como a existência do Estado está em superioridade com relação a qualquer norma (*seine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm*),³⁸ a decisão o torna desvinculado de qualquer norma e, nesse sentido, é absoluto³⁹, pois o soberano estabelece as condições pelas quais o direito é posto⁴⁰, ou seja, todo ordenamento, inclusive o direito, funda-se em uma decisão e não em uma norma.

³⁶ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie I. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 7. Auflage Berlin: Duncker-Humblot, 1996, p. 59 *et seq.*

³⁷ SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*, p. 311.

³⁸ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie I*, p. 18

³⁹ *Id.*, *Ibid.*, p. 19.

⁴⁰ *Id.*, *Ibid.*, p. 16.

A crítica de Schmitt à constituição burguesa de Weimar, cuja finalidade seria garantir a liberdade do indivíduo e a propriedade, que deu matéria à sua obra maior e modelo inquestionável da teorização do constitucionalismo, *Teoria da Constituição (Verfassungslehre, 1928)*, desenvolve-se tendo em vista esse conceito síntese de soberania. Observa Schmitt que o Estado pode apresentar-se segundo a soberania se exerça pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo ou mesmo pelo Poder Judiciário, denominando-os, segundo esse respectivo deslocamento de poder, Estado de Direito, Estado Administrativo e Estado Judiciário. A Constituição de Weimar, sob esse aspecto, surge como uma espécie de cobra de dois troncos e quatro cabeças (a imagem não é dele) – a primeira parte trata da estrutura do Estado (*I. Hauptteil: Aufbau und Aufgaben des Staates*) e a segunda, da declaração de direitos e deveres (*II Hauptteil: Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*)⁴¹ – apta a devorar até mesmo os direitos declarados (além de apresentar na sua estrutura aquela dicotomia insuperável, a impedir uma sistemática ordenação): ora o poder soberano está com o Parlamento (o legislador extraordinário *ratione materiae*), limitado, porém, pela “esdruxularia” do *quorum* qualificado; ora se transfere para o Presidente do *Reich* (legislador extraordinário *ratione necessitatis* ou *ratione temporis ac situationis*), pela concessão do poder de suspender a eficácia até mesmo das normas garantidoras dos direitos fundamentais (crítica ao artigo 48, 2, da Constituição de Weimar)⁴²; ora ao Judiciário pelo poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. E mais: insere-se um dispositivo jurídico e política-

⁴¹ DEUTSCHLAND. *Die Weimarer Verfassung*. In: FRANZ, Günther (Hrsg.). *Staatsverfassungen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 179 e 212.

⁴² Trata-se da suspensão da eficácia “ußer Kraft setzen”, conforme artigo 48, 2, da Constituição de Weimar. A origem histórica da força, ou vigor da norma (não da vigência, evidentemente) é a “ditadura comissária” em Roma, a que Schmitt se refere, contraposta à “ditadura soberana”, em seu livro *La disctadura*, p. 34 et seq. Cf. também BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Mario Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 86, n. 70.

mente insustentável, a legitimidade plebiscitária passa às mãos do povo (legislador extraordinário *ratione supremitatis*) o poder de criar leis, sem que se possa, porém, garantir a racionalidade dessa criação por meio da discussão, reflexão e efetiva elaboração da norma.

E essa é uma questão grave posta por Schmitt. As decisões plebiscitárias não são propriamente decisão do povo, mas de massas, por força de irreflexão que a acompanha. Pode ser o caminho mais curto que o demagogo encontra para excepcionar a ordem constitucional e assumir, com aparente legitimidade, um poder totalitário, principalmente quando encontrar à sua disposição a mídia organizada e a massa informe (sem formação) da maioria de eleitores sem poder de reflexão.

Afinal, a crítica de Schmitt aponta para uma concepção de democracia não liberal-burguesa, mas nacional, em que a soberania se exerça pela unidade da quantidade e da qualidade, do povo e do parlamento (em que a lei é elaborada reflexivamente, como em Roma, pode-se dizer), legitimidade e legalidade em unidade, sem sua dispersão para os órgãos de aplicação.

A unidade de legitimidade e legalidade está garantida pelo conceito de homogeneidade do povo. A Revolução Francesa, em 1789, pôs às claras dois segmentos jurídicos inconfundíveis, os direitos decorrentes do princípio do Estado de Direito burguês, tal como a liberdade, a propriedade etc., e o princípio democrático do poder constituinte do povo, cujo elemento central é a homogeneidade nacional, sem a qual não se pode falar em povo e, por isso, em seu poder político. Os direitos que a esse conceito se vinculam são os direitos políticos, concebendo-se o cidadão como o que tem o dever do serviço militar e o direito do sufrágio universal. Nesse suporte, a homogeneidade nacional como sua substância, está a igualdade democrática⁴³. Para Schmitt, a democracia não pode ser senão uma democracia nacional, segundo o princípio da homogeneidade do povo. Um cosmopolitismo, ao modelo kantiano, só seria concebível, parece, no que

⁴³ SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*, p. 303.

se refere a direitos privados, não a direitos políticos. Nesse caso, a Constituição Soviética, de 1919, no seu artigo 20, que, baseada na retórica marxista da convocação dos proletários do mundo inteiro para unirem-se, assina ao trabalhador estrangeiro os mesmos direitos políticos dos trabalhadores russos⁴⁴, é idealista e romântica. O conceito central da democracia é o povo, não a humanidade⁴⁵. Só assim é possível uma igualdade substancial, “pressuposto essencial da democracia”, em que se inclui a igualdade dos governantes e dos governados, entre os quais não há diferença qualitativa.

No que se refere ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, Schmitt não o admite quando concentrado na forma de um Tribunal Constitucional. Caracteriza um Estado Judiciário por deslocar o poder soberano para um órgão judicante, cuja função é aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Cabe dizer que um controle, difuso ou não, segundo a forma adotada na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte e na República Federativa do Brasil, acaba por deslocar para o Executivo esse poder, pois permite esse sistema o avanço do Executivo ao controle do Judiciário, aumentando seu poder. O sistema de equilíbrio entre os Poderes nos sistema presidencialista, que pode tornar-se uma ditadura a prazo fixo, como já se disse, tem no seu interior um desequilíbrio favorável ao executivo. Haja vista a tentativa do aumento do número dos membros da Suprema Corte, intentada por Roosevelt⁴⁶, por meio do *Judiciary Recognition Bill*, de 1937, seguido no Brasil pelo Presidente Castello Branco (Ato Institucional n. 2, de 1965), com referência ao Supremo Tribunal Federal.

O risco do avanço do executivo é ainda atual e se agrava segundo as circunstâncias sociais, econômicas, culturais e prin-

⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*, p. 303, p. 306.

⁴⁵ *Id.*, *Ibid.*, p. 307.

⁴⁶ Embora Roosevelt não tenha conseguido aprovar o Judiciary Recognition Bill, posteriormente, devido à sua longa permanência na Casa Branca, acabou exercendo influência na Suprema Corte, nomeando oito membros.

cipalmente educacionais de um país, quando subdesenvolvido. Sem solidez democrática e com profundas desigualdades sociais, econômicas e políticas, esses países são presas fáceis dos demagogos, assistencialistas etc. No Brasil, tem-se o exemplo da reeleição propiciada por métodos não ortodoxos do ponto de vista ético, quer na consecução da aprovação da emenda constitucional, que a propiciou, quer no uso dessa faculdade pelo que permanece no poder, por meio de estratégias de oportunidade, até a doação de dinheiro público aos que denominavam “misérrimos”, sem controle ou publicidade ampla, que, em mãos inescrupulosas, pode tornar-se verdadeira compra indireta de votos, vez que os efeitos são os mesmos. Tudo isso acrescido do risco de controle político-partidário do Tribunal Superior.

O desequilíbrio entre os poderes mais grave está em que ao Executivo se concede um controle substancial, pois concerne à formação do órgão de cúpula do Judiciário, o qual tem o poder de controle de constitucionalidade em última instância. O Judiciário e o Legislativo não interferem, com peso, na formação recíproca, nem na do Executivo.

A competência para declarar inconstitucionalidade, se de um Tribunal Constitucional, é função política de soberania, de última e definitiva decisão. Schmitt não admite dividir o exercício da soberania. Coerentemente, pois a democracia nacional funda-se na igualdade dos cidadãos⁴⁷, de que a liberdade é decorrência, razão pela qual a unidade do povo exige que um só deve ter o poder de última decisão, e esse é o Parlamento, se se quer um Estado de Direito.

De outro lado, é preciso ter em conta que no Estado de Direito, em que a declaração de direitos é o núcleo da Constituição, cada órgão no sistema da tripartição da competência para o exercício do poder exerce, no âmbito da sua competência, todo o poder soberano. Um Tribunal Constitucional, contudo, parece

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Apresentação*. In: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. XIII.

mesmo um órgão político superior, a concentrar em sua competência o poder soberano.

A tarefa de uma Corte Superior como o Supremo Tribunal Federal, contudo, não é a de ser o guardião da Constituição, um Tribunal Constitucional, mas a de guardar o direito das pessoas, quer na forma de direito adquirido, quer na forma de direito fundamental, que se adquire só com a sua declaração na Constituição, por sua natureza, intangível. Sua tarefa é proteger os direitos da pessoa e o sujeito de direito universal.

De qualquer modo, se se concorda com Schmitt que “o guardião da Constituição tem que ser independente e político-partidariamente neutro”⁴⁸, não pode ser um dos poderes, há que o buscar num poder do tipo moderador, que, na república, somente uma instituição acima das contingências político-partidárias, de caráter permanente, popular porque recrutado do próprio povo, e a que está entregue a defesa e a força do povo, portanto, que merece sua total confiança e respeito, a ser desempenhado por órgão constituído segundo o modelo já pertencente à tradição do País, criado em ambiente democrático, como um órgão de Segurança Social e Democrática⁴⁹.

VII

Uma lição pode-se tirar do pensamento de Schmitt para entender-se a realidade brasileira. Com o desaparecimento do operário que parecia constituir a base de uma pseudoclasse revolucionária, e sua substituição pelo trabalhador cada vez mais intelectualizado, técnico, faz com que o sentimento de injustiça sofrida, que impulsiona as revoluções, segundo Aristóteles, seja substituído por uma certeza de ascensão social e econômica,

⁴⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*, p. 227.

⁴⁹ Cf. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Os Valores Morais e sua Importância na Segurança Nacional*. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1961.

uma vez que técnica é também a economia, que se torna um ambiente não mais estranho ao trabalhador, mas familiar.

Por outro lado, o lumpemproletariado deixa de ser formado por vadios, boêmios etc., para organizar-se em bandos tecnicamente preparados. Mais grave: o conceito de classe desaparece, mas estranhamente começa-se a falar em “classe política”, os “profissionais da política”, o que marca a fuga do ético da política.

Nessa nova “classe”, os partidos ou os correligionários, grupos diversos, se unem em verdadeiras corporações para realizar seus interesses particulares e estarem sempre fruindo economicamente do poder, quer para a manutenção do grupo, quer para proveitos em negócios particulares, num pacto privado silencioso, a substituir o cidadão, que serve ao Estado, pelo indivíduo privado que se serve do Estado. A consequência pode ser a abertura do caminho para um retrocesso histórico, para antes da Revolução, substituindo-se o despotismo do príncipe pelo despotismo do partido.⁵⁰

Paralelamente, surge uma espécie de pulverização do poder e, com isso, da soberania estatal, decorrente dessa *consciência vil*, que faz do Estado meio de satisfação dos seus interesses privados, como expõe Hegel na *Fenomenologia do Espírito*. O ético é substituído pelo poiético, abjurando o político e sacralizando o técnico, como é o caso do Banco Central, a que se dá o poder de decisão final e função de coordenação de interesses privados; a soberania do Estado, fragmentada entre entidades privadas, acaba, por isso mesmo, por não ser soberana, vez que os poderes dessas entidades, embora possam ter a última decisão e até a condução dos destinos do Estado, não é instrumentada por força própria, garantindo-se da própria força do Estado.

O outro lado dessa fraqueza do Estado é a sua ação a implantar o totalitarismo normativo, cujo núcleo tem-se denomi-

⁵⁰ Cf. GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Tradução de Luiz Mario Gazzaneo. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1989, p. 102. Ver também GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Tradução de Dario Canali. Porto Alegre: Ed. L.E.P.M., 1983, p. 83.

nado de pan-penalismo, pelo qual o Estado avança sobre a liberdade individual, detalhando cada vez mais os interditos, a tudo tipificando de ilícito, acientificamente, invertendo valores arbitrária e açodadamente, retalhando o direito a pretexto de garantir direitos de minorias cada vez mais fragmentárias e, por isso, abstratas, pois se obstaculiza a sua comunhão social.

Diante disso, é pertinente lembrar a séria advertência de Hegel sobre a aparente constituição da Alemanha, lembrada por Schmitt em circunstâncias análogas: "Deutschland ist kein Staat mehr!"⁵¹ Também, analogamente, sem exagero, poder-se-ia dizer: "O Brasil não é mais um Estado!" Recobrar a sua estatalidade é devolver ao Estado brasileiro a sua efetiva soberania.

Vê-se, portanto, que não é o Estado mínimo que põe em risco a subversão do político pelo econômico, pois que pode preservar a sua soberania. O risco do Estado é a perda da sua substância ética, a soberania, em razão da qual um povo é livre, interna e externamente, e sem a qual o Estado se transforma num gerente de operações econômicas, em vez de uma autoridade de decisão política, com força moral e força aparelhada a realizar sua finalidade ética: o *bem comum*, conceito que a tradição da cultura ocidental tornou bem compreendida.

É, portanto, atual o pensamento de Schmitt, na medida em que nos motiva a trazer à discussão o tema da imprescindibilidade da soberania estatal, tanto no sentido formal como poder de criar ou reconhecer com exclusividade a própria ordem jurídica positiva, dotando-a de força aparelhada irresistível, como material, pela unidade e independência do povo, garantidas por força pacífica, com capacidade dissuasória e retaliativa, vale dizer, em que o pluriverso, para usar o termo de Schmitt, interno, das diferenças culturais encontre a unidade no momento ético do Estado soberano, com poder político de decisão, efetivamente independente nas suas relações exteriores, ou seja, um Estado livre, de pessoas livres.

⁵¹ HEGEL, G. W. F. Die Verfassung Deutschlands. In: *Werke in zwanzig Bänden*. Bd. I (Frühe Schriften), Frankfurt: Suhrkamp, 1974, p. 461.

INTRODUÇÃO*

O Sistema de Legalidade do Estado Legiferante perante outros tipos de Estados (Estados Jurisdicional, Dirigente e Administrativo)

Se, ao iniciarmos as seguintes explicações sobre "legalidade" e "legitimidade", a atual situação interna da Alemanha, na ótica da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, é caracterizada como "c o do Estado legiferante", tencionamos, com isso, apenas encontrar uma maneira breve, sintética e técnico-científica para a formulação do problema. Nesse caso, não cabem suposições e prognósticos otimistas nem pessimistas, da mesma forma que não se deverá falar de "crises" sejam elas crises biológicas, médicas ou econômicas, crises de pós-guerra, crises de confiança, crises de reabilitação, crises pubertárias, crises de retração ou de qualquer outra natureza. Para se entender corretamente toda a problemática do conceito hodierno de legalidade, bem como a questão inerente ao Estado legiferante parlamentar e ainda aquela relativa ao positivismo jurídico proveniente do período pré-guerra, são mister as definições conceituais nos campos da Teoria do Estado e da Constituição para que não per-

* A tese aqui apresentada foi concluída em 10 de julho de 1932.

cam de vista as presentes circunstâncias da política interna em seus contextos estatais.

Como “Estado legiferante”, designa-se, nesse aspecto, um determinado tipo de Estado que tem por característica ver a suprema e decisiva expressão da vontade comum residir em *normatizações* que aspiram a ser Direito e, por essa razão, exigem necessariamente determinadas qualidades, às quais se podem subordinar, por conseguinte, todas as outras funções, questões e áreas públicas específicas. Na realidade, desde o século XIX, o termo “Estado de Direito” passou a ser entendido nos países do continente europeu apenas como referência a um Estado legiferante, mais precisamente ao Estado legiferante parlamentar. A posição destacada e central do Parlamento partia do princípio de que ele, em sua qualidade de “corporação legiferante”, compusesse as supramencionadas normatizações com toda a dignidade do *législateur*.

Um Estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, *gerais*, bem como predefinidas e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma *duração permanente*. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si. São as “leis que regem”, e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara: as leis não regem, elas *vigem* apenas como normas. Domínio e puro poder simplesmente deixam de existir por completo. Quem exerce poder e domínio, age “com base em uma lei” ou “em nome da lei”. Apenas faz valer, com legitimidade, uma norma vigente. As leis são criadas por uma instância legiferante que, todavia, não governa e também não aplica nem faz valer, ela própria, suas leis. Cabe-lhe, portanto, apenas compor as normatizações vigentes, em cujo nome instâncias públicas subordinadas à lei e responsáveis por sua aplicação têm o direito de comandar o poder estatal. A realização organizacional do Estado legiferante sempre conduz à separação entre lei e aplicação da lei, entre Legislativo e Executivo. Essa não é uma separação concebida apenas no campo

teórico, tampouco uma precaução fundamentada psicologicamente para combater as ambições dos indivíduos por hegemonia. Trata-se do princípio básico, construtivo e imediatamente necessário do Estado legiferante, no qual, portanto, indivíduos e pessoas não detêm o poder, mas em que normas devem vigor. O último e verdadeiro sentido do “princípio” fundamental de “legalidade” de toda e qualquer vida estatal consiste, enfim, em que não mais se imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, afinal de contas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes. Na *legalidade* geral de toda aplicação do poder estatal, reside a justificação de um Estado como o aqui preconizado. Um sistema fechado de legalidade fundamenta a pretensão sobre a obediência, justificando que se elimina toda e qualquer pretensão sobre a resistência. Nesse caso, a forma especial de manifestação do Direito é a lei e a justificação específica da coerção estatal é a legalidade.

Outros Estados há em que a vontade política decisiva surge em outras formas e em outros processos. Existem Estados jurisdicionais nos quais o juiz responsável pela decisão de um litígio, em lugar do legislador normatizador, pronuncia a última palavra. Existem, por fim, outras formações políticas que são Estados dirigentes ou administrativos, conforme a manifestação específica na qual a última decisão se apresenta de modo concreto e por meio da qual surge a última instância, o *dernier ressort*. Uma manifestação típica do Estado jurisdicional é a decisão concreta de um caso, na qual se evidenciam, de forma direta, direito correto, justiça e razão, sem ser transmitida por normatizações gerais predefinidas e sem se exaurir no normativismo da mera legalidade. Uma manifestação típica do Estado legiferante é a normatização predefinida, mensurável e determinável quanto ao conteúdo, duradoura e geral. A decisão judiciária se apresenta como mera aplicação dessa normatização, assim como toda a vida estatal deve ser apreendida por um sistema de legalidade fechado que possibilite subsunções de mérito. Nesse sentido, o Estado jurisdicional mais parece um “Estado de Direito” quando nele o juiz julga e aplica a lei de forma direta, fazendo valer esse direito até mesmo contra o legislador

normatizador e contra a sua própria lei. No extremo oposto ao Estado legiferante, encontra-se o Estado dirigente, cuja característica peculiar se manifesta na vontade pessoal soberana e na ordem autoritária de um mandatário. Não obstante, ainda se pode imaginar um outro tipo de Estado, no qual ordem e vontade não se querem revelar autoritárias e pessoais, nem muito menos simples aplicações de normatizações superiores, mas tão-somente regulamentos objetivos: o Estado administrativo, no qual não há indivíduos que governem nem normas que vijam como algo superior, mas no qual, conforme o célebre dístico, “as coisas se auto-administrem”. Embora possa parecer uma utopia, certamente é possível imaginar um Estado administrativo cuja manifestação específica seja a medida determinada apenas conforme a situação dada, tomada de acordo com uma situação concreta e guiada inteiramente por critérios de conveniência prático-objetiva.

Não se pode negar que, na realidade histórica, surjam formas combinadas e híbridas, afinal de contas, cada coletividade estatal de cunho político conta não apenas com Legislativo, mas também com Judiciário, Governo e Administração. Em todo e qualquer Estado, não apenas se ordena e comanda, mas também se criam normas legais, além de se administrar com medidas de gestão de negócios. Recorrendo às reflexões de Richard Thoma (*Handbuch des deutschen Staatsrechts* [Manual da Teoria do Estado Alemão], v. 2, p. 127), poder-se-ia até descobrir, em cada procedimento estatal, um elemento tanto de natureza legislativa quanto judiciária ou administrativa. Sobremaneira, na figura do soberano, todos esses elementos voltam a reunir-se: o soberano é, simultaneamente, supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte de legalidade e última base de legitimidade. Em Estados fracos, um governo legítimo ficará feliz em se servir dos efeitos da legalidade oriundos de resoluções estabelecidas pela corporação legiferante. Um Estado administrativo, por seu turno, fará uso da Justiça para sancionar suas medidas políticas etc. Seja como for, em geral, é fácil poder reconhecer onde reside o foco de atenção da vontade decisória, quais dentre as diferentes possibilidades são centrais para

a existência normal e mediana, bem como que tipo de vontade suprema vem à tona, no momento certo, de maneira decisiva e marcante, sendo determinante para o tipo de Estado em questão. Entretanto, também se pode conceber uma situação de incerteza, de paralelismo ou de desordem entre suprema justiça, supremo governo, suprema normatização e suprema administração. Em interregnos transitórios, talvez possa haver até mesmo um feliz equilíbrio de diferentes poderes supremos com naturezas distintas e independentes entre si.

A distinção do Estado legiferante dotado de seu sistema fechado de legalidade em oposição às formas de legitimação (por sua vez também distintas) de Estados jurisdicionais, dirigentes e administrativos, parece-me mais fecunda para o entendimento da atual situação estatal que outras distinções surgidas em circunstâncias pretéritas, tais como as antíteses existentes entre hegemonia e cooperativa, autoridade e liberdade, Estado de Direito e ditadura etc. Aqui também não se deve recorrer à tradicional tripartição de monarquia, aristocracia e democracia com suas respectivas modificações. Todavia, com isso não se quer afirmar que a doutrina aristotélica seja antiquada e superada. Atualmente, porém, a ficção normativista de um sistema fechado de legalidade faz uma surpreendente e irrefutável oposição à legitimidade de uma vontade legítima realmente existente. Essa é, hodiernamente, a oposição decisiva, e não aquela referente à monarquia, à aristocracia, à oligarquia ou à democracia, que normalmente apenas obscurece e confunde. Ademais, nosso aparato estatal encontra-se em um processo de transformação e a “guinada para o Estado total”, com sua inevitável tendência para o “planejamento” (ao invés de tender, como ocorria há cem anos, para a “liberdade”), hoje se apresenta como uma guinada que caminha na direção do Estado administrativo. Consoante sua própria natureza, o Estado total é um Estado administrativo, ainda que faça uso da Justiça (nomeadamente Justiça Penal, Civil, Disciplinar, Administrativa ou Constitucional), seja como instrumento, seja como corretivo. Na realidade atual, praticamente todos os indivíduos já sabem que, sobretudo, um “Estado econômico” não tem condições de trabalhar como Estado le-

giferante parlamentar, vendo-se obrigado a transformar-se em Estado administrativo. Uma outra questão consiste em saber até que ponto o núcleo de todo Estado reside na administração. Tanto a “República” de Platão quanto a “Política” de Aristóteles, nas palavras de Lorenz von Stein, são “ensinamentos da sociedade sem Estado e, conseqüentemente, sem administração”. Max Weber considera um “corpo administrativo” um aspecto essencial da associação política. Da forma mais clara, vem-nos à tona, para nossa consciência histórica, a estreita relação entre Estado e administração nos séculos XVI e XVII, quando se vão formando coletividades políticas que se destacam caracteristicamente como “Estados”, justamente em função de seu aparato burocrático bem operante em oposição às comunidades jurídicas do mero “Estado mantenedor do Direito” (expressão exata cunhada por Fritz Kern) medieval. Além disso, o Estado legiferante parlamentar, com sua separação entre lei e aplicação da lei, também pressupõe, para tal aplicação da lei, um “Executivo” legitimamente operante, mas que, malgrado sua subordinação à lei, seja autônomo e distinguível. Nesse ponto, todavia, depende do sistema específico de justificação em que se encontrar o aparato administrativo, o que, nos séculos XVII e XVIII, revelava-se como a legitimidade dinástica do soberano absoluto.

Em tempos de concepções jurídicas estáveis e de posse consolidada, o Estado jurisdicional predominará e as últimas decisões serão tomadas por uma Justiça separada do Estado, na qualidade de guardiã e protetora do Direito distinguido pelo Estado, um Direito que ao Estado precede e que lhe é superior. Aliás, em uma coletividade dessa natureza, dificilmente se poderá falar de um “Estado”, pois, no lugar de uma unidade política, teria surgido uma simples comunidade jurídica, de cunho não-político, pelo menos conforme a ficção. Em tempos de grandes mudanças ou revoluções, surge um Estado dirigente ou um Estado administrativo ou, ainda, em conformidade com o tipo e a duração da transformação, também um Estado legiferante parlamentar, cujas normatizações parecem possibilitar, da melhor maneira, uma adaptação legal ao desenvolvimento das circunstâncias e uma vinculação entre progresso e segurança jurídica.

Desse modo, os diferentes tipos de Estados são adequados a diferentes tendências de política interna. De forma geral, pode-se afirmar que um Estado jurisdicional exercido com coerência e mediante o concurso de decisões processuais é o meio correto para a conservação do *status quo* social e dos direitos adquiridos, conforme a tendência conservadora amiúde constatada em toda e qualquer jurisprudência. A forma corrupta e degenerada desse tipo de Estado (a ele pertencente, em sentido aristotélico), que faz da garantia de direitos adquiridos sua *ratio essentia*, seria mais bem caracterizada por meio da seguinte sentença: “Tudo é sinecura, e nada mais vive”¹. Tanto o Estado dirigente quanto o Estado administrativo prestam-se muito mais como um instrumento de transformações radicais, sejam elas revolucionárias ou reacionárias, e de organizações amplas, planejadas e calculadas em longo prazo. O Estado legiferante é o típico veículo de uma era reformista, revisionista, evolucionista, munida de programas partidários, a qual busca realizar o “progresso” por intermédio de leis corretas pela via parlamentar legal.

O *ethos* do Estado jurisdicional consiste em o magistrado julgar diretamente em nome do Direito e da Justiça, sem que lhe sejam transmitidas ou impostas normatizações dessa Justiça por meio de outros poderes políticos não judiciários. Trata-se de um princípio simples e evidente, enquanto Direito e Justiça dispuserem de um conteúdo inequívoco, sem normatizações intervencionistas, não se revelando instrumentos de interesses por hegemonia e posse. O Estado dirigente, por sua vez, possui menos um *ethos* e revela muito mais um grande *páthos*. No governo dos monarcas absolutos dos séculos XVII e XVIII, seu princípio pode ser melhor visualizado no catálogo dos predicados representativos associados a esses soberanos, que revestem a si e a seu entorno pessoal com diversos termos, tais como: majestas, splendor, excellentia, eminentia, honor e gloria. É o grande *páthos de gloire e honneur*, a que nem mesmo o Estado administrativo prussiano de Frederico Guilherme I e Frederico

¹ N. do Trad.: Frase extraída do poema de Goethe “Zahme Xenien II” (Gentis Epigramas II, em minha tradução).

o Grande pôde prescindir. No próprio século XVII, à guisa de conceito polêmico frente a *honneur*, a ele já se opõe o termo democrático-republicano “*vertu*”, que busca desqualificar aquelas qualidades representativas e desmascarar a própria representação como mero “teatro”, confrontando a representação do monarca e de sua corte com a presença do povo homogêneo democraticamente idêntica a si mesma. Paralelamente, também se utilizava o *ethos* específico do Estado legiferante que normatizava corretamente o Direito com seu sábio e incorruptível *législateur* e sua sempre boa e justa *volonté générale*. O Estado administrativo pode recorrer à necessidade objetiva, à situação do objeto, ao imperativo das circunstâncias, à urgência da época e a outras justificativas não determinadas pela norma, mas pela situação dada. Analogamente, ele encontra seu princípio de existência na conveniência, na utilidade e, ao contrário da conformidade normativa do Estado legiferante baseado em normatizações, na pertinência de suas medidas, disposições e ordens. Tanto o Estado dirigente quanto o Estado administrativo vêm uma qualidade especial na ordem concreta, exequível sem maiores delongas ou a ser respeitada. Dão um fim às defesas advocatícias que acompanham o Estado jurisdicional, assim como às igualmente intermináveis discussões do Estado legiferante parlamentar e já reconhecem, no decisionismo da disposição imediatamente exequível, um valor jurídico positivo em si mesmo. Vale aqui a máxima: “A melhor coisa do mundo é uma ordem!”

