

Carl Schmitt



*Die Hülle  
des Verfassens*

# O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

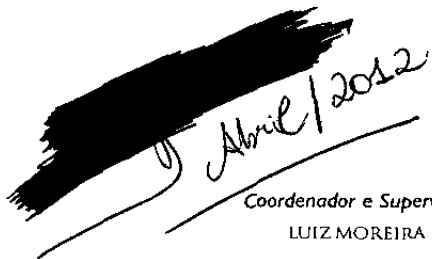
Apresentação:

Gilmar Ferreira Mendes

*DelRey*

CARL SCHMITT

# O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO



*Abril / 2012*

*Coordenador e Supervisor*  
LUIZ MOREIRA

*Tradutor*  
GERALDO DE CARVALHO

Belo Horizonte - 2007

*Del Rey*



Copyright © 2007 by Editora Del Rey Ltda.

Copyright © para a quarta edição alemã de *Der Hüter der Verfassung*: Dunkler & Humblot, 1996.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzido, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Esta obra foi publicada originalmente em alemão com o título *Der Hüter der Verfassung*, 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  
Tel.: (31) 3284-9770  
editor@delreyonline.com.br

**Editora assistente:** Wanessa Diniz

**Editora / BH**  
Rua Aimorés, 612 – Funcionários  
Belo Horizonte – MG – CEP 30140-070  
Telefax: (31) 3273-1684  
editora@delreyonline.com.br

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

**Conselho Editorial:** Antônio Augusto Conçoado Trindade  
Antonio Augusto Junho Anastasia  
Ariosvaldo de Campos Pires (*In memoriam*)  
Aroldo Plínio Gonçalves  
Carlos Alberto Penna R. de Carvalho  
Celso de Mogaílhes Pinto  
Edelberto Augusto Gomes Lima  
Edésio Fernandes  
Eugênio Paçelli de Oliveira  
Fernando Gonzaga Joyme  
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.

O guardião da Constituição / Carl Schmitt; tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007.  
252 p. (Coleção Del Rey Internacional)  
Título original: *Der Hüter der Verfassung*.  
ISBN 85-7308-886-9

1. Direito constitucional. I. Título.

CDD: 341.2

CDU: 342

---

Bibliotecária responsável: Maria da Conceição Araújo  
CRB 6 / 1236

# SUMÁRIO

---

## APRESENTAÇÃO

<i>Gilmar Ferreira Mendes</i> .....	ix
PREFÁCIO .....	xvii
INTRODUÇÃO .....	1

## Primeira parte

# A JUSTIÇA COMO GUARDIÃ DA CONSTITUIÇÃO

1. O CHAMADO DIREITO DE EXAME JUDICIAL MATERIAL GERAL (ACESSÓRIO) NÃO SE CONSTITUI NA ALEMANHA EM UM GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO ..... 19
2. LIMITES OBJETIVOS DE TODA JUSTIÇA (JURISDIÇÃO PENAL NO CASO DE DELITOS POLÍTICOS CONTRA O ESTADO E A CONSTITUIÇÃO, ACUSAÇÃO MINISTERIAL) .... 33
3. ESTIPULAÇÃO NORMATIVA DO CONTEÚDO DE UMA NORMA CONSTITUCIONAL DUVIDOSA EM SEU CONTEÚDO É, NO CASO, NORMA CONSTITUCIONAL E NÃO JUSTIÇA ..... 55

4. O TRIBUNAL DO ESTADO PARA O REICH ALEMÃO .....	71
4.1 Relação objetiva entre conceito constitucional e jurisdição constitucional; reconhecimento dos limites objetivos da justiça por intermédio do Tribunal do Estado para o Reich alemão; especial relação entre contrato constitucional e justiça constitucional .....	71
4.2 O Tribunal do Estado como instituição especificamente federativa .....	80
4.3 Jurisdição estatal e constitucional como expressão da tendência em transformar a Constituição em um contrato (acordo) constitucional .....	88

## Segunda parte

# A CONCRETA SITUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ATUALIDADE

5. PLURALISMO, POLICRACIA E FEDERALISMO .....	105
5.1 Desenvolvimento do parlamento como cenário de um sistema pluralista .....	107
5.2 A policracia na economia pública .....	133
5.3 O Federalismo .....	137
6. REMÉDIOS E MOVIMENTOS CONTRÁRIOS .....	141
6.1 Tentativas de uma Constituição econômica ....	141

6.2 O problema da neutralidade da política interna no Estado partidário pluralista .....	146
6.3 Insuficiência da maioria das neutralizações; ambigüidade dos conceitos de neutralidade e despolitização .....	157
6.4 Um panorama dos diversos significados e funções do conceito de neutralidade de política interna do Estado .....	161
6.5 Procedimento do governo constitucional segundo o artigo 48 da Constituição do Reich. Desenvolvimento do estado de exceção militar-policial rumo ao econômico-financeiro .....	167