Na opinião de Rudolf Smend (*Verfassung und Verfassungsrecht* [Constituição e Direito Constitucional], p. 115), tanto o liberalismo quanto o parlamentarismo de cunho liberal não teriam nenhum *páthos* especial, nenhuma “pretensão sobre validade valorativa” e, por conseguinte, também nenhuma “força legitimadora peculiar”. Também “não teriam, em absoluto, a necessidade de envidar esforços por uma legitimação equivalente qualquer”. No entanto, não se pode negar que o Estado legiferante parlamentar, com seu ideal e com seu sistema de legalidade hermeticamente fechado no tocante a todo procedimento estatal, desenvolveu um sistema de justificação peculiar: “legalidade”

tem aqui justamente o sentido e a tarefa de tornar obsoletos e negar tanto a legitimidade (do monarca, assim como da vontade popular plebiscitária) quanto toda e qualquer autoridade superior e todo poder público fundamentados em si mesmos. Se palavras como “legítimo” ou “autoridade” ainda são utilizadas nesse sistema, somente o são enquanto expressão da legalidade e dela derivadas. Da mesma forma, devem ser entendidas as frases da Sociologia de Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Sozialökonomie* [Economia e Sociedade. Fundamentos de Economia Social], III, 1, p. 19): “essa legalidade pode valer como legitimidade” ou “a forma de legitimação atualmente mais comum é crença na legalidade”. Nesse caso, ambas as coisas, legitimidade e legalidade, são remetidas a um conceito comum de legitimidade, enquanto a legalidade significa justamente uma oposição à legitimidade. Por essa razão, considero correto quando Otto Kirchheimer, em seu artigo sobre legalidade e legitimidade (*Die Gesellschaft* [A Sociedade], julho de 1932), afirma que a legitimidade da democracia parlamentar “somente consiste em sua legalidade”, e hoje “a barreira legal certamente é colocada em um mesmo patamar que a legitimidade”. Atualmente, o uso desses termos, todavia, já chegou a tal ponto que vê como opostos o legal como “algo apenas formal” e o que é objetivamente legítimo. Atualmente, sem esbarrar em contradição, pode-se, a título de ilustração, dizer de uma dissolução do Reichstag² que ela seria “rigorosamente legal”, mas que, objetivamente, tratar-se-ia de um golpe de Estado e, vice-versa, tal dissolução corresponderia, objetivamente, ao espírito da Constituição, mas não seria legal. Em tais antíteses, documenta-se o colapso de um sistema de legalidade que termina em um formalismo, mais precisamente em um funcionalismo desprovido de objeto e de referência. Um final desse tipo explica-se apenas pelo fato de as hipóteses

² N. do Trad.: O prédio que abriga o Reichstag ou Câmara Baixa alemã foi concluído no ano de 1894. Em 1933, foi praticamente destruído por um incêndio. Somente no ano de 1999, o Reichstag voltou a sediar o Parlamento Alemão.

essenciais e o *páthos* específico do termo legalista da lei terem sido reveladas. Por meio disso, também surgiu a ilusão de que, para todos os esforços, objetivos e movimentos imagináveis, até mesmo para aqueles mais radicais e revolucionários, seria possível abrir uma via legal e um procedimento legal em que eles pudessem alcançar sua meta sem violência e sem revolução, um procedimento que funcionasse, ao mesmo tempo, como fomentador da paz, mas também totalmente “neutro no tocante aos valores”.

Nesse aspecto, o racionalismo peculiar do sistema de legalidade certamente se transforma em seu oposto. Esse processo, que caracteriza de forma marcante a presente situação do Estado legiferante parlamentar, deverá ser explicado com maiores detalhes nos capítulos que se seguem. Para o conceito de legalidade, deve-se observar, com referência à história e aos conceitos, que se trata de um assunto e de um problema do Estado legiferante parlamentar e do tipo de normativismo que lhe é peculiar. Ele adota a situação criada pelo absolutismo monárquico, ou seja, a eliminação de todo e qualquer direito de resistência, bem como o “grande direito” a uma obediência incondicional, mas tal obediência confere ao Estado legiferante parlamentar a bênção da legalidade que ele cria por intermédio de suas normatizações gerais predeterminadas. O Estado jurisdicional e o Estado dirigente permanecem em uma relação muito estreita com a atual situação concreta e possuem, por conseguinte, uma certa presença concreta. O Estado dirigente tem, na pessoa de seu mandatário ou na dignidade do gabinete executivo, todas as qualidades da representação. Em decorrência do princípio da normatização geral predeterminada nele preponderante e da distinção a ele peculiar entre lei e aplicação da lei, entre Legislativo e Executivo, o Estado legiferante insere-se, por seu turno, em uma esfera totalmente diferente e sofre, contudo, de um certo caráter abstrato. Não obstante, enquanto a crença na racionalidade e idealidade de seu normativismo se mantiver viva, em épocas e junto a povos que ainda consigam angariar uma crença (tipicamente cartesiana) nas *idées générales*, o Estado legiferante, justamente por esse motivo, apresentar-se-á como algo

mais elevado e mais ideal. Enquanto assim for, ele também pode referir-se a uma distinção milenar e fazer valer um *ethos* antiqüíssimo, a saber: o *νῦμω* em oposição ao *δεσμῶ*; a *ratio* em oposição à *mera voluntas*; a inteligência em oposição à vontade cega e desprovida de normas; a idéia do Direito normatizador previsível em oposição à mera adequação de medida e ordem, dependente das mudanças circunstanciais; o racionalismo movido pelo bom senso em oposição ao pragmatismo e ao emotivismo; o idealismo e o Direito correto em oposição ao utilitarismo; e a validade e o dever em oposição à coação e às necessidades impostas pelas situações dadas. O Estado dirigente representativo, com sua *gloire* e sua *honneur*, apresenta-se como simples Estado hegemônico e como imoralidade; o Estado administrativo como ditadura desprovida de norma e de espírito; e o Estado jurisdicional medieval como um veículo de privilégios feudais ou estamentários, hostil ao progresso. Ele pode aludir ao fato de a fórmula patética e legitimadora “em nome da lei” não poder ser transmitida às medidas do Estado administrativo. Não existe nenhuma “igualdade perante a medida” como a “igualdade perante a lei”. Da mesma forma, ao se julgar e aplicar a lei, ao se imporem sanções ou ao se agir com certo caráter autoritativo, não se pode deixar de fazê-lo em “nome da lei”, para fazê-lo em “nome da adequação” ou da “necessidade objetiva” e nem mesmo em “nome da coercitividade das circunstâncias”. Obviamente, seria grotesco se, ao serem proclamadas e executadas sentenças judiciais, tal ato fosse realizado não em nome do rei, do povo ou da lei, mas em “nome da medida”, da mesma forma que seria grotesco fazer alguém prestar juramento “às medidas”, levando-o a jurar “fidelidade às medidas”.

Uma vez considerados apenas como aparato técnico nas mãos do governo, o funcionalismo público e o poder armado não são, em si mesmos, nem fonte de legalidade nem base de legitimidade. Por essa razão, não poderiam sustentar por si mesmos o Estado administrativo que exige, evidentemente, um aparato de funcionários. Não raro, perante diversos tipos e formas de Estado, a “burocracia” dispõe da neutralidade do instrumento puramente técnico que – mesmo com determina-

das ressalvas, por exemplo, o respeito aos “direitos adquiridos do funcionalismo público” – pode servir a diferentes direções, mesmo àquelas antagônicas entre si. “Na verdade, o funcionário público também precisa justamente saber agir de outra maneira”, afirma Rudolf Smend (*Verfassung und Verfassungsrecht* [Constituição e Direito Constitucional], p. 31). Na Sociologia de Max Weber, a palavra “burocracia” tem principalmente o sentido de deixar vir à tona, em uma categoria supostamente “isenta de valores”, os aspectos técnico-racionalistas e valorativamente neutros do mecanismo de um aparato público-funcional interessado sobremaneira em seu funcionamento impecável. Por certo, essa interpretação coloca-se de forma inteiramente polêmica na situação do Estado alemão do pré-guerra, conduzindo o funcionalismo público alemão, enquanto componente “técnico-apolítica”, a uma equivocada oposição ao Parlamento, o que, como se sabe, ainda foi considerado por Max Weber um meio de seleção política de chefes e formação de elite. O termo “burocracia”, de origem francesa, realmente refere-se a algo instrumental. O parlamentarismo da República Francesa logrou erradicar toda e qualquer idéia de que exército e funcionalismo público possuem uma legalidade ou legitimidade em si ou que poderiam desenvolvê-las a partir de si mesmos, e também foi capaz de rechaçar, a fundo, tanto a ligação com a legitimidade dinástica de uma casa real quanto o contato bonapartista com a legitimidade democrático-plebiscitária. Na Alemanha, o funcionalismo público do século XIX encontrava-se distribuído entre um grande número de monarquias constitucionais. Conseqüentemente, falta, até os dias de hoje, o contexto organizacional direto para com o todo da unidade nacional e para com a representação parlamentar da totalidade do povo alemão no *Reichstag*. A peculiaridade da monarquia constitucional possibilitou ao funcionalismo público manter, concomitantemente, não apenas a base de legitimidade da monarquia, como também a legalidade de um Estado legiferante. Todavia, não se pode perder de vista o que Hans Gerber apresentou durante a Jornada de Professores de Teoria do Estado realizada em Halle, no ano de 1931, ou seja, na verdade, sem uma garantia firme do *status* jurídico do funcionalismo público,

esse tipo de “Estado de Direito”, isto é, de Estado legiferante, não teria sido possível. Como imagino, exprime-se, nessa correta opinião manifestada por Hans Gerber, o fato histórico de que o funcionalismo público profissional também pode ser algo mais que um simples “aparato” que “funciona” nas mãos de um sistema qualquer. Contudo, também se expressa o fato de que elementos de uma elite – no sentido estatal-sociológico da palavra – criadora de autoridade e legitimidade genuínas poderiam ser sustentados por intermédio de uma classe profissional estabilizada, encarregada da defesa de interesses públicos, qualidades como incorruptibilidade, separação entre o mundo de aspiração por dinheiro e lucro, educação, consciência do dever e fidelidade, bem como determinadas tendências, certamente desvanecidas, para uma cooptação a partir de si mesmo. Sendo estas três exigências – estabilidade, qualidade e cooptação – as características de uma elite política sustentadora do Estado, ter-se-á então o direito de enxergar o funcionalismo público alemão do século XIX como um fator da vida estatal alemã assemelhado a uma elite, porém, ressaltando-se apenas que justamente a qualidade decisiva de toda elite política – capacidade e disposição para o perigo do fator político – não veio à tona.

Após a legitimidade dinástica da monarquia constitucional não se ter efetuado, o exército do *Reich* alemão (que, após o desarmamento e a desmilitarização do povo alemão, não mais é um exército no antigo sentido do termo) e o funcionalismo público do *Reich* (em especial a burocracia financeira recém-criada) encontraram a possibilidade de uma nova base na legitimidade plebiscitária do presidente do *Reich* eleito pelo povo alemão. Em contrapartida, o funcionalismo público dos *Länder*³, por faltar-lhe esse sustentáculo, foi ocupado, em larga escala, pelos poderes do Estado pluralista de partidos. Outrossim,

³ N. do Trad.: O termo alemão “*Länder*” (plural de *Land*) é a denominação dos Estados que atualmente compõem a República Federal da Alemanha, mas que já estava contida na Constituição do *Reich*, ou seja, na Constituição da República de Weimar, promulgada em 11 de agosto de 1919.

nos atuais *Länder*, o âmbito do legislativo estadual e, por conseguinte, o espaço destinado ao Estado legiferante parlamentar não é suficientemente relevante a ponto de possibilitar um sistema de legalidade autônomo para os *Länder*. A existência de diferentes governos de *Länder* com opiniões distintas sobre “segurança e ordem públicas e hostilidade ao Estado” atribui-se ao fato de o bônus político sobre a supremacia legal, fato que será explicitado mais à frente, caber a diversos partidos. Desse modo, se considerarmos os conceitos de legalidade e legitimidade, o funcionalismo público alemão não consiste em nenhuma grandeza unificada com importância política própria. Apesar disso, devido à falta de uma outra autoridade, poderia vir a ser, tomando-se algumas de suas diversas partes, o ponto de confluência das fortes necessidades e tendências, visando a um Estado autoritário, e poderia tentar, *per se*, “estabelecer a ordem” em um Estado administrativo. A prática da legislação de emergência, que já vem sendo aplicada há mais de dois anos, em conformidade com o artigo 48, § 2º, da Constituição do *Reich*⁴, já torna realidade uma grande parte do Estado administrativo regulador. O significado de tal desenvolvimento ocorrido no Estado legiferante parlamentar deverá ser explanado em pormenores no Capítulo II, § 3º. Interessa afirmar que a legalidade normativista de um Estado legiferante parlamentar, caso venha a se transformar no funcionalismo vazio de diferentes decisões majoritárias, pode aliar-se ao funcionalismo impessoal de uma necessidade reguladora burocrática. Nessa aliança entre legalidade e funcionalismo técnico, a qual, conforme a idéia, é estranha, mas se revela espontânea no tocante à experiência prática,

⁴ N. do Trad.: Texto do § 2º do artigo 48 da Constituição do *Reich* (Constituição da República de Weimar, promulgada em 11 de agosto de 1919): “Caso a segurança e a ordem públicas sofram uma perturbação ou um risco consideráveis, o presidente do *Reich* poderá tomar as medidas cabíveis para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive, caso necessário, com o auxílio das forças armadas. Para a consecução desse objetivo, o presidente do *Reich* poderá revogar temporariamente, em parte ou integralmente, os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.”

a burocracia permanece, ao longo do tempo, como o parceiro superior e transforma a lei do Estado legiferante parlamentar na medida do Estado administrativo burocrático.

A expressão “Estado de Direito” não deverá ser aplicado nesse caso. Tanto o Estado legiferante quanto o Estado jurisdicional podem considerar-se, sem maiores delongas, um Estado de Direito. No entanto, o mesmo vale para todo Estado dirigente e para todo Estado administrativo que se proponha, no tocante à matéria, a realizar o Direito, a substituir o Direito antigo incorreto por um Direito novo correto e, sobretudo, a criar a situação normal, sem a qual todo e qualquer normativismo é um engodo. A expressão “Estado de Direito” pode significar tantas coisas distintas como o próprio termo “direito” e, ademais, tantas coisas diferentes como as organizações renunciadas por meio do vocábulo “Estado”. Há um Estado de Direito feudal, um estamentário, um burguês, um nacional, um social, bem como um Estado de Direito calcado no direito natural, outro no direito racional e mais um outro de ordem jurídico-histórica. É compreensível que propagadores e defensores do termo, oriundos das mais diversas origens, tenham prazer em reivindicar para si esse termo, no intuito de difamar seu opositor como inimigo do Estado de Direito. Para seu Estado de Direito e seu conceito de Direito, vale a seguinte máxima: “Mas direito deverá, sobretudo, ser o que eu e meus amigos podemos enaltecer.”⁵ Para a Teoria do Estado

⁵ N. do Trad.: Essa frase foi citada a partir de uma coletânea de sátiras da autoria de Johann Wolfgang von Goethe, intitulada *Zahme Xenien* (Gentis Epigramas) e publicada nos anos 20 do século XIX; refere-se, mais precisamente, à sátira intitulada *Zahme Xenien II – Mit Bakis Weissagen vermischt* (Gentis Epigramas II – Mescladas com as Profecias de Bakis). Eis aqui os versos originais em que se insere a frase supracitada: „Die Deutschen sind ein gut Geschlecht / Ein jeder sagt: Will nur, was recht / Recht aber soll vorzüglich heißen / Was ich und meine Gevattern preisen / Das übrige ist ein weitläufige Ding / Das schätze ich lieber gleich gering.“ (Em minha tradução: “Os alemães são um povo escorreito/ Todos dizem: só quero o que é direito / Mas

e da Constituição, é importante obter, mediante a distinção entre Estado legiferante, jurisdicional, dirigente e administrativo, critérios específicos, por meio dos quais a característica concreta do sistema de legalidade e sua situação atual possam tornar-se melhores e mais facilmente reconhecíveis.

direito deverá, sobretudo, ser / O que eu e meus amigos podemos enaltecer / O resto é uma coisa a vagar / Que prefiro logo menosprezar.”)

O Sistema de Legalidade do Estado legiferante parlamentar

CAPÍTULO

1

1.1 O Estado legiferante e o conceito de lei

O Estado da monarquia constitucional do século XIX era um Estado legiferante. Até mesmo em alto grau e justamente naquele ponto decisivo, ou seja, no tocante a seu conceito de lei, consistia em um Estado legiferante parlamentar. Como lei em sentido formal, apenas valia uma resolução emanada de um processo com a participação da representação do povo. Tais termos formais do Direito Constitucional são conceitos essencialmente políticos. Por esse motivo, foi uma vitória marcante da representação do povo que o direito surgisse essencialmente na forma da lei, que Direito positivo fosse, na essência, Direito escrito, mas que uma resolução da representação do povo, por força do próprio conceito, fosse parte integrante da lei. Na verdade, é costume ater-se à idéia de que lei significa “qualquer norma jurídica” e também que todo Direito Consuetudinário vale como Direito positivo. Todavia, o Direito Consuetudinário somente vale como Direito simples, podendo ser cancelado e impedido por meio de um simples traço saído da pena do legislador, com a ressalva de que o legislador sempre poderia ser mais rápido que o Direito Consuetudinário. Outrossim, para determinadas áreas especialmente relevantes da vida jurídica, tais como o Direito Penal, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, a admissibilidade de composições jurídico-consuetudinárias é

muito controversa. Falando-se de forma prática, o reconhecimento do Direito Consuetudinário sempre significa uma certa ressalva restrigente em detrimento do legislador. Por esse motivo, a admissibilidade do Direito Consuetudinário é negada quando se teme que ele poderia causar danos à confiança estatal-legislativa no legislador. Não se deve esquecer que a Teoria do Direito Consuetudinário alemã impôs-se na Escola Histórica do Direito antes de 1848, portanto, seu significado polêmico-político era determinado pela oposição ao Direito Legislativo do monarca absoluto. No que tange à repercussão estatal-organizacional, sempre reside no reconhecimento do Direito Consuetudinário uma restrição do legislador parlamentar em favor de outras instâncias, sobremaneira, é claro, em favor da Justiça. O mesmo vale para todas as composições de qualquer conteúdo “conceitualmente necessário” e, por conseguinte, vinculativo também para o legislador. A esse respeito, o ensaio de Fridolin Eisele, publicado em 1885 no Arquivo para a Prática Civil e intitulado “Unverbindlicher Gesetzesinhalt” [Conteúdo de Lei Não obrigatório] (ao qual G. Husserl, meritoriamente, sempre voltou a referir-se), revela-se um bom exemplo. Um outro exemplo é dado pela posição atualmente adotada pelo Tribunal do *Reich* na questão referente à condição de funcionário público. Segundo esse tribunal, a transmissão de poderes de autoridade sem cargo formal deve fundamentar, *per se*, a condição de funcionário público por força da “essência intrínseca da coisa”, porque a hipótese contrária seria “contra-senso”, e o legislador não pode dispor de algo “juridicamente impossível e inexecutável” (cf. **RGZ**, 134, p. 19 e as decisões nele incluídas, sobretudo, **RGZ**¹, 125, p. 422). No ensaio supramencionado (p. 278), Eisele explica o que isso realmente quer dizer: “Trata-se dos limites do Poder Legislativo”. Por necessidades lógicas ou intelectuais, esses limites podem ser igualmente derivados do Direito Consuetudinário.

Abstraindo-se de tais restrições, por sinal muito controversas em sua aplicação concreta, as idéias da jurisprudência estavam

¹ N. do Trad.: (**RGZ** = **Reichsgericht in Zivilsachen**) Tribunal do *Reich* para Causas Cíveis.

(e certamente ainda estão) dominadas, em sua totalidade, por uma série de equações simples: Direito = lei; lei = regulamento estatal surgido com a participação da representação do povo. Isso era a lei que se tinha, de modo prático, em mente quando se exigiam o “domínio da lei” e o “princípio da legalidade de toda ação estatal”. Nessa congruência entre Direito e lei, fundamentava-se, no final das contas, tudo aquilo que, no decorrer do século XIX, desenvolveu-se para dar origem a um sistema e a um inventário de conceitos, fórmulas e postulados jurídicos ainda hoje vigentes. O Estado é lei, a lei é o Estado. Deve-se obediência exclusivamente à lei, apenas perante ela, nulifica-se o direito de resistência. Existe apenas legalidade, e não autoridade ou ordem de cima para baixo. Otto Mayer afirma, sob o título “O domínio da lei”, em um capítulo clássico de seu *Direito Administrativo* (3ª ed., 1924, p. 64): “O mais elevado tipo de vontade estatal é aquela que é articulada sob o nome da lei.” Segundo Otto Mayer, três aspectos caracterizam um Estado legiferante dessa natureza: a *força da lei criadora de Direito* objetivo (em oposição à ordem oficial, às instruções dirigidas a órgãos públicos e aos funcionários subordinados); a *prioridade da lei* (prioridade, portanto, perante todos os outros tipos de atividades estatais consideráveis, sobretudo a Administração Pública e o Judiciário); e a *primazia da lei*, isto é, o monopólio que a regulação legal possui, em oposição a outros tipos de atividades estatais, para interferir em direitos de liberdades e fundamentais garantidos constitucionalmente. Em outros termos, o legislador, bem como o processo de legiferação por ele controlado, é o guardião último de todo Direito, garantia última da ordem existente, origem última de toda e qualquer legalidade, garantia última e proteção última contra a injustiça. Praticamente se exclui a possibilidade de abuso do Poder Legislativo e do processo de legiferação, pois imediatamente, far-se-ia mister o concurso de um ente estatal instituído de outra forma, com estrutura e organização totalmente distintas. A congruência preestabelecida e presumida entre Direito e lei, justiça e legalidade, coisa e processo, domina o pensamento jurídico do Estado legiferante nos mínimos detalhes. Somente por meio disso foi possível submeter-se ao domínio da lei em nome da liberdade,

eliminar o direito de resistência do catálogo dos direitos de liberdade e conceder à lei aquela prioridade incondicional que enxergou na submissão do juiz à lei uma garantia da independência judiciária, encontrou na legalidade da administração a mais importante proteção contra abusos do poder estatal e disponibilizou ao magistrado, sem objeções, todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, que passou a ter o direito, por força da “primazia da lei”, de neles interferir em seu arbítrio.

No Estado legiferante parlamentar, legislador é sempre o legislador ordinário. Toda e qualquer concorrência de outros legisladores de natureza diferente e de conceitos jurídicos mutuamente relativistas destrói, como já foi frisado, o próprio Estado legiferante. No Estado legiferante do sistema fechado de legalidade, não pode haver, tal como na Teoria do Estado Romano, diversas “fontes jurídicas”, *leges*, plebiscitos, *senatus consultum*, *constitutiones principum*, éditos dos magistrados, *consulta prudentium* etc. O legislador do Estado legiferante tem de manter em suas mãos o “monopólio” da legalidade. Sobre o que deverá ocorrer, se acabar a confiança no legislador, na harmonia entre Direito e lei votada, infelizmente, é um questionamento que praticamente não foi formulado durante o período do pré-guerra e muito menos se respondeu a tal indagação. O procedimento legiferante, com seus complicados impedimentos e contrapesos – sistema bicameral do Legislativo, governo real independente e apoiado no exército e no funcionalismo público, sanção real das leis votadas, controles e balanços federais –, continha garantias de moderação suficientemente fortes e uma proteção bastante segura favoráveis à liberdade e à propriedade contra arbitrariedades e abusos da forma legal. Em um ente estatal dessa estirpe, pode-se imaginar e suportar um conceito de lei meramente formal e independente de todo e qualquer conteúdo. Ainda que se considerasse, de forma irrestrita, incondicional e desrespeitosa, como único Direito positivo abalizado, todas as decisões tomadas pelos órgãos competentes na via legiferante, todos os fundamentos e instituições típicos do Estado de Direito, tais como a vinculação dos juízos independentes à lei ou a proteção contra punição arbitrária, contida na frase “Não há punição sem lei”

(artigo 116 da RV²), ou ainda a primazia da lei no tocante aos direitos fundamentais e de liberdade, ainda seriam razoáveis e suportáveis. Seriam verdadeiras vinculações, verdadeiras assegurações e verdadeiras primazias, já que a mera confiança imperturbável e não problemática no legislador simples não exige quaisquer outras vinculações, assegurações ou primazias. Apenas com a confiança imperturbável nesse legislador e em seu tipo de leis, puderam-se pronunciar frases como: “O Direito do legislador é ilimitado; todos os outros direitos do Poder Estatal são limitados” (Leuthold, 1884, nos Anais de Hirth) ou ainda: “Para o legislador, a propriedade não é inviolável” (Anschütz, 1912, em seu comentário sobre a carta Constitucional da Prússia, datada de 1850).

Essa confiança permanece sendo o pré-requisito de toda Constituição que organize o Estado de Direito na forma de um Estado legiferante. Caso contrário, o Estado legiferante seria um absolutismo um tanto complexo, o direito ilimitado à obediência uma violação aberta, bem como a renúncia honesta ao direito de resistência, uma tolice irresponsável. Se o conceito de lei se apropriar de toda e qualquer relação para com a razão e com a justiça, e se, ao mesmo tempo, for mantido o Estado legiferante com seu conceito específico de legalidade, que concentra na lei a grandeza e a dignidade do Estado, toda determinação de qualquer tipo, toda ordem e toda medida, todo comando dirigido a qualquer oficial ou soldado e toda instrução individual endereçada a um juiz poderão ser realizados, de forma legal e legítima, por meio de uma resolução do Parlamento ou de qualquer uma das outras instâncias envolvidas no procedimento legiferante, por força do “domínio da lei”. O “puramente formal” reduz-se então à palavra vazia e à etiqueta “lei”, revelando sua relação com o Estado de Direito. De forma exclusiva e direta, toda a dignidade e toda a grandeza da lei estão ligadas – e, mais precisamente, com significado e efeito imediatamente jurídico-positivo – a essa confiança na justiça e na razão do próprio legislador e de todos os participantes do processo de legiferação. Transfe-

² N. do Trad.: *Reichsverfassung* = Constituição do *Reich*.

rem-se todas as garantias e assegurações jurídicas, bem como toda proteção contra abusos, para a pessoa do legislador onipotente ou para a qualidade do processo legiferante. Para que não seja algo desprovido de razão nem puramente arbitrário, urge que esse processo seja dominado pela precondição da confiança supramencionada, que será a força propulsora da congruência do Direito e da lei formal. Esse sistema de legalidade não existe, em absoluto, de maneira incondicional. Um equacionamento incondicional do Direito com o resultado de um procedimento formal qualquer seria apenas uma submissão incondicional, ou seja, cega, à decisão tomada por instâncias encarregadas de legislar sem nenhuma vinculação com o conteúdo do Direito e da Justiça. Nada mais seria que uma renúncia incondicional a qualquer tipo de resistência. Seria querer apreender o *sic volo sic jubeo*³ em sua forma mais ingênua e meramente psicológica, a partir de rudimentos de alguma superstição ou a partir dos resíduos de alguma religião jurídica anterior mais plena de conteúdo. Pode-se chamar a isso de “positivismo”, só que, hodiernamente, essa palavra não mais logra ocultar que aquele formalismo incondicional consiste em uma pretensão de submissão conduzida por motivos puramente políticos e acompanhada de uma negação, também conduzida por motivos puramente políticos, de todo e qualquer direito de resistência.

Ora, a Teoria do Estado praticada na Alemanha do pré-guerra sempre reconheceu um conceito material de lei paralelamente a um conceito formal. “Sem o conceito material de lei”, afirmava Anschütz (*Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt* [As teorias atuais sobre o conceito de Poder Legislativo], 2ª ed., Tübingen, 1901, p. 33), “não é possível obter bons resultados na teoria e na prática, nem se pode entender e explicar a Constituição da Prússia”. Conseqüentemente, são reconhecidas também as características determinadas de forma objetiva. No sentido material, lei é norma jurídica ou preceito jurídico, uma determinação daquilo que “deverá ser de direito para todo indivíduo”. Tinha-se em mente que a lei, em sentido formal, nor-

³ N. do Trad.: Assim o quero, assim o ordeno.

malmente conteria um preceito jurídico em sentido material e que deveria ser distinta de uma ordem qualquer. Também a necessidade – reconhecida pela teoria dominante – da *sanção* como uma ordem associada à lei na qualidade de regra jurídica mostra que ainda estava viva a distinção entre norma e ordem, entre lei e medida. “Toda lei compõe-se de duas partes distintas, das quais uma contém as regras em si e a outra o mandato legal, o ordenamento a ser seguido” (Laband). Entretanto, não se estabelecia essa relação entre norma jurídica e lei em uma definição jurídico-estatal desta, a qual distinguisse claramente a lei, por exemplo, enquanto regra geral e duradoura, de mera ordem ou de mera medida. Ao lado de tal conceito, surgiu uma segunda idéia bem diferente de lei que, todavia, também foi designada como “lei em sentido material” (e talvez apenas porque não era “formal”), a saber, a lei como “interferência na liberdade e na propriedade do cidadão”. Isso somente pode ser explicado a partir da situação predominante no século XIX baseada no confronto entre Estado e sociedade, governo e representação do povo, funcionários públicos submetidos ao serviço (submetidos a uma “relação especial de poder”) e cidadão livre, por fim, entre esfera privada livre (em princípio, ilimitada) e autoridade estatal previamente normatizada por lei (por isso mesmo, em princípio, limitada e mensurável). Uma outra distinção dessa decorrente é aquela referente à lei ou ao decreto como “interferência na liberdade e na propriedade do cidadão” e à instrução administrativa como um procedimento que não interfere na esfera privada, mas que ocorre apenas “dentro do organismo do Poder Executivo” (Anschütz).

Definir lei como “interferência na liberdade e na propriedade” tinha, é claro, um sentido meramente político-polêmico e voltava-se contra o Executivo estatal-autoritário, isto é, contra o governo real, contra seu exército e seu funcionalismo público. A confrontação de ambos os critérios de lei totalmente díspares entre si (Direito e interferência!), como “substanciais” a um “formal”, não foi, do ponto de vista lógico-abstrato, uma decisão elegante, porém, na situação concreta da política interna dominante no século XIX, era algo facilmente compreensível. Em contrapartida, devia ser confuso para os conceitos de um

Estado legiferante o fato de a doutrina então reinante, apesar de seus dois conceitos “materiais” de lei, imputar ao processo legiferante formal a força de usar a forma da lei a seu bel-prazer, inclusive para qualquer conteúdo de vontade, que não mais era lei em sentido material, que não mais tinha, portanto, nada a ver com ambas as definições materiais do conceito em questão. Destarte, toda a dignidade jurídico-estatal, que se derivava apenas do primeiro conceito material de lei (lei = norma jurídica) e repercutia no procedimento legiferante formal, era separada de sua origem e de sua fonte, nomeadamente sua ligação objetiva com o Direito. Ao mesmo tempo, presente no segundo conceito de lei (interferência na liberdade e na propriedade), revelava-se a idéia de proteção e garantia perante o legislador, mais precisamente em favor de um conceito apenas formal, ou seja, livre de qualquer vínculo com o Direito e a Justiça, puramente político. Então, a lei não mais precisa ser, em conformidade com a intenção, sequer um regulamento geral e duradouro (que trate iguais com igualdade) provido de um conteúdo mensurável e determinado. No processo legiferante, o legislador faz o que quiser, sempre é “lei” e sempre cria “Direito”. Com isso, estava aberto o caminho para uma idéia absolutamente “neutra” de legalidade, desprovida de valores e qualidades, funcional-formalístico em sua ausência de conteúdo. No Direito Administrativo, para o decreto (em oposição à disposição) era costume ater-se rigorosamente ao caráter geral, eram reconhecidos determinados aspectos da normatização (conteúdo determinável, proporcionalidade, igualdade), todos esses pontos referentes à lei eram tratados no Direito Público, no qual tinha um significado prático bem maior, como uma brincadeira teórica sem importância, à qual faltariam “delimitações firmes”.

Até o momento em que a situação estatal interna encontrava-se normal e apaziguada e a confiança nas instâncias encarregadas da legislação e na colaboração por elas prestada não sofria nenhum abalo, era óbvio que quase não se voltava a atenção para pontos teóricos obscuros. Quando se eliminou o dualismo de Estado e sociedade e, por conseguinte, também a estrutura dualista da monarquia constitucional, de modo que,

com coerência democrática, vontade estatal e vontade popular passaram a ser coisas idênticas, correspondia a essa mesma coerência democrática caracterizar como “lei” toda manifestação da vontade popular e emprestar-lhe toda dignidade e toda grandeza, que competem a esse conceito por força de sua ligação com o Direito e a Justiça. Em uma democracia, lei é cada vontade de cada povo existente, ou seja, praticamente a vontade da maioria de cidadãos votantes em questão, *lex est, quod populus jubet*⁴. A diferença entre norma e ordem, intelecto e vontade, *ratio* e *voluntas* que o Estado legiferante parlamentar carrega com sua distinção entre lei e aplicação da lei desemboca por seu turno, em um conceito “formal” de lei e ameaça fazer desabar a construção do sistema parlamentar de legalidade. Todavia, em uma democracia coerente, isso é suportável por outros motivos, pois, sob condição democrática, o povo homogêneo em si possui todas as qualidades que contêm uma garantia da justiça e da razão da vontade manifestada por esse povo. Não existe nenhuma democracia sem a condição de que o povo seja bom e sua vontade, conseqüentemente, basta. *Il suffit qu'il veut*⁵.

Na democracia parlamentar, a vontade do Parlamento é idêntica a vontade do povo. Nesse caso, decisão por maioria simples pode ser Direito e lei, contanto que se parta do princípio de que ela contém intrinsecamente aquelas qualidades da vontade popular. Também se pode imaginar e suportar um conceito “formal” de lei, não incondicionalmente formal, mas sim vinculado por inteiro à confiança na concordância entre maioria parlamentar e vontade popular homogênea. Por essa razão, para as normas constitucionais francesas do ano de 1875 e para a democracia parlamentar da França, um excelente autor no âmbito da Teoria do Estado francês, Carré de Malberg, expôs (*La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931 [A lei, expressão da vontade geral]): não faz muito tempo que se recusou todas as características objetivas do conceito de lei, tais como o caráter geral ou a duração do regulamento, porque a vontade do

⁴ N. do Trad.: A lei é a expressão da vontade do povo.

⁵ N. do Trad.: Basta que ele queira.

Parlamento era, de forma direta, a vontade do povo soberano, a própria *volonté générale*. Essa é a fórmula característica da democracia parlamentar. Em seu significado prático, volta-se atualmente, sobretudo, contra a verificação judiciária de leis, pois tal controle do Judiciário por parte do Legislativo impregnaria o Estado legiferante parlamentar de elementos próprios de um Estado jurisdicional, que, enquanto corpos estranhos, põem em risco o inequívoco sistema de legalidade daquele tipo de Estado e traz problemas ao Parlamento em sua posição central como fonte de legalidade.

Caso não se apresentem as condições do Estado legiferante democrático-parlamentar, é de se supor que fecharão os olhos diante da situação constitucional concreta e que se prenderão a um conceito de lei formal-funcionalista absolutamente neutro em relação a valores, para com isso salvarem o sistema de legalidade. Dessa forma, “lei” nada mais será que toda decisão tomada por toda maioria parlamentar. Como já foi citado, havendo como condição a confiança tácita em determinadas qualidades asseguradoras de Direito e Justiça, próprias do Parlamento, dos parlamentares e do procedimento parlamentar, que se caracteriza pela discussão e pelo caráter público, isso será plenamente imaginável e suportável. Todavia, já nessas alturas, deverá ser destacada mais uma exigência, cuja inevitabilidade em geral não ocorre em um suficiente grau à consciência dos indivíduos: *a Constituição escrita do Estado legiferante parlamentar deve restringir-se fundamentalmente a regulamentos organizacionais e jurídico-processuais*. Isso corresponde tanto à neutralidade liberal quanto à neutralidade funcionalista absoluta de um sistema, cujos procedimentos e métodos estejam abertos e acessíveis a diversas opiniões, correntes, movimentos e objetivos. Ademais, para todo Estado legiferante, deveria ser óbvio que a Constituição escrita empenhada em constituir tal Estado não se antecipasse ao legislador por ela sancionado, assumindo o papel de legislador por meio de regulamentos jurídico-materiais. O Estado legiferante parlamentar conhece apenas um único legislador efetivo que deverá manter o monopólio da criação de Direito material.

O Estado legiferante da Monarquia constitucional alemã do século XIX conhecia, na verdade, um tríplice conceito de lei, contudo, para seu conceito formal de lei, a participação da representação do povo era e continuou sendo o único elemento essencial e determinante para a conceituação. De resto, tanto a luta em torno do direito de o Rei promulgar autonomamente decretos-leis quanto o reconhecimento da sanção real da lei votada mostravam que ainda não se havia chegado a um Estado legiferante democrático-parlamentar. Contudo mesmo os adeptos do direito autônomo real à promulgação de decretos-leis não ousavam designar como leis os decretos-leis do Rei. Nessa medida, o claro e elucidativo axioma de que um Estado legiferante somente pode ter um conceito de lei, somente um legislador e somente um procedimento legiferante estava garantido pelo menos do ponto de vista formal e o sistema de legalidade desse Estado podia ser realizado de modo prático sem contradições internas autodestrutivas.

1.2 Legalidade e igualdade de chances⁶ na obtenção de poder

Em seu artigo 68, a Constituição de Weimar proclama o Estado legiferante parlamentar: as leis do *Reich* serão decididas

⁶ A palavra “chance” permanece aqui em seu original francês. Ela faz parte, com propriedade, de uma maneira de pensar e de uma linguagem inserida em uma era liberal de livre concorrência e de *expectation*, exprimindo bem a mistura de acaso com regularidade, liberdade com previsibilidade, arbitrariedade com responsabilidade, uma mistura característica em nossa época. Outras palavras dessa estirpe são, à guisa de exemplo: “*Ideologie*” (ideologia), “*Risiko*” (risco), além do “*Sollen*” (o “dever”) com todas as suas “correlações”, bem como todos os diversos tipos do “valer”. É preferível não transformar tais palavras, para que o carimbo de sua origem intelectual permaneça visível. Na sociologia de Max Weber, o termo “chance” surge com especial frequência. (N. do Trad.: Essa nota do próprio autor foi mantida na presente tradução brasileira, apesar de a existência da palavra “chance” no português não necessariamente suscitar as mesmas expectativas geradas por chance na língua alemã à época de C. Schmitt, a não ser em um exame mais aprofundado do termo.)

pelo *Reichstag*, o Parlamento Alemão da época. Corresponde a um modo de pensar puramente funcionalista entender Direito e lei sem uma relação com qualquer conteúdo a não ser a respectiva decisão da correspondente maioria parlamentar. Por meio disso, Direito, lei e legalidade tornam-se modos de processo e procedimentos de votação “neutros”, indiferentes e acessíveis a qualquer conteúdo. É verdade que o conceito de lei do Estado legiferante parlamentar traz, intrínseca, uma neutralidade perante os mais diferentes conteúdos, mas ele tem de conter em si, é claro, determinadas qualidades (normatização geral, determinação temática, duração), se for sua intenção servir de suporte a um Estado legiferante, seja ele qual for. Antes de tudo, não poderá ele ser “neutro” contra si mesmo nem contra seus próprios pré-requisitos. Se a corporação parlamentar, sem respeito a quaisquer qualidades de seus membros, for reduzida a uma mera função de votações majoritárias e se, renunciando-se a toda exigência “material” da lei, sua decisão majoritária tornar-se a lei votada, então estarão terminadas todas as garantias de justiça e razão, mas também o conceito de lei e a legalidade ver-se-ão acabados em meio a uma conseqüente falta de substância e de conteúdo funcionalista, em decorrência da adoção de idéias majoritárias aritméticas: 51% dos votos resultam em maioria no Parlamento; 51% dos votos parlamentares resultam em Direito e legalidade; e 51% da confiança do Parlamento em relação ao Governo resultam no governo parlamentar legal.

O método da formação de vontade por meio de averiguação majoritária simples é razoável e suportável, se for possível pressupor uma homogeneidade substancial de todo o povo. Nesse caso, não haverá, pois, *nenhuma vitória* da minoria *pela maioria de votos*; em vez disso, a votação deverá fazer surgir apenas uma *concordância* e uma unanimidade pressupostas e existentes em latência. Como já foi afirmado anteriormente, uma vez que toda democracia fundamenta-se no pré-requisito de um povo indivisivelmente homogêneo, inteiro, uniforme, então não existe para ela, na coisa e na essência, nenhuma minoria, e menos ainda uma pluralidade de minorias firmes, constantes. Acei-

ta-se o procedimento da averiguação majoritária, não porque, a título de exemplo, renunciar-se-ia, em função de relativismo ou agnosticismo, a encontrar o verdadeiro e o correto – essa seria, em vista das fatais decisões políticas envolvidas, uma renúncia suicida e, como admite Hans Kelsen (*Naturrechtslehre und Positivismus* [Teoria do Direito Natural e Positivismo], 1928, p. 77), possível “apenas em tempos relativamente calmos”, portanto, apenas quando não for necessária. Contrariamente, parte-se do princípio de que, em virtude da pertença a um povo, todos desejem, de modo igual e em essência, o mesmo. Não sendo satisfeita a precondição da homogeneidade nacional indivisível, então o funcionalismo afeito a averiguações puramente aritméticas, desprovido de objeto e vazio de conteúdo, passa a ser oposto de neutralidade e objetividade. Ele nada mais é que a violação quantitativamente maior ou menor da minoria derrotada por maioria de votos e, conseqüentemente, oprimida. Cessa então a identidade democrática de governantes e governados, de autoritários e obedientes. A maioria ordena, e a minoria tem de obedecer. Até mesmo a adicionabilidade aritmética cessa, já que, como manda o bom senso, obviamente só devem ser somadas coisas iguais. Pode-se considerar “dinamismo” o funcionalismo desprovido de conteúdo e de precondição das majorias alternantes, embora a falta de estática e de substância não precise, na verdade, ser algo dinâmico. Entretanto ainda que se aprimore esse procedimento neutro e indiferente ao conteúdo, conduzindo-o até a absurdez de uma averiguação majoritária apenas matemático-estatística, mesmo assim, sempre se deverá pressupor *um* princípio de justiça, caso não se queira ver sucumbir todo o sistema de legalidade no mesmo momento: o princípio da igualdade incondicional de chances para todas as opiniões, correntes e movimentos *da igualdade de chances para se alcançar aquela maioria*. Sem esse princípio, a matemática da maioria, não apenas devido a sua indiferença contra todo resultado temático, seria um jogo grotesco e o conceito de legalidade dela derivado, um escárnio de toda justiça, como também já teria chegado ao fim com o próprio sistema após a primeira obtenção de poder, pois logo a primeira maioria instalar-se-ia como po-

der permanente de forma legal. A manutenção da igualdade de chances não pode ser eliminada da idéia do Estado legiferante parlamentar. Permanece sendo o princípio de justiça e a máxima de autoconservação necessária à existência. O funcionalismo de maiorias puramente aritméticas realizado por completo também não pode prescindir dessa precondição indispensável e dessa base de sua legalidade.

O fato de o poder estatal ser legal deverá suprimir e negar especialmente todo *direito de resistência* enquanto Direito. Contudo, o antiqüíssimo problema da “resistência contra o tirano” continua a existir e todo esvaziamento funcionalista-formalista do Estado legiferante parlamentar não logra solucioná-lo. Esse esvaziamento apenas conduz a um conceito de legalidade indiferente quanto ao conteúdo, neutro até mesmo contra sua própria validade, e que não leva em consideração nenhuma justiça material. A falta de conteúdo da mera estatística majoritária rouba à legalidade todo e qualquer poder de convencimento. A neutralidade é principalmente contra a diferença entre Direito e injustiça. A possibilidade da injustiça, a possibilidade do “tirano”, somente é abolida do mundo por meio de um artifício, a saber, deixando-se de chamar a injustiça de injustiça e o tirano de tirano, da mesma maneira que se pode eliminar a guerra da face da terra, designando-a como uma “uma medida pacífica acompanhada de batalhas de maior ou menor porte” e considerando isso uma “definição puramente jurídica para o termo guerra”. “Por força do próprio” conceito, o poder legal então simplesmente não poderá mais cometer nenhuma injustiça. A antiga doutrina do direito de resistência distinguia dois tipos de “tiranos”, aquele que tinha se apoderado do poder de maneira legal, passando, porém, a exercê-lo de forma má e a abusar de sua posição hegemônica, trata-se do *tyrannus ab exercitio*, e além desse, o *tyrannus absque titulo*, aquele que chega ao poder sem nenhum título legal, não importando se o exerce bem ou mal. No caso de neutralidade quanto ao conteúdo ou de falta de conteúdo por completo, não poderá mais haver, em absoluto, o primeiro tipo, ou seja, o uso ilegal do poder legal, mas é evidente que se a maioria também nunca

conseguiria ser “tirano sem título legal”, se a maioria houver se tornado o único título legal da posse legal do poder. Apenas quem exerce um poder estatal ou semelhante ao estatal, sem dispor da maioria de 51% em seu favor, está na ilegalidade e é um “tirano”. Quem dispuser dessa maioria, não mais estará cometendo injustiça, ao contrário, tudo o que fizer será transformado em Direito e legalidade. Com tais conseqüências, o princípio de um conceito de legalidade funcionalista e desprovido de conteúdo conduz-se a si próprio *ad absurdum*.

A pretensão de legalidade torna toda resistência e toda defesa injustiça e contravenção, torna-as ilegalidade. Se a maioria puder dispor de legalidade e ilegalidade arbitrariamente, então ela poderá, em especial, declarar seu concorrente da política interna ilegal, ou seja, *hors-la-loi*⁷, e com isso excluí-lo da homogeneidade democrática do povo. Quem dominar 51% poderá tornar ilegal os 49% restantes. De maneira legal, poderá fechar atrás de si a porta da legalidade, por meio da qual entrou, tratando seu adversário político-partidário que talvez venha a chutar a porta com suas botas como um bandido cruel. Em vista dessa perigosa possibilidade, hoje em dia se tenta, na maioria das vezes, garantir uma certa proteção com a introdução de agravamentos e qualificações das maiorias de votações, exigindo-se para determinados assuntos uma maioria de dois terços ou algo semelhante, mas, em geral com o uso ilusório da expressão “proteção de minorias”, dando-se, por um lado, garantias contra maiorias de 51% e, por outro, permanecendo, de qualquer maneira, no funcionalismo vazio de uma matemática majoritária e/ou minoritária meramente aritmética. No próximo capítulo, será mostrado que mesmo a introdução dessas maiorias qualificadas com base em cifras negam e destroem tanto a democracia quanto o Estado legiferante parlamentar.

Todavia, agora se pode reconhecer que esse funcionalismo matemático de cada estatística majoritária em questão anula-se permanentemente se o princípio de igualdade de chances na

⁷ N. do trad.: Fora-da-lei.

obtenção de maioria não for observado com rigor. O atual Estado legiferante parlamentar, baseado no domínio de respectivas maiorias, somente pode repassar o monopólio de exercício legal de poder aos respectivos partidos majoritários e somente poderá exigir da minoria a renúncia ao direito de resistência, na medida em que a igualdade de chances na obtenção de maioria realmente permaneça aberta e na medida em que esse pré-requisito do seu princípio de justiça de alguma maneira seja plausível. Pode-se atribuir a maior parte disso ao que já foi apresentado em relação à justificação da hegemonia majoritária, o que é muito bem explicado na única monografia existente (W. Starosolskyj, *Das Majoritätsprinzip* [O princípio majoritário], Viena, 1916, p. 63-64) sobre a necessária “alternância na composição pessoal da maioria” ou sobre a necessária “indeterminação” de sua hegemonia.

Kurt Wolzendorff fundamentou e justificou, em seu célebre livro sobre a doutrina do direito de resistência estamentário (*Staatsrecht und Naturrecht* [Teoria do Estado e Direito Natural], Breslau, 1915), a eliminação do direito de resistência por meio da introdução de uma via jurídica ou de reclamação. Mas bem mais importante que a abertura de uma proteção legal, ou seja, a manutenção da *chance, conforme a justiça de abrir um processo*, é, para o Estado legiferante parlamentar, essa manutenção da *igualdade de chances de se obter a maioria*, isto é, o *poder político*, pois se um partido que domina 51% da corporação legislativa puder fazer as leis relevantes para a Justiça, então esse partido simplesmente ditará também à Justiça, que está vinculada à lei, o conteúdo da decisão judiciária para litígios nas áreas de Direito Civil, do Trabalho, Penal, Disciplinar e todos os outros tipos. Ademais, esse partido formará o governo legal que fará uso de todos os meios hegemônicos estatais da aplicação da lei. Desse modo, a chance conforme a Justiça do partido não dominante transforma-se no seu oposto. Quem dispõe da maioria, faz as leis vigentes, outrossim, tornará vigentes as leis feitas por ele próprio. Vigência e tornar vigente, produção e sanção da legalidade, eis seu monopólio. Não obstante, o mais importante é que o monopólio do fazer viger a lei vigente confere-lhe a posse legal dos meios hegemônicos estatais e, por consequin-

te, um poder político que vai muito além da simples “vigência” de normas. O partido dominante dispõe de toda preponderância decorrente da *simples posse dos meios hegemônicos legais* em um Estado dominado por esse tipo de legalidade. Agora, a maioria subitamente não mais é um partido, é o próprio Estado. As normatizações nas quais o Estado legiferante vincula a si e à sua aplicação da lei podem ser até muito estreitas e limitadas, mas, como uma vez afirmou Otto Mayer, “o ilimitado que se encontra nos bastidores” acaba sempre repercutindo no Estado. Como consequência, a mera posse do poder estatal, para além de toda normatividade, provoca uma *mais-valia política adicional* que somente surge para o poder meramente legal-normativista, uma *recompensa supralegal pela posse legal do poder* e pela obtenção da maioria.

Em tempos normais e tranqüilos, essa recompensa é relativamente previsível, em situações anormais, totalmente imprevisível e incalculável. Ela sempre apresenta três elementos. Em *primeiro* lugar, emana da exegese e da utilização concretas de conceitos indeterminados e discricionários, tais como “ordem e segurança pública”, “perigo”, “emergência”, “medidas necessárias”, “atos hostis contra o Estado e a Constituição”, “caráter pacífico”, “interesses vitais” etc. Tais conceitos, sem os quais nenhum Estado consegue viver, destacam-se por estarem diretamente vinculados a cada situação dada, por somente obterem seu conteúdo concreto por meio da aplicação concreta e principalmente pelo fato de sua aplicação e sua utilização concretas serem o único elemento decisivo em todas as épocas difíceis e importantes do ponto de vista político. Em *segundo* lugar, o detentor leal do poder estatal, em caso de dúvida, que sempre poderão ocorrer com esses conceitos indeterminados em situações politicamente difíceis, terá a presunção da legalidade em seu favor. Finalmente, em *terceiro* lugar, suas disposições, mesmo no caso de legalidade duvidosa, sempre deverão ser primeiramente executadas de imediato, ainda que se prevejam possibilidades de reclamação e de proteção em conformidade com a Justiça. Havendo uma competição entre Executivo e Justiça, na maioria dos casos, chegaria demasiado tarde, ainda que se en-

tregasse em suas mãos o instrumento de medidas e disposições provisionais que, em casos politicamente interessantes, seriam suspeitos. Por isso, não se pode negar que a chance conforme a justiça significa uma correção necessária e uma proteção que não deve ser desprezada, mas não pode ser politicamente decisiva, nem pode carregar apenas para si o princípio de justiça desse tipo de legalidade, a manutenção da igualdade de chances. Para a atual consciência jurídica do povo alemão, que tem sido aguçada por meio de muitas experiências na esfera da política externa, ainda se acrescenta o fato de a chance conforme a justiça, no tocante a conflitos políticos em geral, ter perdido valor e prestígio. Do modo como estão as coisas no presente momento, não se poderia, para ilustrar, esperar do povo alemão, em qualquer questão de vital importância, que ele assinasse sua sentença de morte visando à chance de ganhar um processo de Direito internacional.

Assim sendo, tudo está ligado ao princípio da igualdade de chances de obtenção de poder na esfera da política interna. Renunciando a esse princípio, o Estado legiferante parlamentar renuncia a si mesmo, a sua justiça e a sua legalidade. Será que boa vontade e boa intenção teriam aqui alguma serventia? Todo momento crítico ameaça o princípio da igualdade de chances, porque o momento crítico esconde a oposição insuprimível existente entre recompensa pela posse legal do poder e manutenção da igualdade de chances de obtenção de poder na esfera da política interna. Por um lado, a igualdade de chances já é eliminada por intermédio da simples presunção da legalidade de toda manifestação estatal, por outro, nenhum poder estatal legal pode renunciar a essa presunção. Por ser turno, faz parte do conteúdo essencial do princípio da igualdade de chances o fato de sua exegese e sua utilização concreta não serem realizadas unilateralmente, mas por cada partido com plena igualdade de direitos. De outro modo, um conceito como "igualdade de chances" também é, por sua vez, um daqueles conceitos indeterminados, diretamente ligados a uma situação dada, cuja exegese e cuja utilização são necessariamente coisas do poder legal, portanto, do partido que está no poder. Este determinará, a partir de sua ótica, que possibilidades de ação permite a seu oponente na

esfera da política interna e também quando tem início a ilegalidade do concorrente. Obviamente, isso não mais será igualdade de concorrência, nem mais será igualdade de chances.

O princípio da igualdade de chances é de uma sensibilidade tal que a dúvida séria acerca da completa disposição de todos os envolvidos já torna impossível a aplicação do princípio. Afinal de contas, somente se pode manter a igualdade de chances se ela também for mantida para o outro. Caso contrário, a utilização desse princípio seria um suicídio não apenas no resultado prático, como também seria uma violação do próprio princípio. A partir dessa necessidade, o partido que detiver a posse legal do poder tem de determinar e decidir, por força da posse dos meios hegemônicos estatais, acerca da aplicação e utilização concreta e politicamente importante dos conceitos de legalidade e ilegalidade a partir de sua própria ótica. Esse é um direito inalienável. Da mesma forma, trata-se de um direito inalienável da minoria que almeja a posse dos meios hegemônicos estatais, por força da pretensão à presunção de igualdade de chances com igualdade de direitos, a partir de sua ótica, emitir juízo sobre a legalidade e a ilegalidade concreta não apenas de si mesma, mas também do partido antagônico que detém a posse legal dos meios hegemônicos estatais. Assim, o princípio da igualdade de chances não contém, em seus próprios pré-requisitos internos, uma resposta à questão que surge em cada momento crítico, à questão que praticamente decide sozinha quem é que, no caso de conflito, elimina e decide dúvidas ou incompatibilidades de opiniões. Justamente para a utilização daqueles conceitos indeterminados e vinculados a situações dadas, tais como ordem, disposição hostil ao Estado e à Constituição, pacífica ou belicosa e principalmente legal e ilegal, faz parte da idéia de igualdade de chances o fato de partido dominante e partido não dominante, maioria e minoria terem paridade incondicional. Seria, na prática, uma saída buscar a solução por meio da inclusão de um "terceiro elemento imparcial", o qual pudesse decidir o conflito, fosse conforme a Justiça, fosse de outro modo. Todavia, abandonar-se-ia, com isso, o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar, pois esse terceiro elemento seria perante ambos

os partidos um terceiro supraparlamentar, até mesmo suprademocrático, em posição superior e a vontade política não mais ocorreria por intermédio da livre concorrência pela hegemonia de partidos políticos que tivessem sempre as mesmas chances de poder. A problemática criada a partir do próprio princípio não estaria solucionada a partir dele, em vez disso, reconhecer-se-ia apenas que o princípio conduz a questões insolúveis e a situações críticas. A partir do momento em que falta o pré-requisito de uma disposição igualmente legal para ambos os lados, o qual faz parte da legalidade desse sistema, então deixa de existir uma saída. O partido majoritário que detém a posse legal dos meios hegemônicos estatais precisa aceitar que o partido opositor, caso venha, por seu turno, a tomar legalmente o poder, utilizará o poder para se entrincheirar na posse do poder, ou seja, para eliminar, de forma legal, o princípio da legalidade. A minoria que almeja ascender ao poder afirma que a maioria dominante há muito tempo já praticou a mesma coisa. Com isso, explicita ou implicitamente, ela declara ilegal, a partir de sua própria ótica, o poder estatal existente, uma coisa a que nenhum poder legal pode-se dar ao luxo. Destarte, no momento crítico, um recriminará o outro por praticar ilegalidade, cada um representará o papel de guardião da legalidade e da Constituição. O resultado será um estado de coisas desprovido de legalidade e de Constituição.

Para cada conceito baseado na igualdade de direitos e da coordenação e pertencente ao chamado "Direito político", poderá ocorrer um tal momento crítico. Conceitos da esfera da política externa e do Direito internacional, tais como segurança, perigo de guerra e de ataques, ameaça, atentados, dívida de guerra etc., conhecem a mesma espécie típica de dialética. Assim, à guisa de ilustração, por ocasião da chamada "proscrição da guerra" por meio do Pacto de Kellog de 1928, vários poderes fizeram explicitamente a ressalva de que qualquer violação do pacto por intermédio de um outro Estado exonerá-los-ia do acordo perante o contraventor. Isso não consiste em uma ressalva iníqua, na verdade, ela se explica por si só. Porém, logo se vê que o pacto, com a inclusão dessa ressalva, tornou-se inválido para o caso crítico, que é o que importa, ou seja, a ocorrência de uma guerra, pelo menos,

na medida em que se aja imperiosamente com igualdade de direitos e até o momento em que, como talvez venha a acontecer na realidade política, uma potência imperialista ou um grupo de potências desempenhe o papel do terceiro elemento superior, interpretando e sancionando, a partir de sua própria ótica, os conceitos indeterminados do pacto, em especial o conceito de "guerra". Na esfera da política interna, contudo, uma decisão concreta análoga da antinomia insolúvel poderia ser provocada apenas pelo partido que detivesse o poder. No entanto, com isso, ele torna-se o terceiro elemento superior e suprime, no mesmo momento, o princípio de sua legalidade, a igualdade de chances. Então, dito com outros termos, a decisão simplesmente caberá à maioria política da posse legal do poder estatal.

É por meio do uso das competências extraordinárias do estado de exceção que a grande recompensa pela posse de poder, baseada em uso discricionário, presunção de legalidade e imediata exequibilidade, desenvolve o seu efeito integral maior e eliminador de qualquer possibilidade de chances iguais. Do mesmo modo, em um Estado total do ponto de vista quantitativo, essa recompensa possibilita ao partido dominante a autoridade não apenas sobre o *botim*, os *spoils* no estilo antigo, mas também, juntamente com o Direito Financeiro e o Direito Tributário, a autoridade sobre toda renda popular. É suficiente fazer alusão a essa face das possibilidades legais, a fim de se reconhecer seu efeito sobre o princípio de legalidade do Estado legiferante parlamentar. À grande recompensa, também, ainda se vêm juntar algumas outras de menor monta. Desse modo, com vistas às eleições e votações do período eleitoral subsequente, um partido majoritário pode decidir as diretrizes eleitorais legais em seu próprio benefício e em detrimento de seu concorrente na política interna. Assim como o fez a escassa maioria obtida pela Assembléia prussiana, em finais do período legislativo, por meio da resolução do dia 12 de abril de 1932, o partido majoritário dificultou propositadamente, com uma alteração do regulamento interno (§ 20), a eleição de um Primeiro-Ministro para a legislatura seguinte, com o intuito de roubar ao opositor uma chance e de melhorar para si a chance de formar o Gabinete Ministerial Especializado e, desse modo,

manter a posse legal do poder, ainda que sem maioria. Os ministérios especializados que atualmente, em vários países, são exercidos durante meses e até mesmo anos fornecem exemplos bastante elucidativos do tipo de recompensa, aqui pertinente, pela posse do poder conquistado. Na verdade, esses ministérios especializados não concluem apenas todos os “negócios correntes”, como reza, por exemplo, a Constituição prussiana. Tomando-se como referência a Alta Corte de Justiça⁸ do *Reich* Alemão que passou ao largo desse termo constitucional (Lammers-Simons, 1, p. 267), mas também porque não é fácil, quando se perde a lealdade, distinguir negócios correntes e outros negócios, passa-se a ler, ao invés de “negócios correntes”, simplesmente “todos os negócios”.

Assim, no tocante a suas competências, mas não a seus vínculos, o Gabinete Ministerial Especializado é colocado exatamente no mesmo patamar que o Gabinete Parlamentar Ordinário. Com isso, uma maioria anteriormente existente permanece, ainda que sem maioria atual, na posse dos meios hegemônicos estatais, apenas sob a condição de que o partido opositor não tenha, por seu turno, obtido uma clara maioria contrária. A justificativa interna passa então a ser, por certo, não mais o princípio da maioria democrática, mas somente o triunfo do *beatus possiens* (“feliz possuidor”). À medida que tais recompensas pela posse vão ganhando uma decisiva importância política e seu aproveitamento abusivo vai-se tornando um meio óbvio de afirmação de poder político-partidário, o princípio da igualdade de chances e, por conseguinte, a base de legalidade do Estado legiferante parlamentar vão perdendo toda e qualquer crença. No final das contas, somente um fato ainda prenderá as atenções: saber quem deterá o poder legal em suas mãos e constituirá seu poder sobre uma nova base, se é que realmente se chegará a tanto, quando todo o sistema de legalidade for posto de lado.

⁸ N. do Trad.: A Constituição de Weimar para o *Reich*, datada de 11 de agosto de 1919, criou a Alta Corte de Justiça do *Reich* Alemão (cf. artigo 108 da RV), à qual competia esclarecer questões no âmbito do Direito Constitucional entre o *Reich* e os *Länder* (Estados que compunham o *Reich*).

Os três legisladores extraordinários da Constituição de Weimar

CAPÍTULO 2

2.1 O legislador extraordinário *ratione materiae*. A segunda parte da Constituição de Weimar como uma segunda Constituição

No Estado legiferante parlamentar, lei é a respectiva resolução decorrente da maioria parlamentar, enquanto na democracia direta lei exprime a respectiva vontade própria à maioria popular. A coerência do princípio da maioria democrática fundamenta-se, em primeiro lugar, na respectividade e, em segundo, na maioria simples, a saber, a maioria de 51%. Não obstante, é certo que existem, na maior parte das constituições democráticas, exceções ao princípio da maioria simples. Para determinados casos, exige-se um *quorum* mais reduzido e, para outros, um mais elevado. Todavia, nesses casos cumpre distinguir se se trata apenas daqueles desvios do princípio da maioria simples relacionados a questões processuais ou se, por exemplo, para a realização de sessão a portas fechadas, exige-se uma maioria qualificada de dois terços consoante o artigo 29 da Constituição do *Reich* (RV)¹, ao passo que para a convocação do *Reichstag*,

¹ N. do Trad.: Eis a íntegra do artigo 29 da Constituição do *Reich* (ou “Constituição de Weimar”, aqui também representada pela sigla ale-

segundo o artigo 24 da RV, impõe-se apenas um terço, ou ainda se o desvio para resoluções materialmente determinadas é introduzido como um princípio do Direito material. A questão da emenda constitucional (artigo 76 RV) também é essencialmente distinta e depende de como se entende o termo “Constituição”: como regras organizacionais e processuais ou como princípios de Direito material. Apenas os casos de normatização jurídico-material abrem espaço para um desvio e uma emenda, também visivelmente fundamentais, do princípio da maioria simples. Nesses casos, é evidente que sempre se tratará de agravações, e não de atenuações, da resolução, já que se exige uma maioria superior a 51% para uma lei votada. A segunda parte da Constituição de Weimar introduz tais desvios jurídico-materiais em uma dimensão dantes nunca vista na história constitucional, por meio de inúmeros “ancoramentos”, garantias, declarações de inviolabilidade, precauções e outras estipulações de cunho jurídico-material. A segunda parte da Constituição do *Reich* ostenta um título impreciso e, por que não dizer, enganador: “Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães.” Na verdade, comparada à primeira parte organizadora de um Estado legiferante parlamentar, essa segunda parte é uma segunda Constituição de cunho heterogêneo.

O desvio em relação ao princípio da maioria simples reside em se exigir a maioria qualificada de dois terços, preconizada no artigo 76 da RV, para leis votadas com determinado conteúdo jurídico-material. Se, para fins de clareza, considerarmos como legislador ordinário apenas o *Reichstag* e abstrairmos o direito de veto do *Reichsrat*², então a “precaução” consistirá essencialmente em que, doravante, para a aprovação de uma lei votada, será necessária uma maioria de 66 $\frac{2}{3}$ % em vez de 51%.

mã RV): (1) O *Reichstag* delibera em sessões abertas. Sob solicitação de cinquenta membros, pode ser decretada, com uma maioria de dois terços, a realização de sessões a portas fechadas.

² N. do Trad.: Entre os anos de 1919 e 1934, o *Reichsrat* era a representação dos *Länder* nos âmbitos legislativo e administrativo do *Reich* Alemão.

A diferença aritmética perfaz 15 $\frac{2}{3}$ %. Contudo, essa diferença de 15 $\frac{2}{3}$ %, que na perspectiva aritmética é apenas quantitativa, gerou uma mudança *qualitativa* de grande importância e até mesmo uma revolução na legalidade do Estado legiferante parlamentar, pois agora se levanta a questão sobre o que realmente é a *ratio* desse aporte de 15 $\frac{2}{3}$ % suplementares. Qual é a base da qualidade e dignidade da porção a ser acrescida, que lhe permita constituir não só uma espécie superior de legislador frente ao legislador simples como também uma legalidade mais forte? O caráter decisivo da maioria simples pode ser justificado como método de averiguação da vontade e não viola o pré-requisito da homogeneidade do povo democrático. Está claro, porém, que essa exigência dos 15 $\frac{2}{3}$ % suplementares se comporta de maneira diferente.

Alguém talvez queira revidar afirmando tratar-se apenas de uma questão de ordem técnico-prática: o interesse pelo agravo da resolução. Afinal de contas, não se consegue obter 66% ou 67% com tanta facilidade quanto se obtêm 51%. Seguindo esse raciocínio, somente haveria o interesse em se criar um obstáculo e talvez ainda a idéia de uma provável resolução melhor e mais justa. Após um exame mais acurado, percebe-se que essa declaração, em si totalmente plausível, apenas significa que 66% são, do ponto de vista quantitativo, mais que 51%, o que é incontavelmente correto, embora não elucide o problema objetivo da Constituição. A questão teórico-constitucional tem por fito um outro alvo, nomeadamente a grandeza central do Estado legiferante parlamentar: o legislador, o conceito de lei e o conceito de legalidade. Se, acrescentando-se os 15%, é fundamentado um novo tipo de legislador, então a referência a um mero agravo da resolução não é absolutamente concludente, caso se prescindia de qualquer qualidade especial dos 15% suplementares e caso se abstraia o pré-requisito democrático da homogeneidade. Caso a maioria simples e a maioria qualificada sejam coincidentemente o mesmo legislador, tratando-se apenas de uma modificação ou de uma alteração interna, por exemplo, referente ao regimento interno, então também não haverá nenhuma antinomia entre norma inferior e norma superior. Agravos tidos apenas como agra-

vos quantitativos podem ser enquanto tais um obstáculo prático no máximo negativo, não encerram nem um princípio positivo universal de justiça ou de razão nem um critério especificamente constitucional, nem tampouco algo especialmente democrático. De um modo geral, seria um tipo estranho de “justiça” declarar uma maioria melhor e mais justa quanto mais opressora ela fosse, da mesma forma que seria abstrato afirmar que o fato de 98 indivíduos maltratarem outros dois não seria, nem de longe, tão injusto quanto o fato de 51 indivíduos maltratarem 49. A matemática pura torna-se pura desumanidade. Todavia, também não seria, de forma alguma, um ato especialmente democrático afirmar que a qualidade e o valor de justiça de uma lei votada baseiam-se em uma porção de maioria enquanto tal, de forma que, sem qualquer respeito pela matéria, uma resolução decidida por 67% dos votos viesse a ser uma norma com 16 graus de superioridade frente a uma resolução decidida por apenas 51% dos votantes. A diferença entre leis simples e leis superiores não reside no princípio do *quorum*, mas na vontade da Constituição; a qual, por sua vez, pode emanar de maioria simples em consonância com os princípios democráticos universais.

Portanto, a exigência de votos suplementares para a maioria simples não pode ser fundamentada com princípios democráticos e muito menos com a lógica inerente à Justiça, à humanidade e à razão, mas apenas com conjecturas técnico-práticas sobre a situação dada. Em princípio, toda democracia, inclusive a parlamentar, fundamenta-se na precondição da homogeneidade constante e indivisível. Como já afirmamos, o sentido de todo escrutínio não é uma vitória por meio de uma acachapante maioria de votos, seu único sentido é gerar concordância como um modo de se constatar aquela unanimidade que deverá haver em uma camada mais profunda, a menos que se queira cessar a democracia. Uma vez que em uma democracia não há, legitimamente, uma divisão permanente e organizada do povo em maioria e minoria, também não há interesses permanentemente passíveis e carentes de salvaguarda. Na realidade, essa carência de salvaguarda pode ser muito grande. Contudo, faz-se mister uma conscientização de que com isso já se estará negando a

democracia e de que pouco adiantará esperar de uma democracia “verdadeira” ou superior à verdadeira proteção da minoria. Tão logo esse critério “passível e carente de salvaguarda” de interesses e direitos materialmente determinados penetre decisivamente na Constituição, não apenas será modificado o princípio democrático, como também será formulado um tipo essencialmente distinto de Constituição. Com isso, uma desconfiança não democrática ou até mesmo antidemocrática será declarada à maioria simples ou determinados objetos, indivíduos ou grupos de indivíduos salvaguardados serão retirados e eximidos da democracia e conseqüentemente privilegiados como comunidades especiais mais ou menos exclusivas perante a maioria. Continuemos essa reflexão lógica até o final: o reconhecimento da existência de grupos ou interesses passíveis e carentes de salvaguarda ameaçados pela maioria talvez fizesse com que se privassem totalmente esses interesses ou grupos da respectividade do funcionalismo de métodos de escrutínio parlamentares e democráticos em geral. Visto isso, o lógico seria uma total isenção com *itio in partes* (deliberações em separado) ou o reconhecimento do direito ao êxodo e à secessão. Contudo, é evidente que não é essa a idéia apresentada na segunda parte da Constituição de Weimar, ela nada mais é que um fragmento de um outro tipo de Constituição contraposta à neutralidade desprovida de valor e conteúdo de uma Constituição originada em um Estado legislante democrático-parlamentar.

Se, graças ao seu valor interno especial ou talvez à sua inviolabilidade, o objeto da salvaguarda for protegido da maioria, então a salvaguarda, ou seja, o acréscimo dos 16%, certamente não passará de um recurso pela metade e provisório. Afinal de contas, os 16% adicionais não são materialmente qualificados quanto ao objeto da salvaguarda. Tratando-se de qualidades precondicionadas, eles se diferenciam dos 51% restantes. Igualmente não estão inseridos em uma relação específica – objetiva ou pessoal – para com o objeto salvaguardado, a qual justificasse que exatamente eles deveriam dar sua aprovação a uma intervenção no referido objeto e à violação da salvaguarda. Tomemos exemplos concretos: caso se desejasse abolir interesses de co-

munidades religiosas já bastante garantidos, não se imaginaria ser preciso intimar qualquer representação dessas comunidades para dar sua aprovação. Da mesma maneira, os direitos adquiridos do funcionalismo público e declarados invioláveis no artigo 129 da RV não seriam violados contra a vontade unânime dos representantes do funcionalismo público ou de todos os deputados efetivados no serviço público. O que resta é muito mais o cálculo meramente aritmético-quantitativo. Basta dizer que assim como ocorre com a maioria simples, também se pressupõe homogeneidade incondicional no caso dessa qualificação da maioria, pois senão, de acordo com os princípios mais primitivos da aritmética aqui vigentes, não seria mais possível sequer uma simples adição.

Com essa precondição da homogeneidade, não se pode justificar um outro cálculo de votos além do cálculo com maioria simples, pelo menos não em relação a interesses e a grupos objetivamente determinados. Em contrapartida, caso se abra mão da homogeneidade universal, reconhecer-se-á que a massa de cidadãos não mais pensa uniformemente, encontrando-se, ao revés, dividida em uma pluralidade de complexos heterogêneos organizados. Cumprirá então reconhecer também que, diante de tais complexos hegemônicos heterogêneos, todo princípio de maioria aritmética perde seu sentido. Na verdade, sempre somente é possível adicionar grandezas do mesmo tipo. Existem, aí, duas alternativas. Na *primeira* alternativa, um único complexo hegemônico dispõe das maiorias necessárias, simples ou qualificadas, tudo o que ele fizer, sem maiores problemas, será então legal e deixará de existir qualquer salvaguarda para todos os partidos contrários. Por serem homogêneos em relação aos 51% da maioria simples, os 15% ou 16% suplementares não significam nenhuma nova justificação, mas ao invés disso justificariam uma carência de salvaguarda ainda mais forte. A desconfiança contra a maioria simples deveria aumentar ainda mais perante uma maioria de dois terços do mesmo tipo, já que a maioria mais forte certamente é muito mais perigosa que a maioria simples. Na *segunda* alternativa, a maioria necessária somente acontece mediante um acordo entre vários complexos

partidários *heterogêneos*. Lei é, então, o respectivo acordo entre grupos hegemônicos heterogêneos.

Conclui-se então que todo tipo de contagem geral de votos também é ilícito e a introdução de uma maioria votante qualificada em lugar da maioria simples apenas significa que os 15% ou 16% adicionais são heterogêneos, mantendo livres de relações uma posição-chave que lhes permite exigir contraprestações sem o estabelecimento de vínculos. Perante um grupo cristão-conservador, por um lado, e um grupo de cultura radical, por outro, um partido de classe média poderia negociar seu consentimento à descristianização e laicização do Estado ou sua recusa a tal consentimento, apresentando como condição a eliminação do imposto predial. Como sabemos, negociações políticas semelhantes são possíveis em todos os tempos e sob todas as formas estatais e alguns acordos realizados entre os conselheiros ministeriais do soberano absoluto e as concubinas deste provavelmente também tinham por base motivos e critérios muito heterogêneos. Entretanto, na formação de maiorias simples e, sobremaneira, de maiorias qualificadas do Estado multipartidário, esse tipo de "acordo" passa a ser típico e praticamente institucional. Para os partidos de pequeno e de médio porte, a prática dessas combinações é uma questão francamente existencial. Como J. Popitz (*Deutsche Juristen-Zeitung* [Revista de Direito Alemão]³, 1929, p. 20) observou de forma bastante clara, eles também têm o interesse em afirmar o caráter de emenda constitucional que uma lei pode ter, porque dessa maneira serão os partícipes da maioria que efetuará emendas constitucionais. Não obstante, o desvio do princípio da maioria simples torna-se um problema no tocante à questão fundamental aqui pertinente, sobretudo porque o agravo da formação de vontade, instaurado por motivos materiais, teria de permanecer em uma relação material para com o conteúdo passível de salvaguarda. De acordo com a regulamentação atual, não é isso, porém, o que acontece.

³ N. do Trad.: A revista *Deutsche Juristen-Zeitung* (DJZ) foi fundada no ano de 1896 pelo professor catedrático Dr. Paul Laband. Carl Schmitt foi editor-chefe da DJZ no período de 1934 a 1936.

Justamente essa falta de relação entre um motivo de agravo determinado pelo objeto e um modo de agravo totalmente abstrato é a contradição desses desvios do princípio democrático da maioria. Caso não haja nenhuma confiança na maioria simples, é possível que, segundo as alternâncias da situação, o ganho seja grande ou talvez bem reduzido, caso algumas porcentagens de votos precisem ser acrescentadas.

Com que direito esses votos podem restabelecer a confiança inexistente? Se, por razões objetivas, houver o desejo de se garantir determinados interesses e grupos, far-se-á então mister retirá-los do processo democrático de formação de vontade mediante dispositivos especiais e não mais democráticos, ou seja, será necessário eximi-los e privilegiá-los. Entretanto, não é coerente retirá-los do funcionalismo aritmético-estatístico por meio de agravos meramente quantitativos e ao mesmo tempo ali deixá-los ficar. Desse modo, abandona-se o princípio democrático da maioria simples baseado na homogeneidade condicionada sem se passar para nenhum novo princípio. Como já afirmamos em outra oportunidade, uma saída dessa natureza poderá ser reconhecida, no máximo, como o recurso provisório de cunho técnico-prático no âmbito de um estágio intermediário não esclarecido.

Não se trata de questionar se precauções jurídico-materiais ou constituições formuladas no estilo da segunda parte da Constituição de Weimar são, em si mesmas, racionais e legítimas, o que, indubitavelmente, elas são. Elas se encontram em uma situação de contradição construtiva em relação à neutralidade de valores do Estado legiferante parlamentar organizado na primeira parte da Constituição de Weimar e não apenas o restringe como também o destrói. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque toda precaução e estipulação desse tipo significa, sobretudo, uma precaução diante do legislador simples, ordinário e normal, isto é, frente a maioria parlamentar, por meio do que praticamente se destrói, pelas vias constitucionais, a base do Estado legiferante parlamentar até então mantida, nomeadamente,

a confiança incondicional depositada no legislador ordinário. Ademais, a abrangência dessas precauções jurídico-materiais da segunda parte da Constituição de Weimar é extremamente vasta e vaga. Com a ajuda de “positivações” e “atualizações” de conceitos, princípios e diretrizes vagos contidos na segunda parte, pode-se expandir ainda mais essa abrangência rumo ao imprevisível. No contexto concernente ao nosso tema, deve-se atentar sobremaneira para o fato de tais precauções jurídico-materiais desorientarem o funcionalismo de um Estado legiferante, para o qual lei é a vontade da maioria, um funcionalismo que se mantém em outras situações.

As precauções constitucionais jurídico-materiais deverão ser uma prevenção justamente contra a *respectividade* momentânea do legislador ordinário, a proteção de um determinado *conteúdo* contra um funcionalismo majoritário desprovido de conteúdo e que deixa todos os valores materiais à mercê da maioria, enquanto, inversamente, o processo legislativo da democracia parlamentar deverá permanecer aberto a todo conteúdo, a toda opinião, a todo esforço e a toda meta. Apesar disso, em decorrência da maioria agravada, parece surgir um novo tipo de respectividade e de momentaneidade: norma jurídica superior (norma constitucional) passa então a ser simplesmente a vontade da maioria de dois terços. Porém, esse tipo novo e “superior” de respectividade contrapõe-se ao primeiro tipo “inferior”, por não ser pensado com neutralidade valorativa sem conteúdo e, conseqüentemente, tampouco de forma funcionalista. Esse novo tipo parte do pressuposto de que existem certos conteúdos valorativos realçados na própria Constituição e, por que não dizer, existem até instituições e institutos sagrados, tais como o casamento (artigo 119) e a prática religiosa (artigo 135), que devem ficar mesmo sob a “proteção da Constituição”, enquanto a respectividade funcionalista do Estado legiferante parlamentar, em sua incondicional neutralidade valorativa, deseja colocar-se à disposição para também ajudar, justamente, a eliminar tais relíquias. Ao que parece, existem dois opostos inconciliáveis, por um lado, aquele “realce valorativo”, aquele “sistema de sentidos” materiais (R. Smend) ou, como se queiram chamar,

as disposições não funcionalistas, mas pensadas substancial e materialmente da segunda parte da Constituição de Weimar e, por outro, esse funcionalismo incondicional da primeira parte organizadora da Constituição de Weimar, o qual, conforme a interpretação vigente do artigo 76⁴, é indiferente e neutro até contra si mesmo e contra seu próprio sistema de legalidade. Não é possível colocar o casamento, a religião, a propriedade privada solenemente sob a proteção da Constituição, para se oferecer, nessa mesma Constituição, a metodologia legal de como os abolir. Não é possível recusar solenemente um “radicalismo cultural sem fé” e ao mesmo tempo deixar-lhe abertas todas as “válvulas” legais e a igualdade de chances. Ademais, é uma desculpa lastimável e mesmo imoral declarar que a supressão do casamento ou das comunidades religiosas seria até legalmente possível, mas que há a esperança de não se obterem as maiorias simples ou as maiorias de dois terços imprescindíveis à abolição legal do casamento e à consecução de um Estado ateuista ou laico. Reconhecendo a legalidade dessas possibilidades – e ela é óbvia para o funcionalismo atualmente vigente do conceito de lei e de norma constitucional –, então todos os reconhecimentos da segunda parte na verdade não passam de relíquias “em ponto morto”.

A doutrina e a prática jurídicas de tal Constituição vêm-se diante de um dilema: ou renunciam à neutralidade valorativa ló-

⁴ N. do Trad.: Artigo 76 da Constituição de Weimar:

(1) Pela via legislativa, a Constituição poderá ser alterada. Não obstante resoluções do *Reichstag* referentes a modificações da Constituição, somente poderão ser tomadas se estiverem presentes dois terços do número legal de Membros e se pelo menos dois terços dos presentes derem seu voto de aprovação. Da mesma forma, resoluções do *Reichsrat* referentes a alterações constitucionais carecem de uma maioria de dois terços dos votos dados. Caso uma alteração constitucional deva ser decidida, atendendo a solicitação popular por meio de referendo popular, exigir-se-á então a aprovação pela maioria dos votantes.

(2) Caso o *Reichstag* tenha tomado uma resolução que contrarie o veto imposto pelo *Reichstag*, o Presidente do *Reich* não poderá proclamar essa lei, se o *Reichsrat*, decorridas até duas semanas, exigir uma resolução por meio da decisão popular.

gica – jurídica, moral e política – da primeira parte organizadora ou então ao “sistema de sentidos” materiais da segunda parte. Afinal de contas, a Constituição é um todo e mesmo para uma rotina administrativa e forense totalmente subalterna tanto os efeitos próximos quanto os “efeitos distantes” de seus axiomas são inelutáveis. Entre a essencial neutralidade valorativa do sistema de legalidade funcionalista e o essencial realce valorativo de garantias constitucionais materiais não existe nenhuma linha intermediária. O funcionalismo das maiorias agravadas seria pelo menos um “acordo” razoável. Quem prefere manter-se neutro quanto à “neutralidade ou não-neutralidade”, acaba optando pela neutralidade. Asserção valorativa e neutralidade valorativa são duas grandezas excludentes entre si. Frente a uma asserção e a uma afirmação valorativas bem intencionadas, a neutralidade valorativa bem intencionada significa uma negação valorativa.

O *Comentário sobre a Constituição do Reich*⁵, escrito por G. Anschütz (14. ed. 1932, p. 404s.), mostra da melhor maneira até que ponto a neutralidade valorativa básica e incondicional do sistema de legalidade que se tornou funcionalista é óbvia para a opinião tradicional considerada dominante. Com especial ênfase, esse significativo comentário saído da pena de um reconhecido mestre designa como uma “nova doutrina” e uma “teoria de novo tipo”, opinião hoje defendida por diversos catedráticos de Teoria do Estado, segundo a qual deveria haver algum limite para a emenda constitucional prescrita pelo artigo 76 da RV. Muito distintos entre si são os argumentos e os limites determinados por esses “novos”, cujo número é sempre crescente e dentre os quais se podem citar H. Triepel, Carl Bilfinger, E. Jacobi, O. Koellreutter, H. Gerber, O. Bühler, R. Thoma, W. Jellinek, K. Loewenstein. Poderíamos apontar como a primeira diferença – ao mesmo tempo a mais importante – o fato de al-

⁵ N. do Trad.: *Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung*, que se encontra no livro *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* [A Constituição do Reich Alemão de 11 de agosto de 1919], publicado por Gerhard Anschütz no ano de 1929.

guns desses autores reconhecerem conteúdos substanciais como sacrossantos, enquanto os outros, sobretudo R. Thoma e certamente também W. Jellinek, apenas considerarem intocáveis determinados requisitos do sistema de legalidade (normalmente neutro do ponto de vista valorativo), requisitos indispensáveis à vida e aos conceitos, tais como um mínimo de conceito de lei materialmente determinado, igualdade de chances, livre debate, bem como direito a voz e voto. Tentando desqualificar a interpretação do artigo 76 defendida por Carl Bilfinger e por mim (*Handbuch des deutschen Staatsrechts* II [Manual do Direito Estatal Alemão], p. 154) e alçando-a à categoria de “direito de opção”, o próprio R. Thoma afirma que resoluções que oprimem a liberdade de consciência ou “espezinham qualquer um dos outros princípios de liberdade e de justiça considerados sagrados em todo o mundo cultural hodierno – à exceção do fascismo e do bolchevismo” podem ser inconstitucionais, no que pese uma maioria responsável por emendas constitucionais. Pelo menos o próprio sistema jurídico-civil, com seu conceito de lei e liberdade, ainda é sagrado, a neutralidade valorativa liberal é considerada um valor e o inimigo político – fascismo e bolchevismo – é nomeado abertamente. Já a concepção de Anschütz é outra: a neutralidade valorativa de um sistema de legalidade ainda somente funcionalista vai até à absoluta neutralidade contra si mesmo, oferecendo a via legal para a eliminação da própria legalidade. Com outras palavras, ela caminha, em sua neutralidade, rumo ao suicídio. Sem quaisquer condições ou restrições, tudo o que for decidido pela via da lei simples ou da emenda constitucional torna-se legal e, como o próprio Anschütz afirma, realmente, “tudo sem diferença de conteúdo e de envergadura política”.

Se essa é a doutrina dominante e “antiga”, então não existem metas inconstitucionais. Por mais revolucionária ou reacionária, subvertedora, antinacional, antialemã ou ímpia que seja uma meta, ela é lícita, não lhe sendo possível o alcance pelas vias legais. Quaisquer restrições e empecilhos a essa chance seriam inconstitucionais. Frente aos muitos pareceres e sentenças judiciais sobre a legalidade e a ilegalidade das organizações na-

cional-socialistas, sobre a apreciação feita à luz do Estatuto do Servidor Público e do Direito do Trabalho acerca da afiliação a essas organizações, sobre o “caráter pacífico” de suas assembleias etc., eu gostaria de voltar a ressaltar que, para nacional-socialistas, comunistas, ímpios etc., a resposta decisiva a tais perguntas precisa ser dada objetivamente com base na Ciência do Direito, jamais poderá ser depreendida de artigos constitucionais separados e isolados, tais como o artigo 118 (Liberdade de Manifestação de Opinião), o artigo 130 (Liberdade de Pensamento Político para Servidores Públicos) ou quaisquer disposições isoladas extraídas de leis provisórias ou decretos de emergência, mas a partir dessa interpretação fundamental do sistema de legalidade e em especial do artigo 76 da RV. No livro “O Guardião da Constituição” (Tübingen, 1931, p. 113), isso já está elucidado na explicação do termo “neutralidade” e de seus diversos significados. “Essa concepção dominante do artigo 76”, reza aquele texto,

retira da constituição de Weimar sua substância política e seu ‘fundamento’ e a transforma em um *processo de emenda neutro e indiferente a qualquer conteúdo*, que, principalmente, *também é neutro com relação ao regime estatal respectivamente existente*. Assim, deve-se dar a todos os partidos, eqüitativamente, a chance incondicionalmente igual de conseguirem as maiorias necessárias para, com a ajuda do processo válido para emendas constitucionais, alcançarem o objetivo pretendido – República Soviética, *Reich* nacional-socialista, Estado sindical econômico-democrata, Estado corporativista, monarquia de antigo estilo, aristocracia de todo tipo – e uma outra Constituição. Toda preferência pelo regime estatal existente ou até mesmo pelos partidos governistas, por meio de subvenções para propaganda, de diferenciações no uso das emissoras de radiodifusão, diários oficiais, aplicação da censura cinematográfica, lesão à atividade político-partidária ou à afiliação partidária dos funcionários no sentido de que o respectivo partido governista permite aos funcionários apenas a afiliação ao próprio partido e àqueles não muito distantes dele político-partidariamente, proibições de reunião de partidos extremistas diferenciação entre partidos legais e revolucionários de acordo com seu programa, tudo isso, no sentido da concepção dominante do artigo 76 elaborada

de forma conseqüente, são inconstitucionalidades grosseiras e provocantes.⁶

Segundo a “antiga” doutrina dominante, não pode haver partidos, esforços, organizações, alianças etc. ilegais por causa de sua meta ou de seu conteúdo. Nesse sentido, Häntzschel (*Archiv des öffentlichen Rechts* [Arquivo do Direito Público], v. 20, p. 385) tem razão perante O. Koellereutter (*Parteien und Verfassung im heutigen Deutschland* [Partidos e Constituição na Alemanha atual], 1932, p. 32), que pretende derivar a ilegalidade da meta revolucionária. Na ótica da neutralidade valorativa do sistema de legalidade funcionalista da primeira parte da Constituição de Weimar, a coerência está inteiramente do lado de Häntzschel. Se o partido majoritário ou a coligação majoritária de partidos quiser declarar ilegais o partido opositor e suas organizações enquanto tais, somente poderá fazê-lo mediante um abuso de seu poder legal. Com a ajuda de um procedimento de imputação muito interessante do ponto de vista histórico-jurídico, atos criminosos cometidos por membros de uma organização são então imputados enquanto tais a essa organização. Com base em uma responsabilidade coletiva, um partido, uma aliança, uma organização etc. passam então a ser considerados ilegais, o que, por seu turno, repercute – principalmente no âmbito do Direito Penal, do Estatuto do Servidor Público, do Direito do Trabalho – de maneira direta em cada um dos membros da organização e, por que não dizer, até mesmo nas “atuações” de cada funcionário público ou cidadão. Tais opressões sobre o partido opositor fazem parte das recompensas políticas pela posse legal do poder, explicadas anteriormente. Mas também fazem parte das causas, evitáveis ou não, do colapso de todo o sistema de legalidade.

A Constituição da Weimar encontra-se literalmente dividida entre a neutralidade valorativa de sua primeira parte e

⁶ N. do Trad.: “O Guardião da Constituição”, de Carl Schmitt, publicado no Brasil pela Coleção Del Rey Internacional, Belo Horizonte: Del Rey, 2007; tradução de Geraldo de Carvalho.

a abundância valorativa de sua segunda parte. A dificuldade torna-se ainda maior e insolúvel, porque na segunda parte ao lado de reais estipulações valorativas “positivas” e “atuais” também são elencadas metas materiais que ainda não são positivas e atuais, mas que certamente deverão ser positivadas e atualizadas (por intermédio do Legislativo, da Administração e da Prática Judiciária). Assim como ocorre em outros contextos dessa Constituição, duas coisas encontram-se indefinidamente lado a lado, cabendo à evolução futura dos fatos definir quem logrará, aproveitando as possibilidades legais e as recompensas políticas pela posse legal do poder, utilizar a Constituição de Weimar como instrumento e meio para alcançar sua meta partidária.

Entretanto, na perspectiva psicológica, é compreensível que, após a Constituição de Weimar renunciar em tal escala ao funcionalismo da maioria simples e momentânea, uma doutrina e prática jurídica familiarizada com aspectos formalistas e funcionalistas não lograsse reconhecer a segunda parte da Constituição de Weimar como uma Constituição de outro tipo, se evadissem com certa convicção para um novo nível de funcionalismo, e mantivesse o funcionalismo – agora sem substância – do Estado legiferante parlamentar também perante as precauções materiais do sistema material da segunda parte da Constituição e simplesmente buscasse agora salvar, com muito mais determinação, todas as idéias da “onipotência do legislador” para incorporá-las à onipotência do legislador da emenda constitucional. Contudo, após um exame mais profundo, percebe-se que é impossível transferir, do ponto de vista lógico e prático, o funcionalismo da maioria simples para o da maioria agravada. Na verdade, os agravos dirigem-se justamente contra a respectividade e a momentaneidade da maioria simples. No caso das precauções constitucionais consideradas, trata-se de salvaguardar interesses e bens materialmente determinados e simplesmente *recusar*, em favor destes, o funcionalismo e sua neutralidade valorativa, mas sem querer introduzir o novo tipo de funcionalismo de uma maioria de dois terços.

Ainda que por motivos de necessidade prática seja necessário manter intervenções nos interesses assim garantidos e declarados “invioláveis”, isso não significa dizer que o legislador da emenda constitucional agora devesse agir normalmente em prol dos interesses invioláveis, de maneira análoga a como habitualmente age o legislador ordinário, isto é, a maioria parlamentar simples, no restante do Estado legiferante. Ferir os interesses que a própria Constituição declara invioláveis jamais poderá ser uma competência normal atribuída constitucionalmente. Também é óbvio que em um Estado legiferante parlamentar não se deva falar de “maiorias de dois terços” da mesma maneira como se fala de “maioria simples”. Deverá *sempre* haver uma maioria simples, caso se tencione que esse sistema de legalidade em princípio funcione, ao passo que uma maioria de dois terços somente deverá ser pensada como exceção, pois de outra forma não haveria nenhum agravo na qualificação da maioria. É certo que haverá um tipo de Estado legiferante parlamentar que opere com maiorias parlamentares simples, mas não um tipo de Estado legiferante constitucional que trabalhe com maiorias de dois terços.

Um simples raciocínio aritmético abstrato prova que, ao se introduzirem tais precauções constitucionais jurídico-materiais, o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar incorre em contradições e abandona o critério funcionalista da respectividade momentânea. Conforme o artigo 76 da RV, a maioria de dois terços, necessária para normas constitucionais, poderá decidir em um determinado momento que normas jurídico-materiais possuem a validade de normas constitucionais, restringindo assim a competência do legislador ordinário, ou seja, da maioria simples. Como se estará assim renunciando ao princípio da maioria simples, serão exigidas maiorias mais fortes e ao mesmo tempo também será destruído o princípio funcionalista da respectividade. A maioria de dois terços poderá então criar, por si mesma e *para além de sua respectividade*, efeitos e vínculos permanentes que são, sob qualquer aspecto imaginável, sem sentido e injustos. De um modo não democrático e até mesmo antidemocrático, ela ainda poderá impor barreiras até

mesmo à vontade do próprio povo, caso nela nada mais reste de uma maioria simples. Se o número total de deputados for 600, então 400 votos bastarão para firmarem uma resolução que tenha efeito de norma constitucional, por exemplo, decretar uma lei seca. Se mais tarde o número dos defensores da lei seca cair para abaixo de 301, portanto para um número inferior à maioria simples, de modo que eles, conforme seu número de votos, não mais possam decretar a lei seca nem como lei simples, assim mesmo a lei seca permanecerá existindo como uma recompensa de efeito permanente por uma maioria de dois terços anteriormente obtida, ainda que mais de 300 votos da ala oposicionista venham a clamar sua revogação. Aos oposicionistas, de nada servirá disporem agora da maioria simples, enquanto eles próprios não alcançarem a maioria de dois terços com 400 votos. Enquanto isso, para os defensores da lei seca, não será nenhum prejuízo não disporem agora nem mesmo da maioria simples. O número destes poderá cair para até 201, aos quais se poderão contrapor 399 votos contrários. A matéria vontade de 201 agora domina sobre a da vontade de 399, na verdade, apenas porque, com a violação do critério funcionalista da respectividade e da momentaneidade, instaurou-se uma espécie de recompensa – democraticamente absurda e até mesmo imoral – para beneficiar uma maioria qualificada outrora obtida.

A introdução de normas passíveis de sofrer emendas por meio de agravações encerra um claro convite a que se tire proveito de tais recompensas e a que se prolongue abusivamente o respectivo poder para além da duração da maioria. Isso fica bastante evidente quando a garantia constitucional jurídico-material assegura, com força de norma constitucional, um estado de coisas ou uma situação jurídica criados por lei simples ou mesmo por mero ato administrativo. Segundo esse raciocínio, por meio da nomeação de servidores públicos, o partido dominante detentor de maioria simples pode, por exemplo, montar o aparato administrativo e judiciário estatal para colher vantagens políticas. Eis o efeito decorrente: graças à garantia constitucional dos direitos adquiridos de que gozam os servidores públicos com base no artigo 129 da RV, essa expansão do po-

der ficará assegurada inclusive contra a subsequente maioria do partido opositor. Como já expusemos antes, essas prorrogações de prazo do poder legal para além de sua duração também são possíveis com maiorias simples momentâneas para o estágio intermediário de maiorias não definidas. Não obstante, como o registro constitucional gera uma negação e uma destruição fundamental do princípio de maioria, temos aqui a imposição de uma *maioria anteriormente obtida e não mais existente* sobre uma respectiva maioria existente. A introdução de maiorias qualificadas traz consigo uma contradição que fere o princípio do Estado legiferante parlamentar, o qual se deixa levar tão longe que acaba por eliminar legalmente em sua coerência derradeira, mas formalmente lógica, a própria legalidade como princípio. A maioria de dois terços para emendas constitucionais poderia aproveitar o momento de sua maioria para decidir com validade constitucional que determinados interesses e indivíduos sejam salvaguardados no futuro até mesmo contra 100% de todos os votos e que determinadas normas sejam inalteráveis para todo tipo de maioria ou de unanimidade. Para um pensamento formalmente abstrato, não é mais legalmente possível eliminar isso para todo o sempre na melhor ordem e pelas vias legais.

O fato de a segunda parte da Constituição de Weimar, dotada de suas precauções, conter uma “contraconstituição” advém, em primeira linha, da contradição entre valoratividade e neutralidade valorativa de um sistema constitucional. Contudo, ao mesmo tempo, a contradição fundamental existente é de natureza claramente construtivo-organizacional: a contradição de um Estado jurisdicional em relação a um Estado legiferante parlamentar. Uma Constituição que confere uma grande prioridade às normas constitucionais jurídico-materiais perante as leis ordinárias modifica não apenas o princípio da respectiva vontade majoritária e o princípio da legalidade que toma a vontade majoritária por base, mas também provoca uma modificação radical na estrutura organizacional de um Estado legiferante dessa natureza. Se o Estado legiferante é um Estado dominado por normatizações gerais predeterminadas e, por conseguinte, permanentes, é necessário que nele lei e aplicação da lei, legisla-

dor e órgãos responsáveis pela aplicação da lei se defrontem com distanciamento. Essa “diferenciação de poderes” é determinante para a estrutura organizacional do Estado.

Do ponto de vista organizacional, o Estado legiferante caracteriza-se por colocar a norma de um lado e a execução da norma, separadamente, do outro. Isso deve dar origem ao singular sistema de legalidade, do qual se podem fazer as seguintes afirmações com alguma legitimidade: nesse sistema, não são indivíduos nem órgãos públicos, tampouco as corporações legislativas, entre outros, que dão as ordens, somente as normas derivadas do sistema possuem validade. Sob condições e em contextos bem determinados, essa idéia é concebível. No entanto, deixa de sê-lo, pelo menos enquanto Estado legiferante, ao se introduzir seriamente uma diferença qualitativa no único conceito abalizado de norma, ou seja, ao surgirem determinadas diferenciações entre legalidade superior e inferior com base em motivos materiais. Embora o Estado legiferante, caso não queira naufragar em um funcionalismo abstrato e sem sentido, necessite ater-se a determinadas qualidades de seu conceito de lei, elas não poderão ser conteúdos jurídico-materiais. Nesse sentido, ele é materialmente neutro. No entanto, mediante aquelas diferenciações materialmente justificadas no seio das normas jurídico-materiais, por um lado, a norma inferior é degradada enquanto norma e, por outro, também se põe em xeque o confronto entre lei e aplicação da lei, visto que tal estrutura organizacional baseada nessa separação é essencial ao Estado legiferante parlamentar. Ocorre que, na própria aplicação da lei, são encontrados casos da aplicação tanto de normas superiores quanto de normas inferiores, além disso, na ordem hierárquica dos órgãos aplicadores da lei, a validade da norma superior pode ser vindicada pela instância inferior perante a instância hierarquicamente superior.

A menos que se instituem órgãos destinados a salvaguardar a norma jurídica superior contra a inferior, rompendo-se abertamente as linhas organizacionais básicas do Estado legiferante parlamentar, caberá então aos órgãos aplicadores da lei nos níveis da Justiça, do Governo e da Administração, ao exerce-

rem suas competências conforme uma norma jurídica superior, conter em seus limites a lei simples a que estão supostamente “submetidos”. Não é difícil perceber que tudo depende do tipo e da abrangência, do número e da estrutura, do grau de determinação ou indeterminação daquelas normas superiores. Além disso, com uma grande quantidade e um vasto conteúdo dessas normas, não apenas se restringe e comprime quantitativamente a zona de vigência da legislação inferior, como também se registra, na mesma escala, um crescimento do poder dos órgãos aplicadores da lei – do Executivo e da Justiça – por meio do legislador normal. Uma outra questão especial é como se comportam mutuamente o Executivo e a Justiça, se uma esfera se serve da outra ou se submete à outra ou se também ocorre um antagonismo. Quanto ao legislador simples, talvez ele se submeta à legalidade superior vindicada pela aplicação da lei na Justiça, no Governo ou na Administração, revogando sua norma jurídica, outorgando novas normas jurídicas e assim reconhecendo como instâncias superiores os novos guardiões da Constituição, mas também é possível que encontre apoio em uma parte do aparato aplicador da lei, por exemplo, junto ao Governo contra a Justiça ou junto à Justiça contra o Governo, e assim acabe mantendo seu ponto de vista. Na primeira hipótese, o Estado deixa de ser um Estado legiferante, transformando-se em um Estado em parte jurisdicional, em parte governamental ou administrativo, conforme o órgão que manuseia o tipo superior de legalidade. Na segunda hipótese, forma-se uma série de complexos hegemônicos autônomos e independentes entre si que mantêm seus pontos de vista em uma coexistência diversificada, enquanto a necessidade ou a força maior de uma decisão uniformizadora não puser um fim a esse tipo de Estado misto. De qualquer modo, ao se dividir o sistema de legalidade em um tipo superior e um inferior – embora pareça haver somente uma diferenciação quantitativamente aritmética das majorias votantes –, o Estado legiferante acaba sofrendo uma implosão que atinge inclusive seus fundamentos organizacionais. Divisões, obstáculos e equilíbrios *no processo* legislativo, tais como sistema bicameral e outras complicações, não abolem o Estado legiferante, enquanto se tiver como linha-mestra o valor qualitativamente uniforme

da norma assim criada. Em contrapartida, a diferenciação entre normas jurídico-materiais de tipo superior e inferior compele o legislador a deixar a posição de normatização central, pela qual um Estado logra transformar-se em Estado legiferante. Essa diferenciação penetra como uma flecha em toda a estrutura organizacional do Estado legiferante, modificando-o de tal modo que, no intervalo entre o uso e a reivindicação da legalidade superior, acabam surgindo instâncias e organizações inexoravelmente mais elevadas que são superiores ao legislador ordinário.

Todos os conceitos peculiares ao Estado legiferante, tais como domínio da lei, onipotência, prioridade e primazia da lei, sempre têm como foco apenas o legislador simples e uma Constituição sem qualquer regulamentação de cunho jurídico-material com dimensões substanciais, mas tal Constituição deverá conter uma parte dedicada aos Direitos Fundamentais, para assegurar a esfera da liberdade cidadã em geral e assim se confrontar com uma parte organizacional que regulamente o processo de formação da vontade estatal. A prioridade da lei é uma prioridade perante a aplicação da lei e a primazia da lei é uma primazia geral perante um direito de liberdade geral. A prioridade da emenda constitucional, por sua vez, é uma prioridade de uma norma perante um outro tipo de norma, ela consiste em uma prioridade divisória da esfera da lei, que é a de um tipo superior de legalidade perante um tipo inferior. Por seu turno, a primazia da emenda constitucional é uma primazia que beneficia objetos salvaguardados e interesses especiais materialmente determinados, bem como grupos especiais com registro constitucional de Direito material e de direitos adquiridos. Pode-se concluir que a norma constitucional de conteúdo jurídico-material diverge de todos os princípios do Estado legiferante parlamentar assim como da Constituição democrática. Do ponto de vista qualitativo, é distinta da lei simples ordinária. Aqui também se vê que não é possível transferir para a lei simples os conceitos e as fórmulas desenvolvidos no Estado legiferante do século XIX, sem modificar o próprio Estado a partir de sua base.

À luz da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição, concluir-se-á que, além da conhecida distinção entre Estados com Constituição escrita e Estados sem Constituição escrita, surge

uma outra distinção não menos “determinadora de tipos”: a distinção entre Estados com Constituição restrita à regulamentação organizacional-processual e aos direitos universais de liberdade e Estados cuja Constituição contempla amplas estipulações e precauções jurídico-materiais. A bem da verdade são Estados com duas Constituições ou com partes de Constituição distintas, em princípio até contraditórias no tocante à sua estrutura e organização. Dever-se-ia entender *per se* que se determina o tipo de um Estado pelo tipo de seus direitos básicos e fundamentais, assim como se deveria entender que os direitos universais de liberdade do Estado burguês de Direito, com sua primazia da lei simples ordinária, formam um outro tipo de Estados, a saber, Estados com ancoramentos constitucionais especiais de natureza jurídico-material que gozam da “primazia” da emenda constitucional.

Os direitos universais de liberdade definem a estrutura social de uma ordem individualista, a cuja manutenção e salvaguarda deverá servir a regulamentação organizada do “Estado”. Sob esse prisma, são verdadeiros direitos fundamentais e, assim como se afirmou sobre os princípios de 1789, “a base de todo o Direito Público” (*la base du droit public*). Contam com uma dignidade supralegal que os coloca acima de qualquer regulamento voltado para sua manutenção, de qualquer regulamento organizacional-constitucional ou de qualquer regulamento único de origem jurídico-material. Possuem, como demonstrou um extraordinário catedrático de Teoria do Estado, o francês Maurice Hauriou (*Précis de droit constitutionnel* [Compêndio de Direito Constitucional], 1923, p. 297), uma “*superlégalité constitutionnelle*” que os posiciona não apenas acima das leis ordinárias simples, mas também das normas constitucionais escritas, excluindo a possibilidade de serem eliminados por emendas constitucionais.

Seguindo o exemplo de Hauriou, também defendo a tese de que *toda* Constituição conhece esses princípios básicos, que fazem parte do “sistema constitucional” fundamentalmente inalterável, como o bem designou Carl Bilfinger, e de que o sentido das determinações constitucionais por meio da revisão constitucional não é abrir um processo para a eliminação do sistema

ordenador que deveria ser formado pela Constituição. Se uma Constituição prevê a possibilidade de revisões constitucionais, com isso ela não tenciona oferecer, por exemplo, um método legal para a eliminação de sua própria legalidade, nem muito menos o instrumento legítimo para a destruição de sua própria legitimidade. Todavia, abstraindo-se a questão supramencionada sobre os limites de uma revisão constitucional, não se poderá deixar de reconhecer a distinção existente entre direitos civis universais de liberdade e precauções especiais de conteúdo jurídico-material. A segunda parte da Constituição de Weimar apresenta uma coexistência de diferentes tipos de legalidade superior, da qual pouco se tomou consciência até os nossos dias e sobre a qual pouco se refletiu em toda a sua heterogeneidade, além de conter uma seção que designaríamos como “contraconstituição”. Conseqüentemente, aí se encontram dois “princípios” e dois “sistemas” distintos. Outrosim, para o Direito do Estado atualmente praticado na Alemanha, que terá de se conformar com essa contradição e conservar aquela via intermediária neutra do funcionalismo avalorativo, obtém-se um curioso resultado: os princípios fundamentais de propriedade e liberdade universal alçados no Estado burguês de Direito têm para si apenas a legalidade “inferior” de 51%, enquanto os direitos de comunidades religiosas e servidores públicos (se atualizados com êxito, também os de sindicatos) podem contar com a legalidade “superior” de 67%. Disso ainda decorre mais uma conseqüência que afeta a estrutura do Estado: instituições e elementos hegemônicos de um Estado governamental, administrativo ou jurisdicional voltados contra o Estado legiferante acabam se tornando inevitáveis.

2.2 O legislador extraordinário *ratione suppremitatis*. Real significado: legitimidade plebiscitária em vez de legalidade do Estado legiferante

O primeiro impulso dado na própria Constituição de Weimar para abalar o Estado legiferante parlamentar reside na in-

trodução de precauções constitucionais jurídico-materiais, por meio das quais a valoratividade de um conteúdo estabelecido e assegurado contrapõe-se à neutralidade e à abertura valorativas do sistema de legalidade do Estado legiferante e o legislador é dividido em legislador extraordinário superior e legislador simples inferior. Nessa fenda aí surgida no Estado legiferante, penetram elementos de um Estado jurisdicional que se articulam de diversas formas, principalmente por meio do exame judicial da legalidade material de leis ordinárias, mas normalmente provocando uma expansão e um aprofundamento contínuo dessa divisão. Ao mesmo tempo, essa introdução de um legislador extraordinário significa uma mudança no tipo de Estado pensado originariamente e determinado pela posição dominante do legislador. Porém, a Constituição de Weimar ainda nos apresenta uma outra – uma segunda – relativização e problematização do legislador parlamentar ordinário e de seu sistema de legalidade: a introdução de um procedimento legislativo próprio da democracia plebiscitária direta. Além de quatro tipos de consulta popular (artigos 73, § 1º; 73, § 2º; 74, § 3º; 76, § 2º) incluídos no processo legislativo parlamentar, nos quais os cidadãos votantes estimulados por uma pergunta direta aparecem como última instância decisória de conflitos na conclusão do processo legislativo parlamentar, o artigo 73, § 3º, introduz um *procedimento legislativo por iniciativa popular* autônomo e próprio da democracia direta, que corre em paralelo e em concorrência com o procedimento legislativo parlamentar ordinário e em que uma lei emana da *consulta popular por iniciativa popular*. As precauções jurídico-materiais contidas na segunda parte instituem um legislador extraordinário superior ao lado de um legislador ordinário subordinado, especificamente para salvaguardar objetos e interesses materialmente determinados (*ratione materiae*). Por outro lado, o povo desponta na figura de legislador extraordinário diante e com certeza também acima do Parlamento, além disso, tanto seu caráter extraordinário quanto sua superioridade resultam de sua qualidade de soberano (*ratione supremitatis*).

Com muita coerência, Erwin Jacobi mostrou (cf. *Reichsgerichts-Festgabe der juristischen Fakultäten* [Edição Comemo-

rativa das Faculdades Jurídicas para o Tribunal do *Reich*], 1929, I, p. 233-277) que em um Estado democrático a vontade popular manifestada pelo sufrágio direto deverá anteceder a qualquer manifestação indireta da vontade popular e, portanto, também à lei votada do Parlamento conseqüentemente, uma lei que emana da consulta popular não poderia ser revogada nem alterada por uma lei votada pelo *Reichstag*. Essa afirmação é lógica consoante os princípios de um Estado democrático. É possível que não se discuta se a própria vontade manifestada no plebiscito universal já não seria, em todo caso, o ente soberano ou o próprio soberano direto ou se ela apenas se encontra, como Jacobi chega a afirmar, “em uma maior proximidade do soberano”. Contudo além dos casos da consulta popular plebiscitária de cunho extraordinário, a Constituição de Weimar permite, em sua organização integral, a existência do Estado legiferante parlamentar. Ademais, o seu sistema de legalidade possui uma coerência diferente daquela apresentada pela democracia plebiscitária. Em sua segunda parte, a Constituição de Weimar não apenas contém uma segunda Constituição contraposta à primeira parte, como também possui no bojo desta, organizadora do Estado legiferante, dois sistemas paralelos de legalidade parlamentar e legitimidade plebiscitária. Por essa razão, não é peremptório para uma Constituição de tal natureza conferir, no âmbito de suas “normas”, a toda decisão plebiscitária uma força de norma jurídica superior àquela conferida à lei que emana de uma resolução parlamentar. A meu ver, essa conclusão somente seria segura e incontestável, se a Constituição houvesse colocado o sistema plebiscitário da democracia direta de forma inequívoca no lugar do Estado legiferante parlamentar e de seu sistema de legalidade. Sem sombra de dúvidas, não era esse o propósito da Constituição. Apenas ao organizar uma “democracia constitucional”, buscou ser fiel à idéia de um Estado legiferante parlamentar que, tomando por base uma tradição secular, era considerado o Estado constitucional por excelência. Por outro lado, é evidente que ela confere ao povo que decide por plebiscito, por meio do sufrágio direto, o posto de legislador.

Não obstante, a regulamentação emperra em uma obscuridade e em uma insuficiência contraditórias. Isso ocorre não

apenas porque o próprio procedimento legislativo por iniciativa popular (do artigo 73, § 3º) também esteja atrelado a uma resolução parlamentar, pela qual o Parlamento mais uma vez obtém a chance de transferir esse procedimento de legislação plebiscitária para o procedimento parlamentar, mas também, principalmente, porque as diversas “consultas populares” designadas com o mesmo termo são distintas, dependendo do procedimento legislativo em que surgem, pois ora se integram ao sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar, ora possuem o próprio valor específico do ato de vontade plebiscitária. Os quatro casos de consulta popular destinados à decisão de conflitos, nos quais aquela aparece na conclusão do procedimento legislativo parlamentar (artigos 73, § 1º; 73, § 2º; 74, § 3º; 76, § 2º), estão atrelados a nesse procedimento. Por intermédio de seu sufrágio direto, o povo é utilizado como uma instância do procedimento. Já afirmamos anteriormente que diversos tipos de instância (Governo, Câmara Alta e Câmara Baixa, Rei etc.) podem participar do procedimento legislativo, sem que, com isso, ocorram abalos para o sistema do Estado legiferante parlamentar.

Considerando-se uma base democrática, não são situações idênticas quando o rei ou quando o povo opera diante da “representação popular”, além disso, a coerência democrática sempre deverá fazer a representação popular recuar diante do povo do qual é representante, considerando-se o conhecido argumento, apresentado por Rousseau de maneira especial, segundo o qual o representante deverá calar quando o próprio representado fizer uso da palavra. Esse é, contudo, um argumento da democracia direta, plebiscitária e não-representativa. Se a representação do Parlamento cessar de existir e perder toda a confiança, o procedimento plebiscitário sempre será o mais forte. O efeito dessa superioridade é, contudo, diferente da conclusão jurídica tirada por E. Jacobi. Por meio desses elementos plebiscitários, como ainda mostraremos, é modificada a própria qualidade do Parlamento, este se transforma em uma mera interposição do sistema plebiscitário, mas nem o procedimento de legislação previsto na Constituição nem o sistema de legalidade nele baseado são modificados de maneira direta. Melhor dito, é possível ater-se

ao fato de que a decisão plebiscitária também é uma “lei votada” conforme o sistema de legalidade. Desse modo, ele certamente tem o mesmo valor que a lei votada no Parlamento, ao invés de ocupar uma posição superior.

O próprio texto da Constituição escrita já deixa transparecer a existência de uma grande diferença entre a consulta popular por iniciativa parlamentar e a consulta popular por iniciativa popular. No primeiro caso, apenas ocorre uma modificação no sistema do Estado legiferante parlamentar, não se justificando nenhum novo tipo de legislador pela organização de um novo procedimento legislativo específico para esse outro legislador. Já no procedimento legislativo parlamentar descrito no artigo 73, § 3º, dá-se a introdução de um novo procedimento de legislação. Portanto, deve-se fazer uma distinção entre os dois tipos de consulta popular, observando-se o seguinte: um deles pertence ao sistema do Estado legiferante parlamentar, enquanto que, no outro, o “povo” surge como a figura exclusivamente decisiva de um sistema democrático-plebiscitário ou, para ser mais preciso, da legitimidade plebiscitária, e não da legalidade própria do Estado legiferante. Eles são a expressão de dois tipos de Estado inteiramente distintos. Se, por um lado, é correto subordinar as instituições da democracia direta como uma conseqüência inelutável do pensamento democrático às instituições da chamada “democracia indireta” do Estado parlamentar, por outro lado, o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar certamente terá autonomia para permanecer no campo das idéias e da organização como uma estrutura peculiar que não se deriva, em absoluto, da democracia e da vontade popular. Por sua própria natureza, o Estado legiferante que culmina em normatizações desponta adequadamente mais “limpo” na forma do Estado legiferante parlamentar do que nas formas da democracia direta, que são formas de manifestação de uma *voluntas* e não de uma *ratio* e que reivindicam legitimidade e não legalidade. De modo semelhante, a lógica de um sistema montado nas idéias da *representatividade* é diferente da lógica democrático-plebiscitária do povo soberano, identificado consigo mesmo e diretamente *presente*.

Se com a renúncia a qualquer qualidade da lei no Estado legiferante parlamentar a lei somente for entendida como a resolução tomada por uma respectiva maioria, se no Estado democrático a vontade da maioria popular tomar as decisões e se a Constituição adotar ambas as coisas, então surgirão dois tipos de respectividade paralelas, autônomas e não necessariamente congruentes. Sob a ótica do pensamento funcionalista que leva ao reconhecimento da respectividade momentânea, a consequência lógica parece residir no plebiscito. Afinal de contas, o Parlamento é eleito para uma legislatura de quatro anos ou pelo menos não há eleições a todo momento; conseqüentemente, sua existência se dá no âmbito de uma ampla *revogação*, a saber, no âmbito de uma legislatura com alguns anos de duração. Nesse sentido, a lógica do pensamento funcionalista também chegaria à mesma conclusão defendida por Erwin Jacobi, segundo a qual a consulta popular sempre seria o tipo superior de resolução. De certa forma, o resultado do plebiscito é momentâneo em maior grau do que a vontade de uma assembléia estabelecida para um período maior de duração. Enquanto o legislador extraordinário da segunda parte da Constituição, que é introduzido *ratione materiae*, restringe justamente o funcionalismo da maioria parlamentar do Estado legiferante, o funcionalismo ainda acaba sofrendo uma recrudescência e uma exacerbação incondicional com a introdução simultânea de um segundo legislador extraordinário de outro tipo, nomeadamente o povo que decide por meio de plebiscito. Examinando-se essa situação de forma racional, vê-se claramente que existe uma contradição.

Na verdade, essa contradição vem à tona, porque os métodos de cálculo utilizados por ambos os lados para os resultados obtidos nas votações e para as maiorias correm paralelamente, um ao lado do outro, sem estabelecerem nenhuma relação de reciprocidade. No Parlamento, ao invés da maioria simples, exige-se uma maioria de dois terços para emendas constitucionais. Na consulta popular, não se ousa exigir essas qualificações da maioria do povo atuante por meio do sufrágio direto, nesse caso, a contradição contra o princípio democrático da maioria simples seria demasiadamente flagrante. Assim sendo, para uma consul-

ta por iniciativa popular visando a uma emenda constitucional, o artigo 76 da RV satisfaz-se em exigir apenas a aprovação da maioria simples dos votantes. Por outro lado, para uma consulta popular visando à revogação de uma resolução do *Reichstag*, o artigo 75 da RV exige como qualificação somente a participação da maioria dos votantes na consulta popular, ou seja, unicamente um número que indique a presença e a formação de *quorum* para deliberação. Malgrado a legitimação jurisdicional obtida pelo Tribunal Eleitoral, a atual prática do artigo 75 também estabelece, no *Reichstag*, uma relação (que considero injusta) entre essa determinação e a consulta popular por iniciativa popular. Por conseguinte, atualmente, a situação é tal que apenas aqueles que votam "sim" participam da consulta popular. Desse modo, apenas a maioria terá então lugar na consulta popular com resultado "sim", que sempre também satisfaz, ao mesmo tempo, às exigências da consulta popular para emenda constitucional nos moldes do artigo 76, praticamente deixando de existir qualquer distinção entre consulta popular simples e consulta popular para uma emenda constitucional. Quem lograr êxito em uma consulta popular qualquer, também terá realizado *eo ipso* uma consulta popular para emenda constitucional. Partindo-se do pressuposto, conforme a idéia básica do sistema representativo, de que o povo é representado no Parlamento de forma total e integral e que a Constituição também busca alcançar, por meio do sistema de representação proporcional, a congruência aritmética mais exata possível entre maioria popular e maioria parlamentar, cumpre então indagar por que motivo no Parlamento é mister a aprovação de uma maioria de dois terços para emendas constitucionais, enquanto basta a maioria simples para a consulta popular com vistas a uma emenda constitucional por iniciativa popular. Não raro, a lógica da matemática eleitoral é esquisita, mas aqui se registra mais uma vez, *implicitamente*, uma estranha declaração de desconfiança contra o Estado legiferante parlamentar. Quem confia no legislador parlamentar por considerar o Parlamento uma elite ou por crer nos debates e no caráter público peculiares ao procedimento legislativo parlamentar, deveria encontrar no Parlamento a mais forte garantia de racionalidade e justiça.

Não obstante, estão previstos para o Parlamento, mas não para as manifestações diretas da própria vontade do povo, que já se sabe, há *priscas eras*, ser incapaz de debater e deliberar agravações e empecilhos no ponto decisivo. Da assembleia legislativa, cuja justificativa existencial enquanto *législateur* apóia-se inteiramente em dois de seus pressupostos, a razão e a moderação, exige-se uma resolução com maioria de dois terços. Do povo, que entra em cena de forma totalmente direta e emocional e sem o recurso do debate, satisfaz-se a exigência com a maioria simples. Em geral, hipóteses “técnicas” e aritméticas podem ser até plausíveis, na medida em que sejam empregadas com “pureza” abstrata e genérica. Todavia, a aritmética majoritária da Constituição e sua “técnica” de formação da vontade acabam por se tornar confusas e contraditórias, quando as observamos no contexto concreto de um sistema de legalidade.

Logo, também a Constituição de Weimar conta com dois tipos diferentes de lógica. Com base em hipóteses da democracia plebiscitária, ela alçou o povo, por iniciativa popular, ao patamar de legislador extraordinário, permitindo-lhe ocupar uma posição ao lado do Parlamento, que exerce a função de legislador ordinário, e acrescentando ao sistema – totalmente calcado na legalidade – do Estado legiferante uma porção da legitimidade da democracia plebiscitária. Como isso aconteceu com falhas sistemáticas, não é possível reconhecer qual dos dois sistemas é o superior. Vale indagar se dois sistemas jurídicos distintos podem coexistir um ao lado do outro. Sob nenhuma hipótese será possível afirmar que a Constituição de Weimar tinha por fito eliminar, de maneira consciente e planejada, o sistema legislativo parlamentar por ela proclamado com tanta veemência e determinação no artigo 68 da RV, em troca da inclusão destruidora e um pouco irrefletida do contexto sistemático (não apenas do Capítulo V, Legislativo do *Reich*, mas também, devido ao acréscimo do § 3º, do próprio artigo 73 da RV). Excetuando-se esse aspecto, o sistema de legitimidade da democracia plebiscitária faz valer suas lógicas internas.

Posteriormente, ainda deveremos mostrar que conseqüências práticas podem ser tiradas dessa coexistência paralela e

assistemática entre legislador parlamentar e legislador plebiscitário. A partir da própria Constituição escrita, pelo menos é teoricamente possível captar a imagem que Walter Jellinek (*Verfassung und Verwaltung* [Constituição e Administração], p. 46) criou com muita clareza ao falar da “corrida dos dois soberanos”. Ele explica que nessa corrida, embora o *Reichstag* sempre alcance a meta em primeiro lugar, fica aberta a questão se o *Reichstag* ousaria assumir a luta com o povo. Nesses termos formulados com uma objetividade exemplar, o objeto tratado encontrou a seguinte expressão discreta, mas significativa: se a própria corrida for a coisa mais importante, não se deverá indagar somente sobre quem dispõe das melhores condições para superar o outro durante a competição, mas também urge atentar para uma lógica extremamente preme de conseqüências para o próprio sistema da juridicidade constitucional. Na verdade, a duplicidade de ambos os tipos de legislação e de legislador nada mais é que a duplicidade de dois sistemas distintos de justificações: o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar e a legitimidade da democracia plebiscitária. A competição possível entre ambos não consiste apenas em uma concorrência entre instâncias, mas em uma luta entre dois tipos daquilo que é o Direito. Nessa luta, como em toda competição desse calibre, o portador do poder, portanto, a maioria parlamentar, conta com uma grande vantagem. Todavia, como ainda será mostrado, isso não é decisivo para o resultado final, nem tampouco restabelece o Estado legiferante parlamentar puro.

O legislador extraordinário
ratione necessitatis. Verdadeiro
significado: a medida tomada
pelo Estado administrativo
reprime a lei do Estado
legiferante parlamentar

CAPÍTULO 3

Não foi o texto escrito da Constituição de Weimar, mas seguramente o exercício prático da Presidência do *Reich* e do Governo do *Reich*, que, com a tolerância do *Reichstag* e o reconhecimento da Teoria do Direito do Estado e de uma prática judiciária legitimadora, ainda conseguiu impor, durante o último decênio, um terceiro legislador extraordinário na vida pública do *Reich* Alemão: o Presidente do *Reich*, a quem o artigo 48, § 2º, da RV confere competências para a promulgação de decretos.

Atualmente, reconhece-se sem nenhuma contestação, na esfera específica da representação legislativa do *Reich*, a existência de um direito de promulgar decretos-leis que faz parte das competências extraordinárias conferidas pela Constituição do *Reich* ao Presidente do *Reich* no artigo 48, emprestando à cláusula provisória do artigo 48, § 2º, (a qual deverá ser mantida até a promulgação da lei declarativa prevista no artigo 48, § 5º) um conteúdo jurídico-positivo. Duas importantes decisões da Alta Corte de Justiça do *Reich* Alemão datadas de 05 de dezembro de 1931 (RGZ, 134, Anexo, p. 12 e 26), além de diversas decisões do Tribunal do *Reich* para causas cíveis e penais, bem como de todas as outras Cortes Supremas, conferiram uma sanção legitimadora a essa prática do artigo 48, § 2º, por parte do Estado jurisdicional. Se alguém, utilizando-se dos conceitos do Estado legiferante parlamentar tradicional e dos lemas de luta contra

o direito autônomo do governo monárquico de promulgar decretos-leis, quiser criticar esse procedimento legislativo tão sumário, ver-se-á obrigado a horrorizar-se diante de tamanhas “inconstitucionalidades”. Todavia, até a um jurista independente dos dogmas partidários da oposição do século XIX causará espécie que seja introduzido, como concorrente do legislador ordinário do *Reich*, um legislador extraordinário que cria Direito não apenas *praeter*, mas também *contra legem*, ou seja, contra o legislador ordinário do Estado legiferante parlamentar.

Segundo a doutrina e a prática plenamente reconhecidas em nossos dias, para as suas “medidas”, vale tudo aquilo que o Estado legiferante parlamentar, na luta com a monarquia em prol da lei desse Estado legiferante, desenvolveu e fez prevalecer como domínio, prioridade e primazia dessa lei precisamente. No século XIX, era necessário combater ferrenhamente o direito de o Rei promulgar autonomamente decretos-leis, pois o reconhecimento de um procedimento paralelo de codificação, separado e independente do procedimento legislativo do Parlamento, teria destruído o próprio Estado legiferante parlamentar. Sob a égide da Constituição de Weimar, que proclama o Estado legiferante parlamentar de forma muito concisa em seu artigo 68 (“as leis do *Reich* são decididas pelo *Reichstag*”), justamente aqueles autores que se sentiam, diferentemente de outros, os verdadeiros guardiões e defensores de conceitos do Estado de Direito reconheceram a competência legislativa conferida ao Presidente do *Reich* pelo artigo 48, enquanto desprezavam a distinção bastante elementar entre norma e medida, reduzindo-a a uma idéia “engenhosa”. De todos os lados, ouvem-se vozes defendendo enfaticamente – embora muitas vezes sejam apenas referências às normas constitucionais isoladas – que “a Constituição” deveria permanecer “inviolável”, deixando-se de lado sete direitos fundamentais (artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 125) que se encontram elencados no próprio artigo 48 e podem sofrer revogação. Salvo esse fato, não parece haver nada de estranho, apesar da “inviolabilidade da Constituição”, no fato de um legislador extraordinário com competências legiferantes entrar no sistema de legalidade da Constituição do *Reich*, sem

que a qualidade de suas determinações precise ser, no âmbito do Estado de Direito, de alguma forma diferente das normas jurídicas criadas pelo legislador ordinário do *Reich*.

Com isso, teríamos então o terceiro legislador extraordinário da Constituição de Weimar, o legislador do artigo 48, § 2º. Ele não é um legislador extraordinário do tipo *ratione materiae* como o constituinte que dispõe de normas constitucionais jurídico-materiais, nem um legislador extraordinário do tipo *ratione supremitatis* como o povo que toma suas próprias decisões de maneira direta, mas sim um legislador extraordinário do tipo, se me permitem assim chamá-lo, *ratione temporis ac situationis*. Nesse tipo de legislador extraordinário, vem à tona, por intermédio de todas as ficções e camuflagens normativistas, a verdade jurisprudencial simples, segundo a qual normas somente valem para situações normais, e a normalidade pressuposta da situação é um elemento jurídico-positivo de sua “validade”. Todavia o legislador da situação normal é diferente do “comissário da ação” da situação anormal que restabelece a situação normal (a “segurança e a ordem”). Se olharmos para este como um “legislador” e para suas medidas como “leis”, então, apesar de todas essas equiparações, permanece na substância uma distinção que faz com que as “medidas legislativas” do comissário da ação destruam o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar justamente por estas serem equiparadas a “leis”.

Diferentemente dos dois outros legisladores extraordinários, o legislador do artigo 48, § 2º, não é, em absoluto, superior ao legislador parlamentar ordinário, parecendo ser, ao revés, inclusive inferior. A pedido do *Reichstag*, suas medidas (conforme o artigo 48, § 3º) poderão ser revogadas, precisando, portanto, ser “toleradas” pelo *Reichstag*. Não obstante, ao se fazer uma análise mais profunda, logo se evidencia sua forte superioridade para a situação extraordinária para a qual foi instaurado esse terceiro legislador extraordinário. Sua superioridade só não pode ser reivindicada abertamente perante o legislador ordinário, afinal de contas o *Reichstag* pode exigir a revogação de toda e qualquer medida. Quanto ao tema em

questão e concernente ao sistema de legalidade, a superioridade de um “comissário da ação” com competências para criar “leis” consiste muito menos nesse tipo de legislador extraordinário, por ocasião de uma competição entre ambos em situações extraordinárias, já conta evidentemente com uma vantagem. É óbvio que a vantagem já é muito grande: com base em seu próprio julgamento, ele toma decisões sobre os pré-requisitos de suas competências extraordinárias (perigo para a segurança e a ordem públicas) e sobre o conteúdo das medidas “necessárias”. Por esse motivo, em um espaço de tempo muito exíguo, ele também pode voltar a promulgar medidas cujas revogações foram solicitadas pelo *Reichstag*. O pedido de revogação feito pelo *Reichstag* não tem nenhuma força retroativa e assim o legislador extraordinário pode criar fatos consumados perante o legislador ordinário.

É óbvio que determinadas medidas de efeito especial, como, por exemplo, a intervenção à mão armada e a execução de um indivíduo a tiros, já não podem “ser revogadas” sob hipótese alguma. Do ponto de vista prático, todos esses aspectos são motivos importantes e significativos de uma superioridade realmente grande. Todavia, eles ainda não precisariam tocar o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar de forma tão profunda, como ocorre nos outros casos pertinentes à superioridade do terceiro legislador extraordinário.

Em um exame mais acurado, evidencia-se que tal legislador, quanto à abrangência e ao conteúdo da competência legislativa a ele conferida, é superior ao *Reichstag*, o legislador ordinário. Enquanto o legislador ordinário do Estado legiferante parlamentar somente pode legiferar, encontrando-se, no tocante à qualidade do Estado legiferante, separado do aparato de aplicação das leis, o legislador extraordinário do artigo 48 tem a faca e o queijo nas mãos para conferir a cada medida por ele tomada o caráter de norma jurídica com toda prioridade de que goza a lei no Estado legiferante parlamentar. Não se pode negar que, segundo um conceito formalista de lei, o próprio legislador ordinário também poderia tomar toda e qualquer medida como “lei”, porém tais casos são raros e essas “leis individuais” es-

barram em muitos obstáculos tradicionais do Estado de Direito e, no *Reich Alemão*, também em obstáculos do Direito federal, que são mais fortes que a teoria absolutista do “legislador onipotente”. Por outro lado, em se tratando de um “ditador”, fica claro que ele realmente é um comissário da ação, e não um “*législateur*”. Para o ditador, torna-se uma prática evidente aquilo que para o Parlamento não passava de uma teoria desprovida de princípios, ao passo que a competência legislativa torna-se a arma de sua ação.

Por conseguinte, ao invés de promulgar um decreto-lei geral, ele poderá emitir um ato singular, por exemplo, proibir uma assembleia, declarar ilegal e dissolver uma organização, tornando praticamente insignificante, por intermédio de seus atos, todo o sistema de salvaguardas jurídicas construído com engenhosidade para combater injunções do Executivo. Com sua separação também organizacional entre lei e aplicação da lei, o Estado legiferante parlamentar desenvolve todos os mecanismos de salvaguarda específicos no âmbito do Estado de Direito, visando a proteger-se do Executivo. Não obstante, para o legislador do artigo 48, a distinção entre lei e aplicação da lei, entre Legislativo e Executivo, não é um obstáculo nem do ponto de vista jurídico nem do fáctico. Ambas as coisas são por ele encarnadas em uma única pessoa. Com esse legislador, mesmo um mero ato de aplicação da lei ganha caráter “legislativo”, se ele assim o determinar. Na qualidade de legislador do artigo 48, ele pode emitir diretamente um mandado, que “na verdade” seria uma disposição policial e que deveria derivar-se de normas jurídico-policiais, subtraindo assim a salvaguarda jurídica de cunho jurídico-administrativa instaurada como proteção contra mandados policiais. Um caso de aplicação dessas possibilidades encontra-se no Decreto do Presidente do *Reich* para a garantia da autoridade estatal, datado de 13 de abril de 1932 (RGBI¹ I, p. 175), o qual pela menção de nomes dissolve com efeito imediato as Tropas de Assalto (SA), os Esquadrões de Defesa

¹ N. do Trad.: RGBI é a sigla referente a *Reichsgesetzblatt* (Diário Oficial do *Reich*).

(SS)² etc. do Partido Nacional-socialista dos Trabalhadores Alemães, enquanto o segundo decreto para a garantia da segurança da autoridade estatal, datado de 03 de maio de 1932 (RGB, I, p. 185), trata genericamente de “organizações políticas organizadas paramilitarmente ou assim atuantes” e prevê possibilidades de recursos judiciais.

Desse modo, o presidente do *Reich* tem liberdade para intervir em todo o sistema de normatizações jurídicas existentes e mostrar-se pronto para tal serviço. Também poderá promulgar normatizações gerais e decidir novos mecanismos especiais e criar instâncias executoras extraordinárias para a aplicação e execução das novas normatizações. Em outros termos: ele concentra a faculdade de legislar e de aplicar a lei, podendo executar as normas legiferadas por si mesmo, o que está vedado ao legislador ordinário do Estado legiferante parlamentar, enquanto ele respeitar a separação de poderes essencial a um Estado legiferante, reconhecendo a divisão existente entre lei e aplicação da lei.

Consoante o artigo 48, § 2º, alínea 2, a tal legislador extraordinário, além da competência para medidas extraordinárias, ainda foi conferida explicitamente a competência para revogar sete direitos fundamentais. Como se poderia supor, a revogação de direitos fundamentais não é um procedimento formal. Como afirma G. Anschütz (em seu Comentário sobre a Constituição do *Reich*), ela é totalmente “desformalizada”. Segundo a interpretação do Tribunal do *Reich* (Decisão da Primeira Vara Criminal, datada de 06 de outubro de 1931, *Juristische Wochenschrift* [Revista Jurídica], 1931, p. 3603), tal ato não carece de nenhuma revogação explícita anterior. Na alusão formular ao artigo 48, § 2º, já se encontra uma declaração suficiente e juridicamente válida para a intenção de revogar aqueles direitos fundamentais.

² N. do Trad.: SA = Sturmabteilung (“Tropa de Assalto”, organização paramilitar do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães – NSDAP) e SS (Schutzstaffel) = “Esquadrão de Defesa”, formação armada do mesmo partido – NSDAP.

Isso significa que tais direitos fundamentais, que são o cerne do Estado burguês de Direito, sobretudo, a liberdade pessoal (artigo 114) e a propriedade (artigo 153), simplesmente deixam de existir para o legislador extraordinário. Se lembrarmos que a teoria do estado praticada na Alemanha do período pré-guerra julgou necessária uma definição de lei como “interferência na liberdade e na propriedade do cidadão” e que aquela teoria considerava tal “conceito material de lei”, acompanhado da “primazia da lei” daí resultante, algo essencial e indispensável ao Estado Constitucional, urge então atestar que o Estado legiferante parlamentar atual terá sido modificado desde sua base se um legislador extraordinário puder declarar a inexistência de tais direitos fundamentais.

Segundo os princípios do Estado legiferante parlamentar, apenas o legislador ordinário e apenas a lei podem interferir naqueles direitos fundamentais; por força dessa primazia, somente o legislador ordinário e a lei têm poder sobre os citados direitos fundamentais. Quando a Constituição prevê, para casos de exceção, a possível revogação de direitos fundamentais por meio desse ato, ela deseja eliminar para uma instância que *não* é legisladora as restrições e os obstáculos contidos nos direitos fundamentais [a liberdade pessoal e a propriedade] e na primazia legal. O fato de essa instância *não* ser legisladora já precisa ser pressuposto como algo inteiramente óbvio, pois, de outra forma, os direitos fundamentais já estariam à mercê dela pela primazia geral da lei. Quando o Estado legiferante parlamentar permite, de forma típica, um “estado de exceção” com a suspensão de direitos fundamentais, não é sua intenção equiparar o comissário da ação desse estado de exceção ao legislador, nem equiparar as medidas do comissário da ação à lei, mas criar uma margem de ação livre para as medidas efetivas necessárias. É claro que a revogação somente pode ter o sentido de querer suspender uma salvaguarda de liberdade e propriedade contida no reconhecimento de direitos fundamentais. Em que consiste essa salvaguarda jurídica no sistema do Estado legiferante? Certamente não consiste em possibilidades de processos e querelas que logo

nos vêm à mente, de forma característica, na Alemanha atual, ao falarmos de proteção do Estado de Direito, algo inimaginável nos idos de 1848, pois toda a construção da atual jurisdição administrativa ainda era desconhecida. De outro modo, a salvaguarda jurídica do Estado legiferante consiste essencialmente na primazia da lei, cuja força de salvaguarda necessita, por seu turno, da confiança no legislador como fundamento imprescindível e, para ser mais preciso, necessita da confiança voltada para *aquela* legislador do Estado legiferante parlamentar: o Parlamento que decide por meio de maiorias simples.

A coerência e a harmonia aproblemáticas entre Direito e lei são a questão existencial do Estado legiferante parlamentar. Como direitos fundamentais podem ser suspensos devido ao estado de exceção, também se suspendem simultaneamente, por determinado período de tempo, a primazia da lei e, conseqüentemente, o Estado legiferante ou o próprio núcleo da Constituição: a liberdade e a propriedade. Ressalte-se, todavia, que não se deve introduzir um novo legislador extraordinário na organização de um Estado legiferante. Na verdade, com a prioridade e a primazia da lei, o Estado legiferante parlamentar conhece apenas *um* legislador, isto é, o seu legislador, o Parlamento, não suportando nenhum poder legislativo extraordinário e concorrente. Segundo esse sistema, as “medidas” da instância autorizada para atos extraordinários não são ilícitas, mas também não possuem força de lei. Tal predicado elas não precisam nem podem ter, pois a revogação dos direitos fundamentais já se encontra prevista, deixando assim de existir as restrições ao Estado de Direito que teriam exigido uma lei para a consecução da revogação.

Se essas “medidas” se tornarem decretos com força de lei, como ocorreu no *Reich* Alemão ao longo de uma prática governamental de dez anos, com a aprovação sancionadora da judicatura dos tribunais e seu reconhecimento pelo Direito Público, então haverá-se instalado um novo raciocínio no sistema de legalidade da Constituição. O novo legislador extraordinário do artigo 48 então poderá dispor de direitos fundamentais como liberdade e propriedade, tanto pela via da medida quanto pela

via de um decreto que representa a lei. Com isso, disporá da substância própria do Estado burguês de Direito, o que acontece graças a uma base curiosamente dupla: em primeiro lugar, devido à sua equiparação ao legislador ordinário, em virtude da qual ele poderá satisfazer a primazia da lei em relação aos direitos fundamentais de liberdade e propriedade e, em segundo lugar, devido à competência de revogação que lhe foi expressamente outorgada e graças à qual os direitos fundamentais deixam de ser um empecilho para que tome suas medidas. O legislador ordinário somente poderá intervir nos direitos fundamentais por intermédio da primazia da lei, mas sem ter o direito de revogá-los. O legislador extraordinário, por sua vez, poderá fazer ambas as coisas e, independentemente de quaisquer fatores, já se destaca de maneira curiosa perante o legislador ordinário e assume uma posição superior a este.

O exercício das competências extraordinárias do artigo 48, § 2º, também gerou uma outra competência legislativa do legislador extraordinário, a qual ainda vai mais longe. Por um lado, a interpretação que hoje em dia comumente se faz do artigo 48 na Alemanha, uma interpretação aparentemente simples e plausível, parte do pressuposto de que o Presidente do *Reich*, embora esteja no mesmo patamar do legislador ordinário, nada poderá fazer daquilo que se encontra reservado ao legislador do *Reich* competente para emendas constitucionais. Por outro lado, nesse ínterim, já foram promulgados, com a aprovação da Teoria do Estado e da prática jurídica e com o reconhecimento principalmente da Alta Corte de Justiça do *Reich*, decretos com base no artigo 48, § 2º, os quais interferem na competência legislativa dos *Länder* e, por esse motivo, sem dúvidas não poderiam ter sido promulgados pela via do legislador simples. O exemplo mais notório nesse aspecto é o decreto da Caixa Econômica promulgado pelo Presidente do *Reich* em 05 de agosto de 1931 (RGBl, I, p. 429), que foi editado com base no artigo 48, § 2º, enquanto a Lei do *Reich*, de 21 de março de 1925 (RGB, I, p. 27), que trata de matéria idêntica, nomeadamente a tomada de empréstimos internacionais pelos municípios alemães, foi promulgada como Decreto do *Reich* para emenda constitucional conforme o arti-

nos vêm à mente, de forma característica, na Alemanha atual, ao falarmos de proteção do Estado de Direito, algo inimaginável nos idos de 1848, pois toda a construção da atual jurisdição administrativa ainda era desconhecida. De outro modo, a salvaguarda jurídica do Estado legiferante consiste essencialmente na primazia da lei, cuja força de salvaguarda necessita, por seu turno, da confiança no legislador como fundamento imprescindível e, para ser mais preciso, necessita da confiança voltada para *aquela* legislador do Estado legiferante parlamentar: o Parlamento que decide por meio de maiorias simples.

A coerência e a harmonia aproblemáticas entre Direito e lei são a questão existencial do Estado legiferante parlamentar. Como direitos fundamentais podem ser suspensos devido ao estado de exceção, também se suspendem simultaneamente, por determinado período de tempo, a primazia da lei e, conseqüentemente, o Estado legiferante ou o próprio núcleo da Constituição: a liberdade e a propriedade. Ressalte-se, todavia, que não se deve introduzir um novo legislador extraordinário na organização de um Estado legiferante. Na verdade, com a prioridade e a primazia da lei, o Estado legiferante parlamentar conhece apenas *um* legislador, isto é, o seu legislador, o Parlamento, não suportando nenhum poder legislativo extraordinário e concorrente. Segundo esse sistema, as “medidas” da instância autorizada para atos extraordinários não são ilícitas, mas também não possuem força de lei. Tal predicado elas não precisam nem podem ter, pois a revogação dos direitos fundamentais já se encontra prevista, deixando assim de existir as restrições ao Estado de Direito que teriam exigido uma lei para a consecução da revogação.

Se essas “medidas” se tornarem decretos com força de lei, como ocorreu no *Reich* Alemão ao longo de uma prática governamental de dez anos, com a aprovação sancionadora da judicatura dos tribunais e seu reconhecimento pelo Direito Público, então haverá-se instalado um novo raciocínio no sistema de legalidade da Constituição. O novo legislador extraordinário do artigo 48 então poderá dispor de direitos fundamentais como liberdade e propriedade, tanto pela via da medida quanto pela

via de um decreto que representa a lei. Com isso, disporá da substância própria do Estado burguês de Direito, o que acontece graças a uma base curiosamente dupla: em primeiro lugar, devido à sua equiparação ao legislador ordinário, em virtude da qual ele poderá satisfazer a primazia da lei em relação aos direitos fundamentais de liberdade e propriedade e, em segundo lugar, devido à competência de revogação que lhe foi expressamente outorgada e graças à qual os direitos fundamentais deixam de ser um empecilho para que tome suas medidas. O legislador ordinário somente poderá intervir nos direitos fundamentais por intermédio da primazia da lei, mas sem ter o direito de revogá-los. O legislador extraordinário, por sua vez, poderá fazer ambas as coisas e, independentemente de quaisquer fatores, já se destaca de maneira curiosa perante o legislador ordinário e assume uma posição superior a este.

O exercício das competências extraordinárias do artigo 48, § 2º, também gerou uma outra competência legislativa do legislador extraordinário, a qual ainda vai mais longe. Por um lado, a interpretação que hoje em dia comumente se faz do artigo 48 na Alemanha, uma interpretação aparentemente simples e plausível, parte do pressuposto de que o Presidente do *Reich*, embora esteja no mesmo patamar do legislador ordinário, nada poderá fazer daquilo que se encontra reservado ao legislador do *Reich* competente para emendas constitucionais. Por outro lado, nesse ínterim, já foram promulgados, com a aprovação da Teoria do Estado e da prática jurídica e com o reconhecimento principalmente da Alta Corte de Justiça do *Reich*, decretos com base no artigo 48, § 2º, os quais interferem na competência legislativa dos *Länder* e, por esse motivo, sem dúvidas não poderiam ter sido promulgados pela via do legislador simples. O exemplo mais notório nesse aspecto é o decreto da Caixa Econômica promulgado pelo Presidente do *Reich* em 05 de agosto de 1931 (RGBl, I, p. 429), que foi editado com base no artigo 48, § 2º, enquanto a Lei do *Reich*, de 21 de março de 1925 (RGB, I, p. 27), que trata de matéria idêntica, nomeadamente a tomada de empréstimos internacionais pelos municípios alemães, foi promulgada como Decreto do *Reich* para emenda constitucional conforme o arti-

go 76, justamente para respeitar a competência legislativa dos *Länder*. Em sua decisão do dia 05 de dezembro de 1932 (RGZ, 134, Anexo, p. 12 e 26), a Alta Corte de Justiça do *Reich* aderiu à interpretação de que o presidente do *Reich* está autorizado a emitir decretos-leis também nas áreas sujeitas à competência da legislação estadual. A Alta Corte de Justiça reconhece inclusive que o presidente do *Reich* pode ignorar o artigo 5º da RV³ e, de acordo com o artigo 48, § 2º, autorizar o poder público estadual a criar direito estadual que divirja das disposições da respectiva Constituição estadual. A justificativa apresentada para tal procedimento (apoiada na argumentação de *Potzsch-Heffter* e *R. Grau*) consiste essencialmente em que o artigo 48 contém uma “disposição autônoma sobre competência” da Constituição do *Reich*. Isso significa simplesmente que as determinações organizacionais ordinárias da Constituição do *Reich* não resistem aos poderes extraordinários emanados do artigo 48. Elas não são, portanto, “invioláveis”. Em relação à determinação essencialmente organizacional do artigo 87 da RV, segundo a qual autorizações de empréstimos poderão ser concedidas “somente por meio de lei do *Reich*”, o Governo do *Reich* defendeu e estabeleceu o ponto de vista de que essa lei do *Reich* para a autorização de empréstimos também poderia ser substituída por um decreto conforme o artigo 48 (justificativa para o projeto de decreto-lei sobre amortização e autorizações de empréstimos do dia 12 de maio de 1932, RGBI, I, p. 191, *Reichstagsdrucksache* [Impressos do *Reichstag*], n. 1.480; sobre esse tema, há os pareceres de G. Anschütz e W. Jellinek com data de 12 de março de 1932, publicados em Tübingen no ano de 1932).

As disposições organizacionais da Constituição do *Reich* não são simplesmente “violadas” por essa interpretação do artigo 48 dominante na Teoria do Direito e na prática jurídica, elas

³ N. do Trad.: Artigo 5º da Constituição de Weimar: (1) Em assuntos do *Reich*, o poder público é exercido por meio dos órgãos do *Reich* com base na Constituição do *Reich*; em assuntos estaduais, o poder público é exercido pelos órgãos dos *Länder* com base nas Constituições estaduais.

também são modificadas em sua essência. Vale afirmá-lo tanto para as disposições recém mencionadas sobre a distribuição de competências entre o *Reich* e os *Länder* e para o artigo 5º da Constituição do *Reich*, um artigo fundamental tanto para o Direito federal, quanto para os direitos de participação do *Reichsrat* (artigos 69, 74, 85, § 4º), como também para a sentença central com a qual a Constituição busca constituir o Estado legiferante parlamentar: “As leis do *Reich* são decididas pelo *Reichstag*” (artigo 68). Todas essas determinações constitucionais de cunho organizacional agora não são mais (utilizando o termo cunhado por G. Anschütz) “à prova de ditadura”, porque no artigo 48, § 2º, se encontra um legislador extraordinário equiparado ao legislador simples do *Reich*. Dever-se-ia pelo menos reconhecer que teria de permanecer inviolável um mínimo de conteúdo organizacional tanto para o *Reich* quanto para o conjunto dos *Länder*, a menos que se pretendesse derrubar toda a Constituição a partir do artigo 48. Seja como for, esse tipo de teoria que reconhece um tal direito de promulgação de decretos substitutivos da Lei do *Reich*, que até excedem a dimensão da competência legislativa do *Reich*, não mais deveria ser designado como “teoria da inviolabilidade”, para então deixar de difamar a interpretação do artigo 48, § 2º concebida por E. Jacobi e por mim (segundo a qual, mesmo afóra os sete artigos suspensíveis que tratam de direitos fundamentais, nem toda norma constitucional individual representa um obstáculo para o ditador do artigo 48), deixando de acoimá-la de “violadora da Constituição”.

Assim como já fiz em minha conferência sobre o decreto de emergência, proferida no dia 1º de dezembro de 1930 (“Decreto de Emergência e Administração Pública”, Berlim, 1931, p. 17) e no meu livro “O Guardião da Constituição” (Tübingen, 1931, p. 121), gostaria de mais uma vez frisar que mantenho aquela exegese do artigo 48, § 2º, e que, com a evolução ocorrida na última década, um direito de promulgação de decretos-leis, com caráter substitutivo de leis do *Reich*, apenas *se veio juntar* à autorização de medidas do Presidente do *Reich* – uma autorização cuja relação para com as disparatadas sentenças da Segunda Parte da Constituição, que coexistem lado a lado sob enganador títu-

lo “Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães”, continua sendo bem diferente daquela interpretação que verdadeiras leis podem ter. Hodiernamente, esse resultado deve ser reconhecido e aceito como realização jurídico-positiva da *Cláusula Provisória* contida no artigo 48, § 2º, que fica em aberto até a promulgação da lei declarativa prevista no § 5º. Também se justificam os decretos-leis do presidente do *Reich* destinados a substituir leis financeiras, ou seja, a autorização de empréstimos. Max E. F. Kühnemann (*Reichsverwaltungsblatt* [Jornal da Administração do *Reich*], 1931, p. 745) tentou demonstrar a inconstitucionalidade desses decretos-leis por meio de explicações indubitavelmente plenas de argúcia e minuciosidade, mas com o seguinte ponto fraco: suas explicações são dominadas pelos conceitos e pré-requisitos da Teoria do Estado da monarquia constitucional e interpretam as disposições relativas à legislação financeira da Constituição vigente, sem respeitar a totalidade das outras determinações e conceitos constitucionais. A Constituição de Weimar possui um sistema constitucional fundamentalmente distinto do tipo de Constituição tradicional de 1848, ela encerra sobremaneira um conceito de lei muito modificado, não mais uniforme, mas problemático. As grandes dificuldades advindas não justificam nem a manutenção descomplicada das idéias de legislação financeira do século XIX, contidas na argumentação de Kühnemann, nem as autocontradições em que se enreda a teoria dominante ao reconhecer que determinadas disposições essenciais da parte organizacional da Constituição não são “à prova de ditadura”, embora ao mesmo tempo declare “invioláveis” os “direitos fundamentais” não revogáveis.

Para os fundamentos do Estado legiferante parlamentar e seu sistema de legalidade como um todo, passa a ser inteiramente secundário se, após essas alterações na parte organizacional da Constituição, diferentemente daquelas disposições constitucionais organizacionais não apenas “violadas” pela “disposição autônoma sobre competências” do artigo 48, mas também totalmente modificadas, forem caracterizadas as sentenças jurídico-materiais da segunda parte, com maior veemência e solenidade, como sacrossantas, invioláveis e “à prova de ditadura”. De onde

é que cada uma das diferentes e multifacetadas disposições dessa segunda parte da Constituição deverá tirar uma força e uma dignidade de tal estirpe, se determinações básicas da primeira parte, principalmente a própria fonte da legalidade, não mais forem consideradas “à prova de ditadura”?

Se a “disposição autônoma sobre competências” do artigo 48 possuir a força de norma constitucional para eliminar outras competências e direitos dos *Länder* definidos e garantidos constitucionalmente, com isso se abdicará, então, do princípio da “inviolabilidade” de cada determinação constitucional. Reconhecendo-se a necessidade e a lisura dessa interpretação defendida pelo Governo do *Reich* e aprovada pela Alta Corte de Justiça do *Reich*, então será difícil manter a inviolabilidade de cada sentença sobre estatuto dos servidores públicos ou direitos das comunidades religiosas perante as medidas oriundas do artigo 48, pois para uma Constituição com o conteúdo e a estrutura da Constituição de Weimar aquilo que é direito para os *Länder* teria de ser pelo menos legítimo para comunidades religiosas e para servidores públicos. Se determinadas organizações e algumas competências não forem “à prova de ditadura”, toda garantia constitucional de natureza jurídico-material somente poderá ser “à prova de ditadura” se as garantias jurídico-materiais forem realmente consideradas isenções e privilégios e se a segunda parte já contiver uma segunda Constituição, ou melhor, uma Contraconstituição. Não obstante, seria então também necessário tirar as conclusões em relação aos limites da emenda constitucional consoante o artigo 76, mas a perspectiva dominante ainda está muito distante disso.

Hoje em dia, já é uma obviedade que a interpretação dominante do artigo 48, § 2º, se entregue a autocontradições insólitas. Em virtude desse fato, Poetzsch-Heffter (*Deutsche Juristen-Zeitung* [Jornal de Juristas Alemães], 1932, p. 770) exige com razão que se dê uma atenção maior e mais sistemática ao contexto organizacional geral, no qual se encontram inseridas constitucionalmente as “competências ditatoriais”. Dever-se-ia atentar em especial às diferenças, desenvolvidas antes, da segunda parte da Constituição em relação à primeira parte. No

final das contas, todas aquelas autocontradições, tão palpáveis, nos campos da teoria e da prática do artigo 48, § 2º, nada mais são que uma conseqüência e um caso de aplicação daquele desvio dos princípios do Estado legiferante parlamentar, ignorando até que ponto a segunda parte inaugura uma segunda e nova Constituição. A inconseqüência diante dos princípios do Estado legiferante parlamentar, a qual reside na introdução de precauções jurídico-materiais, somente se torna bastante visível por meio das contradições a que se deva entregar toda interpretação do artigo 48, § 2º, que não tenham consciência desse contexto. Isso é confirmado com muita clareza pela gênese do artigo 48, § 2º, mormente pelo desenvolvimento daqueles sete direitos fundamentais revogáveis enumerados neste livro. Na verdade, tal enumeração, que foi publicada pela primeira vez no anteprojeto governamental de 17 de fevereiro de 1919 (cf. Triepel, *Quellen-sammlung* [Coletânea de Fontes], p. 8-12 e 20-23) e remonta a negociações realizadas no âmbito da Comissão dos Representantes Estaduais nos dias 05 a 08 de fevereiro de 1919, conta com um capítulo de 12 artigos sobre direitos fundamentais, no qual, além de alguns princípios universais (igualdade perante a lei, liberdade de consciência, liberdade artística e científica, minorias) que praticamente não são considerados, são declarados revogáveis *todos* os outros sete artigos sobre direitos fundamentais. Em outras palavras, deveria ser possível revogar *todo* o capítulo sobre direitos fundamentais, enquanto contivesse Direito atual ou, para a visão da época, viesse a ser considerado de maneira prática.

Ao longo de tal gênese histórica, a enumeração, independentemente de uma adaptação das cifras, permaneceu invariável na matéria, enquanto o capítulo dos direitos fundamentais expandiu-se com rapidez, tornando-se a segunda parte da Constituição, sem que ninguém passasse por uma conscientização sobre que efeitos isso poderia ter sobre aqueles sete artigos mantidos sobre direitos fundamentais no âmbito do estado de exceção. Na pressa daquele verão de 1919, a parte referente a uma segunda Constituição, de tipo novo, que surgiu com a nova parte sobre direitos fundamentais, não foi vinculada nem

harmonizada organicamente com o sistema organizacional do Estado legiferante parlamentar, nem com a regulamentação do estado de exceção, a qual se pensou como cláusula provisória até a promulgação de uma lei declarativa. Em vista da situação desesperadora na qual a Constituição de Weimar teve de ser concebida e redigida, seria injusto repreender seus autores por essas discrepâncias. Por outro lado, evidentemente também não é lícito fechar-se às experiências que foram transmitidas em uma década de desenvolvimento constitucional muita rica em acontecimentos. Por esse motivo, no presente, não é lícito se furtar ao conhecimento daquelas contradições.

Em princípio, por confiar impreterivelmente no Parlamento como legislador ordinário, o Estado legiferante parlamentar não conhece precauções jurídico-materiais, mas se não houver confiança no legislador ordinário, então se pode equiparar o ditador, em quem também não se confia, ao legislador ordinário. Portanto, não é apenas é plausível, mas algo absurdo e destruidor do sistema, quando a confiança retirada do legislador ordinário é automaticamente repassada para o legislador da emenda constitucional. Pelo menos isso é possível na distinção entre sentenças constitucionais jurídico-materiais “à prova de ditadura” e “não à prova de ditadura”. Seria imaginável, sem que contivesse nenhuma contradição lógica, declarar violáveis todas as determinações organizacionais e, por sua vez, sagradas e invioláveis todas as precauções jurídico-materiais da Segunda Parte. Todavia, isso seria um Estado diferente daquele Estado legiferante parlamentar ainda imaginado na Constituição de Weimar. Acima de tudo, não se deveria arrancar dessa Segunda Parte aquele núcleo calcado no Estado burguês de Direito, a tutela da liberdade e da propriedade, e deixá-lo à mercê do ditador, declarando revogáveis esses direitos fundamentais como ocorreu no artigo 48, enquanto outras determinações, por exemplo, as que versam sobre comunidades religiosas e servidores públicos, permanecem invioláveis e intocáveis. Determinações organizacionais fundamentais, precauções federais dos *Länder*, antigas competências de co-gestão tradicionais do Parlamento nos campos da autorização de empréstimos, dos direitos de co-

gestão do *Reichsrat*, da liberdade e da propriedade, as verdadeiras “reliquias” do Estado burguês de Direito e até mesmo o monopólio legislativo do Parlamento essencial ao Estado legiferante parlamentar não são à prova de ditadura, mas devem sê-lo o direito do servidor público de consultar as folhas de serviços e a manutenção das faculdades teológicas. Isso acontece, o que seria correto, não porque se tenha a intenção de eximir assuntos politicamente irrelevantes e, por isso, desinteressantes para o ditador, talvez sob o aspecto racional de *minima non curat dictator*, mas, contrariamente, porque se tinha o desejo de assegurar interesses *superiores* carentes de salvaguarda, e as precauções jurídico-materiais da segunda parte, como normas qualitativamente superiores, acabaram sendo retiradas do sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar normal.

Do ponto de vista da Teoria da Constituição, o verdadeiro motivo para essa confusão teórico-estatal e constitucional consiste na degeneração do conceito de lei. Não pode haver um Estado legiferante sem um conceito de lei reconhecido e distinguível. Tal Estado precisa principalmente insistir no encontro entre Direito e lei, lei e Direito em um contexto objetivo e racional, e que, por conseguinte, a normatização realizada pelo legislador graças à sua competência legislativa é algo diferente e superior a uma mera medida. Em um Estado legiferante parlamentar, cujo sistema de legalidade baseia-se inteiramente na prioridade dessas normatizações legais, não é possível considerar uma medida como lei e uma lei como medida. O juiz não pode julgar e aplicar a lei em nome da medida, deixando de fazê-lo em nome da lei. “Se a Justiça não mais for capaz de reconhecer o que é uma lei, ela corre o risco de cair, ela própria, na dependência de não-leis”, afirma, com muita precisão, Ernst Fraenkel (*Die Gesellschaft* [A Sociedade], outubro de 1931, p. 336). O artigo 48, § 2º, da Constituição de Weimar autoriza o presidente do *Reich* a tomar “medidas” ou, como estava escrito nos primeiros anteprojetos de 1919, “injunções”. A atual interpretação deixa evidente que também podem ser “medidas legislativas”. Ocorre uma permuta lógica que não deixa de ter significado sintomático. “Medidas legislativas” são apenas medidas do legislador,

medidas tomadas pelo legislador, mas não medidas promulgadas por outra pessoa além do legislador. Pergunta-se, nesse momento, se alguém além do legislador ordinário tem o direito de promulgar decretos-leis com força de lei e essa pergunta não encontra resposta, de forma alguma, por meio da locução “medidas legislativas”.

Em outros casos, a peculiaridade e a singularidade da “medida” certamente ainda hoje são conhecidas na teoria e na prática da vida jurídica alemã, não sendo consideradas, absolutamente, uma sutileza teórica. É óbvio que uma sentença judicial não é uma “medida” e, por seu turno, uma “medida” não significa *uma sentença judicial*. Até mesmo um autor cuja diferenciação entre lei e medida permaneceu totalmente intocável e que prefere diminuí-la considerando-a uma idéia boba, R. Grau (*Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, Handbuch des Deutschen Staatsrechts* II [A Ditadura do Presidente do Reich, Manual de Teoria do Estado II], p. 279, nota 15) logo se apressa em apresentar sua opinião: “É claro que certos atos estatais precisam ser separados da esfera da medida, nomeadamente aqueles que devem ser executados pelo Poder Judiciário independente.” Também com relação ao oposto da pena e da simples medida coercitiva, ainda está viva uma consciência jurídica diferenciadora. Desse modo, o Tribunal Cameral da Prússia (Resolução de 22 de março de 1932, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1932, p. 534) enfatiza que os meios coercitivos dos órgãos policiais (conforme o Capítulo 9º da Lei Administrativo-Policial da Prússia de 1º de junho de 1931) poderão ser meios preventivos para o futuro, mas não penas, pois a pena enquanto “mal conseqüente” (expição) depende da existência ou inexistência do perigo de uma situação que contrarie a ordem policial, ou seja, depende dos fatos concretos. Portanto, sentenças judiciais e penas podem ser diferenciadas de medidas. Ainda salta mais aos olhos que se tenha deixado de dar atenção à distinção fundamental entre lei e medida que sustenta todo o sistema de legalidade de um Estado legiferante. No Arquivo do Direito Público (v. 21, p. 139s.), Karl Loewenstein considera *ao menos grave* o decreto do banco *Da-*

natbank,⁴ promulgado em 13 de julho de 1931, em decorrência do tratamento singular dado a esse banco, a proibição de sequestro de bens, a execução judicial obrigatória e a abertura de concordata contra o banco são declaradas “um caso sem par na história do Estado de Direito alemão”, de modo que daí advêm violações dos artigos 105 (juiz natural) e 109 (igualdade perante a lei), que na verdade não fazem parte dos direitos fundamentais revogáveis do artigo 48, § 2º.

Aquilo que é característico de uma medida, a consideração justamente da situação singular de um caso, é assim usado para se averiguarem inconstitucionalidades, porque o procedimento do “ditador” é compreendido com tácita obviedade como “lei” e transferido para a sentença sobre a igualdade, contida no artigo 109 da RV, que somente exprime o caráter geral da lei do Estado de Direito. Por meio do artigo 48, o presidente do *Reich* deveria ser autorizado justamente a promulgar medidas e o acréscimo de mais uma competência legislativa extraordinária à sua competência de promulgação de medidas não pode suprimir nem restringir a competência para promulgar medidas. Mas, ao tratar as medidas como “leis”, perante as quais deverá haver igualdade, exatamente aquelas medidas tornariam estas impossíveis. Assim, o desprezo de uma distinção elementar simplesmente inverte uma clara determinação constitucional em seu oposto. O fato de atualmente só se fazer uma distinção entre uma medida e atos jurisdicionais, deixando-se de lado atos legislativos, talvez seja um sintoma seguro de que o Estado jurisdicional e o Estado administrativo trazem luz à atual consciência constitucional, enquanto as distinções específicas

⁴ N. do Trad.: Após o colapso econômico mundial em 1929, a crise bancária na Alemanha medrou, principalmente após a insolvência do banco austríaco *Österreichische Creditanstalt* em maio de 1931, provocando uma corrida de investidores aos bancos e caixas econômicas alemãs. A situação agravou-se, mormente, com os grandes prejuízos registrados pelo *Darmstädter und Nationalbank (Danatbank)*, depois de um de seus grandes investidores, o grupo têxtil *Nordwolfe*, abrir falência, resultando na bancarrota do próprio *Danatbank*, que fechou suas portas no dia 13 de julho de 1931.

do Estado legiferante parlamentar se tornaram desinteressantes e incompreensíveis.

Em todo caso, não é culpa do ditador que, em dez anos de exercício e hábito reconhecidos, ainda seja acrescido todo um direito de promulgação de decretos-leis em substituição a leis. Somente um aspecto do conceito material de lei, a *duração*, de certa forma chegou a contar com alguma honraria perante a prática de anos de decretos de emergência durante os anos de 1930 e 1931. Agora, com especial ênfase, os representantes do pensamento do “Estado de Direito” sublinham que as injunções do presidente do *Reich* somente podem ser provisórias e não permanentes. Dentre as muitas críticas e objeções acumuladas contra aquela prática de dez anos de promulgação de decretos-leis, essa referência ao “caráter provisório” das medidas do artigo 48 parecem estar hoje no foco das atenções e ter a mais vigorosa força persuasiva (cf. as comprovações contidas no ensaio *Grundsätzliches zur heutigen Notverordnungspraxis* [Elementos sobre a atual prática de decretos-leis], *Reichsverwaltungsblatt* de 27 de fevereiro de 1932, p. 162, e em *Anschütz, Kommentar*, p. 280). Nas decisões mencionadas de 05 de dezembro de 1931 (*RGZ*, Anexo, p. 24 e 43), a Alta Corte de Justiça do *Reich* também frisa que os decretos-leis do presidente do *Reich* “não podem ser determinados definitivamente para todo o sempre”. Todavia, desgraçadamente ainda falta a compreensão de que se deve derivar a proibição da “duração” menos das palavras formulares do artigo 48, § 2º, do que da essência da medida em oposição à lei, e que a duração, à luz do Estado de Direito (ou seja, à luz do Estado legiferante), é um aspecto da lei.

Em geral, refuta-se a distinção entre lei e medida com a justificativa de que seria difícil delimitá-la e determiná-la. Esse é um argumento acomodado que, partindo da dificuldade de delimitação, tira a conclusão (absurda, se analisarmos com lógica) relativa à inexistência de um limite. Contudo, nem mesmo essa conclusão mantém-se com coerência. Apoiando-se na sentença recém citada, segundo a qual determinados decretos-leis, conforme o artigo 48, seriam ilícitos “por todo o tempo”, a Alta Corte de Jus-

tiça do *Reich* afirma que uma regulamentação seria lícita “por um tempo indeterminado de duração previsivelmente longa”. Referida Corte faz, portanto, uma distinção entre “por todo o tempo” e “por um tempo indeterminadamente longo” e essa distinção certamente deveria ser mais indeterminada e mais difícil de ser determinada que a duração da lei e da medida.

A atual prática tem sua última base no fato de o próprio legislador, na realidade da vida pública, há muito tempo ter abandonado a distinção interna entre lei e medida. Nos dias de hoje, praticamente não mais haverá maiorias parlamentares que esperarão com confiança e seriedade que suas leis votadas vigem “por todo o tempo”. A situação é bem pouco previsível e tão anormal que a normatização legal perde seu antigo caráter, tornando-se mera medida. Se o próprio legislador, e com ele a teoria dominante no Estado legiferante parlamentar, declarar leis todas as medidas do legislador, deixando de fazer uma distinção entre lei e medida, então é lógico que o ditador autorizado a promulgar medidas também obtenha, ao revés, um direito extraordinário para legislar. O legislador pode tomar medidas, e o ditador autorizado a editar medidas pode promulgar leis. Na prática, porém, a não-distinção entre lei e medida realiza-se provavelmente no nível da medida. Para o Estado administrativo que se manifesta na prática das medidas, o “ditador” é, de preferência, adequado e natural na qualidade de um Parlamento separado do Executivo cuja competência consiste em decidir sobre normas gerais determinadas prévia e permanentemente.

CONCLUSÃO

Na Constituição de Weimar, despontaram três legisladores extraordinários – *ratione materiae*, *ratione supremitatis* e *ratione necessitatis* – que põem em risco a lógica do sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar, ao qual a Constituição queria, sobretudo, ater-se. Nesse sentido, as outras complicações resultantes dos efeitos e conseqüências dos elementos federalistas constitucionais deveriam deixar de ser considerados por completo. Poder-se-ia supor que o legislador ordinário parlamentar não era capaz de fazer frente a seus três rivais extraordinários. Não obstante, enquanto se detém na consideração da própria composição da Constituição, tal hipótese não seria teoricamente correta. Afinal de contas, quando se trata da respectiva decisão constitucional de cunho político e fundamental, a qual diz respeito ao tipo do Estado como um todo, o sistema que, de forma decidida, toma por base a constituição como princípio construtivo sempre é superior, enquanto não for instaurado um outro sistema tão fundamental e coerente. A título de exemplo, o parlamentarismo da república francesa logrou tornar inócua e inofensiva a abordagem da legitimidade plebiscitária contida nas normas constitucionais de 1875, relativamente à possibilidade de dissolução do Parlamento. A completa “laicização” do Estado francês correspondeu a uma neutralidade valorativa liberal coerente em assuntos confessionais e religiosos.

Em médio prazo, praticamente não se considera a possibilidade de ocorrer um controle do Parlamento por meio do exercício de um direito material de controle pelo Judiciário ou por outros métodos próprios do Estado jurisdicional. No entanto, tais normas constitucionais francesas de 1875 restringem-se a determinações organizacionais e não conhecem os legisladores extraordinários da Constituição de Weimar.

Todavia, também nessa Constituição, o sistema de legalidade parlamentar poderia permanecer vencedor, pois os desvios dos fundamentos e dos princípios de composição do Estado legiferante parlamentar, que residem naqueles três legisladores extraordinários, não são claros em si nem foram concebidos na Constituição até o final. Eles contêm tentativas e abordagens que são pensadas mais como correções de determinados desequilíbrios do sistema parlamentar e por isso salvam esse sistema, mas sem realizar um novo tipo de Estado, seja ele um Estado jurisdicional, um Estado governamental ou um Estado administrativo. Aqueles desvios logo perdem uma grande parte de seu significado prático, quando o Parlamento reflete sobre seu poder com vontade uniforme e decisiva. Mesmo uma maioria simples, por meio de suas leis e do governo que depende de sua confiança, possui os meios para se assenhorear, legalmente e sem esforços, da concorrência do Estado jurisdicional. As precauções jurídico-materiais podem ser divididas naquelas que são desinteressantes por causa de seu tipo apolítico para a maioria e naquelas que, em função de seu significado político, podem ser submetidas ao poder da maioria. O Parlamento também tem algumas possibilidades de tornar praticamente sem importância o segundo legislador extraordinário e concorrente, o procedimento legislativo plebiscitário. Isso realmente tem acontecido com grande êxito nos últimos anos. Por meio da interpretação supramencionada do artigo 75 da Constituição de Weimar, sancionada pelo Tribunal Eleitoral e já considerada "definitiva" por G. Anschütz (*Kommentar*, p. 400), também na consulta por iniciativa popular foi exigida a participação da maioria dos votantes, eliminando-se assim o voto secreto e um cálculo democrático do resultado da votação e tornando quase impossível a

realização de uma consulta popular nesses moldes. É de grande importância que, justamente perante esse legislador plebiscitário, também se tenha refletido pelas vias governamentais sobre um conceito material de lei e sobre o princípio da distinção de poderes, excluindo-se assim medidas, atos governamentais etc. desse procedimento legislativo (cf. *Reichstagsdrucksache*, 1928-29, n. 1429 sobre consulta popular com o anteprojeto de uma Lei de Liberdade contra o Plano *Young*). Por fim, o terceiro legislador extraordinário, o ditador do artigo 48, § 2º, somente pode atuar legalmente enquanto o legislador parlamentar o tolerar, ou seja, enquanto não fizer uso de seu direito de exigir a revogação de medidas e também enquanto não emitir um voto de desconfiança ao governo contra-signatário do *Reich*. Por seu intermédio, alguns casos de aplicação do artigo 48, § 2º, especialmente a prática de decretos-leis dos últimos anos, surgem como procedimento legislativo sumário utilizado com base em autorização tácita do Parlamento. É claro que, em todos os três casos, conflitos são imagináveis, mas a divisão constitucional de poderes é tal que a maioria do *Reichstag*, havendo vontade firmemente reconhecível, pode afirmar-se, sem dificuldades, como a vencedora legal.

Com isso, no entanto, não se restitui o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar. Há muito tempo, a vontade da respectiva maioria parlamentar baseia-se apenas em um acordo de organizações hegemônicas declaradamente heterogêneas, e o Parlamento tornou-se o palco de um sistema pluralista. Mesmo durante as tentativas de se criar uma espécie de substituto para o Parlamento em conselhos, comissões e quejandos, por exemplo, quando da reunião do chamado Conselho Econômico do Presidente do *Reich*, em outubro de 1931, o esfacelamento pluralista veio claramente à tona.

Um pluralismo exercido com coerência carece de um outro tipo de justificação que não a legalidade do Estado legiferante parlamentar. Organizações hegemônicas firmes, que tomem conta de seus membros sob aspectos ideológicos, econômicos etc., nomeadamente os detentores de um sistema pluralista, trans-

formam todas as competências federais, estaduais, municipais, jurídico-sociais etc. em posições de seu complexo de poder, por meio de contratos e acordos com outros parceiros do sistema pluralista, formam a vontade pública decisiva e não logram – o que nos interessa em especial – deixar-se vencer ou abater por uma maioria em se tratando de assuntos de vital importância para si. Enquanto existirem politicamente, não poderão renunciar a exercer uma influência decisiva, a partir de si próprias e de sua existência política, sobre o conceito de Constituição e a interpretação da Constituição. Ver-se-ão obrigadas, caso caiam na lógica de um sistema de legalidade que apresenta perigos ao tipo de organização tratado, ou a renunciar à sua existência política ou a fazer valer, de alguma forma, um direito de resistência. Contudo, a eliminação de qualquer direito de resistência, como já afirmamos, é a verdadeira função do conceito de legalidade, o qual, por sua vez, corresponde de maneira específica à essência do Estado legiferante parlamentar. Entretanto, os poderes do Estado pluripartidário têm pouco interesse pela coerência. Gostam de ficar na penumbra de um estágio intermediário que lhes permite apresentar-se ora como “Estado”, ora como “grandeza apenas social”, bem como usufruir todas as vantagens da influência sobre a vontade pública sem a responsabilidade e os riscos do fator político, correndo, desse modo, em uma via de mão dupla. Contudo, o sistema de legalidade parlamentar não está salvo, em absoluto, com essa vontade voltada a não-coerência. O próprio estágio intermediário já anula o Estado legiferante parlamentar e seu conceito de legalidade.

O mesmo vale para um outro efeito do sistema pluralista, que é a negação do princípio da igualdade de chances. Esta é negada a praticamente todos os partidos que não pertencerem ao clube de parceiros do pluralismo. Não ocorrerá nenhuma mudança nesse resultado se se responder a questão das responsabilidades em favor da direita ou da esquerda ou do centro e se houver um partido que se possa repreender por ter “começado” a abolição dessa precondição da legalidade. É inclusive uma questão em aberto saber se um retorno ao estágio “puro” de maiorias “puras”, isto é, de maiorias parlamentares homogêneas,

restabeleceria o sistema de legalidade ou se não se deveria esperar, justamente de maiorias homogêneas, simples ou para fins de emendas constitucionais, porém muito mais, o pior abuso das recompensas pelo poder acima descritas e o maior perigo para o sistema de legalidade. Com isso, deixa de existir a precondição essencial do conceito de legalidade no Estado pluripartidário. Até hoje, ainda não surgiu um novo tipo de forma constitucional que corresponda a um sistema pluripartidário desenvolvido. Nem o real poder das organizações pluripartidárias nem a consciência teórico-constitucional da época criaram formas específicas. Até o presente momento, tudo permanece muito mais nos trilhos e nas fórmulas de sistemas de justificação tradicionais. Os partidos buscam tirar proveito da legalidade da posse do poder, principalmente das recompensas e mais-valias políticas, conforme as forças, mas acabam se deparando, à medida que, com isso, destroem o sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar, com o sistema de uma *legitimidade* da democracia plebiscitária que se opõe ao legalismo de um Estado legiferante.

Não apenas o presidente do *Reich*, que mantém o equilíbrio do Parlamento, apóia-se na legitimidade da eleição popular, como também o Parlamento deixa de possuir, em si mesmo, a dignidade de uma assembléia caracterizada por qualidades específicas, no sentido mesmo da palavra, de criar leis e de possuir o próprio significado autônomo que deveria ter como fonte de legalidade em um Estado legiferante baseado em legalidade. Afinal de contas, a *eleição* é um processo plebiscitário. Há muito tempo deixou de ser *seleção* no sentido de se ressaltar ou realçar uma elite e justificar uma representação independente. Na mesma linha do plebiscitário, obtém-se o efeito de que a dissolução do Parlamento passa a ser um processo normal que tem o sentido de um “apelo ao povo” e, por seu turno, significado e função plebiscitários. O Parlamento com sua respectiva maioria não passa então de uma interposição plebiscitária. Somente por motivos “técnico-sociais”, é-lhe atribuído, em um sistema de processos plebiscitários, um significado derivado. Em vista da prática de decretos-leis do presidente do *Reich*, o Estado alemão

surge em sua atual realidade constitucional concreta como uma ligação entre Estado administrativo e Estado jurisdicional que encontra uma espécie de última justificação com base e no âmbito da legitimidade da democracia plebiscitária. O sentido da manifestação da vontade plebiscitária não é, todavia, normatização, mas sim, como muito bem exprime o termo “consulta popular¹”, decisão por meio de uma vontade. A natureza da coisa também reside no fato de plebiscitos somente poderem ser realizados de forma momentânea e intermitente. É muito pouco provável que se venha a realizar o muito citado “plebiscito de todos os dias”, o “*plébiscite de tous les jours*”. O povo somente pode dizer sim ou não, mas não pode assessorar, deliberar ou debater, não pode governar nem administrar, como também não pode normatizar, mas apenas sancionar, por meio de seu sim, um anteprojeto de normatização que lhe seja apresentado. Se, ao invés de uma pergunta a ser respondida, for-lhe apresentada uma série de listas de candidatos de partidos – que, por sua vez, tenham sido compostas de forma altamente obscura no lusco-fusco de comissões partidárias – e se também o Governo, por ocasião da dissolução do Parlamento, recusar fazer qualquer formulação de pergunta, então o processo que deverá ocorrer em uma “eleição” tornar-se-á um procedimento internamente impossível. Deixará de ser eleição, passando a ser, por analogia, plebiscito, todavia, devido à falta de uma pergunta a ser respondida ou, no melhor dos casos, graças a um feliz acaso, tornar-se-á um verdadeiro plebiscito que resultará em um sim ou um não.

Não obstante, a legitimidade plebiscitária é, na verdade, o único tipo de justificação pública que hodiernamente poderia ser reconhecida como válida em geral. É até provável que uma grande parte das tendências, hoje indubitavelmente existentes, para o “Estado autoritário” encontre uma explicação. Tais tendências não podem ser afastadas simplesmente como ansiedade reacionária ou restaurativa. Muito mais importante é entender que se deva buscar na democracia a causa do atual “Estado total”

¹ N. do Trad.: Em alemão, o termo “*Volksentscheid*” significa, literalmente, decisão popular.

ou, dito com maior precisão, a causa da politização total de toda a existência humana, bem como perceber que, como expõe Heinz O. Ziegler (*Autoritärer oder totaler Staat* [Estado Autoritário ou Total], Tübingen, 1932), é mister uma autoridade estável para se realizarem as despolitizações necessárias e, uma vez fora do Estado total, resgatar esferas livres e áreas vitais.

Porém, do ponto de vista constitucional, o motivo mais forte daquelas tendências para a *auctoritas* consiste na própria situação e encontra sua origem no fato de a legitimidade plebiscitária ter permanecido, nos tempos atuais, como o único sistema de justificação reconhecido. Em virtude de sua dependência da formulação de uma pergunta, todos os métodos plebiscitários acabam pressupondo um governo que não apenas gere negócios, mas também possua autoridade para realizar as formulações de perguntas plebiscitárias na ocasião certa. A pergunta somente pode ser formulada pela instância superior, já a resposta somente poderá vir da instância inferior. Também se pode comprovar a validade da fórmula criada pelo grande construtor constitucional *Sieyès*: autoridade vem de cima, confiança vem de baixo.

A legitimidade plebiscitária necessita de um governo ou de qualquer outra instância dotada de autoridade, na qual se possa ter a confiança de que ela formulará a pergunta certa e que não abusará do grande poder contido na formulação dessa pergunta. Isso é um tipo muito importante e raro de autoridade. Pode originar-se de diversas fontes: do efeito e da impressão de um grande êxito político, dos resíduos ainda existentes de uma época pré-democrática ou do prestígio político de uma elite paralela à democracia – da qual os atuais partidos organizados nada mais são que simulacros ou caricaturas. Da mesma maneira, um governo que tencione apoiar-se nas forças de seu exército ou do serviço público, ao invés de buscar apoio na legalidade parlamentar ou na legitimidade plebiscitária, precisará da legitimidade plebiscitária como sanção, já que nos dias de hoje não mais existe nenhuma outra sanção. Todavia, ele também teria de se decidir a formular, por iniciativa própria, a pergunta plebiscitária com todo o perigo de malogro. Apenas

parece mais seguro aproveitar o tipo de superioridade que recai casualmente sobre um governo em decorrência do “fracasso” de todos os outros, enquanto o governo recusar-se a formular uma pergunta clara. Isso é possível durante algum tempo. O manto da legitimidade plebiscitária é longo e cheio de dobraduras, podendo revestir e ocultar algumas coisas. Entretanto, algum tipo de independência sempre provocará a interpelação ao povo para aquele que apela, e mesmo os célebres exemplos dos plebiscitos napoleônicos demonstram quão precárias e revogáveis são essas legitimações. De maneira genérica, seria um perigoso equívoco considerar o instrumento da legitimidade plebiscitária mais inofensivo que outros métodos e ter a esperança de que um braço frágil ou uma meia vontade poderiam encontrar um manuseio bastante facilitado e agradáveis suplementos.

Evidentemente, o estágio atual é marcado, em sua totalidade, pelos esforços voltados para complementações e suplementos. Em épocas transitórias não esclarecidas, apesar de métodos plebiscitários de dissolução parlamentar, todo governo evitará formular uma pergunta plebiscitária, à qual se possa responder definitivamente com sim ou não. O decreto de dissolução do Presidente do *Reich*, datado de 04 de junho de 1932 (RGBl, I, p. 235), apresenta como sua justificativa que o *Reichstag*, “consoante o resultado das eleições para as Assembléias Estaduais dos *Länder* nos últimos meses realizadas, deixou de corresponder à vontade política do povo alemão”. A justificação plebiscitária está vinculada ao fato de se evitar uma pergunta plebiscitária e a “eleição” subsequente a essa dissolução não pode dar uma resposta bastante inequívoca para conter uma decisão política segura. Todo o processo não é nem eleição genuína nem plebiscito genuíno, servindo apenas, conforme seu resultado, como suplemento de legitimação inexistente para o governo ou alguns partidos. No entanto, é compreensível que o próprio serviço público que sustenta o Estado administrativo busque esses complementos. Ele está atrelado às formas tradicionais – sejam elas dinásticas ou calcadas na democracia plebiscitária – da legitimidade, que não são, ambas, apropriadas para as novas tarefas do Estado que se volta para a totalidade e acaba se transformando

em Estado econômico, em Estado assistencial e em muitas outras coisas. Desse modo, também esse Estado do serviço público vive na dependência de reclamar autoridade (assim como a instância que, conforme o Direito Romano, tinha o *jus cum patribus agendi*², reivindicava a *auctoritas* do Estado) e encontra possibilidades em parte junto ao presidente do *Reich*, em parte junto à justiça dos Supremos Tribunais, em especial junto à Alta Corte do *Reich* Alemão e junto à Suprema Corte do *Reich*³. Porém, é evidente que as Cortes somente podiam exercer essa função enquanto sua autoridade fosse mantida e ainda não fosse aniquilada por decisões de questões políticas tomadas em processos conforme a Justiça.

Os detentores organizados do sistema pluralista finalmente podem viver, nas singulares circunstâncias de tal Estado partidário, apenas de suplementos, já que não reúnem nenhuma autoridade interna nem própria. No final das contas, embora a Constituição exija um governo sustentado pela confiança do Parlamento, eles não dão ao governo nem um voto de confiança nem de desconfiança, mas acabam por encontrar uma série de meios termos, tais como “consentir” ou “tolerar” como expressão de seu estágio intermediário entre Estado e partido. Eles não criam nenhuma lei delegada, mas também não exigem revogação dos decretos editados de conformidade com o artigo 48, § 2º, preferindo também o estágio intermediário. Um estado pluripartidário torna-se “total” não por meio da força e do vigor, mas da fraqueza, intervindo em todos os setores da vida, pois precisa satisfazer às exigências de todos os interessados. Necessitam deslocar-se principalmente para a área da Economia, até então livre da intervenção estatal, ainda que, para tanto, tenha de renunciar a toda liderança e influência política. “Um Estado que prescinde, em uma época econômico-técnica, de reconhe-

² N. do Trad.: O *jus cum patribus agendi* era o direito de convocar o Senado.

³ N. do Trad.: O *Reichsgericht* passou a funcionar como Suprema Corte do *Reich* Alemão (cível e penal) em 1º de outubro de 1879 na cidade de Leipzig (Reino da Saxônia). No prédio que o albergava, funciona, desde 2002, o *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal).

cer e liderar corretamente, por livre e espontânea vontade, o desenvolvimento econômico e técnico, dever-se-ia declarar neutro perante as questões e decisões políticas, renunciando assim à sua pretensão de dominar.” Entretanto, nenhum Estado renunciará um dia à pretensão de dominar, negando e abolindo aquele direito de resistência, enquanto continuar existindo como Estado, por mais fraco que seja. Contrariamente, poder-se-ia até confirmar o que afirmou B. Constant, segundo o qual fraqueza e mediocridade utilizam, com mais obstinação e maldade, o poder que sobre elas recai do que uma força genuína, ainda que esta se deixe enlevar por sua paixão. Por essa razão, um Estado fraco busca também, sem fazer diferenças, legalizações, legitimações e sanções, utilizando-se desses elementos como os encontra. Em um Estado que, conforme a abrangência e a área específica de suas intervenções, é “total” do ponto de vista quantitativo e, concomitantemente, encontra-se dividido como Estado partidário, os complexos hegemônicos que usurpam a influência política, nomeadamente tanto a de relativa duração quanto a de rápida transitoriedade, encontram-se todos sob a mesma coerção: aproveitar o instante de seu poder, antecipar-se ao opositor da política interna e considerar toda justificativa como arma da luta interpolítica. Legalidade e legitimidade passam a ser então instrumentos táticos dos quais lançará mão todo indivíduo que deles puder tirar vantagens em momento dado, instrumentos que, voltando-se contra esse mesmo indivíduo, serão deixados de lado, e que um vive constantemente tentando tirar das mãos do outro. Nem a legalidade parlamentar, nem a legitimidade plebiscitária, nem qualquer outro sistema de justificação imaginável pode sobreviver a tal degradação a um instrumento técnico-funcionalista. A própria Constituição também acaba por dissolver-se em seus elementos e suas possibilidades interpretativas contraditórios, e nenhuma ficção normativista de uma “unidade” evitará que cada grupo combatente apodere-se daquela parte e daquele termo da Constituição que lhes pareçam mais adequados, a fim de derrotar o partido opositor também em nome da própria Constituição. Legalidade, legitimidade e Constituição, ao invés de evitarem a guerra civil, somente contribuiriam para um acirramento.

Em uma situação dessa estirpe e com tais métodos, os resíduos de autoridade exaurem-se com tanta rapidez quanto legalidade e legitimidade, e uma reformulação da Constituição será então sentida como necessária. Até o tipo mais inferior de interessados do *status quo* fará coro com os que clamam por “reformas”.

Seria o grau extremo do infortúnio se a inevitável reformulação caída nessas mãos também fosse desencaminhada para o nível de instrumento tático de acordo e a grande possibilidade de uma reforma fosse desviada com quaisquer retardamentos de ordem organizacional. Por esse motivo, faz-se necessária uma clara consciência dos contextos construtivos fundamentais que distinguem uma Constituição de quaisquer produtos da operação legislativa político-partidária. Mormente, urge ressaltar a primeira e mais importante pergunta perante a qual se coloca todo e qualquer plano sério de uma reformulação da Constituição alemã, a qual concerne à alternativa básica: reconhecimento de conteúdos substanciais e forças do povo alemão *ou* manutenção e continuação da neutralidade valorativa funcionalista com a ficção de igualdade de chances para todos os conteúdos, metas e tendências sem nenhuma distinção.

Nos dias de hoje, uma constituição que não ouse tomar uma decisão, mas que, no lugar de uma ordem substancial, queira iludir as classes combatentes, as tendências e as metas traçadas de que, de forma legal, não sairão prejudicadas e que alcançarão legalmente toda a meta partidária e que poderão aniquilar todos os seus opositores, já não mais é possível nem mesmo como acordo dilatatório desprovido de base consensual. Ela também acabaria destruindo, no resultado prático, sua própria legalidade e legitimidade. No momento crítico em que precisasse se afirmar, a Constituição ver-se-ia fadada a fracassar. Como já afirmamos anteriormente, faz parte das fraquezas da Constituição de Weimar o fato de ela, também haver tentado uma confrontação em que, no final das contas, a primeira e a segunda partes defrontam-se como duas Constituições distintas com diferentes tipos de coerência, com espíritos distintos e com fundamentos distintos. Essa Constituição, assim como se encontra, está re-

pleta de contradições. Entretanto, aquilo que jazia, de forma vaga e difusa, na intenção de Friedrich Naumann, quando ele – escarnecido pelo riso confiante de um positivismo do período pré-guerra – compôs seu anteprojeto de direitos fundamentais, certamente tinha mais relação com a essência de uma Constituição alemã do que a neutralidade valorativa de um sistema funcionalista de maioria.

Se, com a consciência de que a Constituição de Weimar são duas Constituições, for escolhida uma das duas, então a decisão deverá recair sobre o princípio da segunda Constituição e sua busca por uma ordem substancial. O cerne da segunda parte da Constituição de Weimar merece ser libertado de autocontradições e acordos falhos, bem como ser desenvolvido consoante sua coerência interna. Obtendo-se êxito nesse empreendimento, estará salva a idéia de uma obra constitucional alemã, caso contrário, logo terão fim as ficções de um funcionalismo neutro em relação a valor e verdade. Vingar-se-á então a verdade.