## Terceira parte

# O PRESIDENTE DO REICH COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

7. A TEORIA DO DIREITO PÚBLICO DO “PODER NEUTRO” ( <i>POUVOIR NEUTRE</i> ) .....	193
8. SIGNIFICADO ESPECIAL DO “PODER NEUTRO” NO ESTADO PARTIDÁRIO PLURALISTA, EXPOSTO POR MEIO DO EXEMPLO DO CONCILIADOR PÚBLICO DE CONTENDAS TRABALHISTAS .....	207
9. O FUNCIONALISMO PÚBLICO E AS DIVERSAS POSSIBILIDADES DE UMA “INDEPENDÊNCIA” DO ESTADO PARTIDÁRIO PLURALISTA .....	219
10. O EMBASAMENTO DEMOCRÁTICO DA POSIÇÃO DO PRESIDENTE DO REICH .....	229



# APRESENTAÇÃO

---

*Gilmar Ferreira Mendes\**

Tenho a honra de apresentar mais uma importante obra da Coleção Del Rey Internacional, desta feita *O Guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung)*, da autoria do eminente pensador alemão, o Professor Carl Schmitt.

Referido trabalho foi publicado, inicialmente, em 1929, sob o título *Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung*. Em 1931, Carl Schmitt publicou versão ampliada daquelas reflexões, denominada *Der Hüter der Verfassung*.

Na referida obra, Schmitt questionava o papel do Judiciário como guardião da Constituição. Schmitt negava ao Judiciário o título de guardião da constituição. Segundo sua concepção, somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar semelhante função.

Hans Kelsen, ainda em 1931, respondeu diretamente ao artigo de Schmitt, ao publicar um ensaio intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*.<sup>1</sup> Na ocasião, reafirmou a importância de

---

\* Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público e da Universidade de Brasília.

<sup>1</sup> Em português, o texto dessa apresentação ganhou o nome de *A Jurisdição Constitucional*. Publicada pela Editora Martins Fontes, em feverei-



um Tribunal Constitucional para uma democracia moderna, em franca defesa de uma de suas criações, a Corte Constitucional austríaca, instituída em 1920, já destacada na célebre conferência sobre a jurisdição constitucional *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Essência e Desenvolvimento da Jurisdição Constitucional), proferida em Viena, em 1928, perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staats-rechtslehrer*).

Assim se manifestou quanto à proposta de Carl Schmitt de emprestar ao Presidente do *Reich* a legitimidade para “guardar” a constituição, em detrimento da Corte Constitucional:

(...) para tornar possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele – seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é – exclusivamente ou não – uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos de poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?<sup>2</sup>

E prosseguiu em sua crítica:

---

ro de 2003, a edição combina oito títulos da autoria de Hans Kelsen, dispostos em ordem cronológica.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 241-242.

(...) quando na Constituição de Weimar se prevê, ao lado de outras garantias, o presidente do Reich como garante da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que essa garantia só pode representar uma parte das instituições de proteção da Constituição e que seria uma sumária superficialidade esquecer, em função do presidente do Reich atuando como garante da Constituição, os estreitíssimos limites desse tipo de garantia e as muitas outras espécies e métodos de garantia constitucional!<sup>3</sup>

Já a crítica de Schmitt ao positivismo alemão tradicional estava claramente ligada a uma rejeição muito mais ampla do autor em relação a toda uma estrutura estatal que ele fatalmente caracterizava como burguesa. Para um pensador que tinha convicção de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político, a pretensa neutralidade do positivismo de Laband e da Teoria Pura de Kelsen não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais na filosofia política e jurídica, visando garantir a segurança e liberdades burguesas perante o Estado. É principalmente a partir de sua visão antiliberal que Schmitt construirá seu *Der Hüter der Verfassung (O Guardião da Constituição)*.

Segundo Schmitt, a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, por outro lado, transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito.

A recusa de Schmitt em aceitar um controle concentrado de constitucionalidade encontra sua origem na própria concepção que o autor alemão fazia de Constituição. Para Schmitt, a idéia de Constituição não se equipara a um simples conjunto de leis constitucionais. A Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência.

De acordo com o pensador alemão, o princípio político que guiava a Constituição de Weimar era o princípio da democracia. A democracia de Schmitt, contudo, não se assemelha em

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional, op. cit.*, p. 287-288.

nada à democracia kelseniana, que via na maioria um instrumento útil para a realização da idéia básica da democracia: a liberdade. Para Schmitt, só há uma idéia verdadeiramente democrática: a igualdade, que é fundamento de todas as outras igualdades.

No que concerne à jurisdição constitucional, tanto Schmitt como Kelsen atingiam conclusões bem distantes de seus pontos de partida. Enquanto Kelsen, que se reconhecia como herdeiro da tradição labandiana, projetara e desenvolvera um sistema concentrado de controle de constitucionalidade que contrariava frontalmente os princípios do positivismo legal do século XIX, Schmitt, que sempre construía suas obras em contraposição a uma imagem da teoria positivista liberal, acabara por chegar justamente ao posicionamento defendido por Laband cinquenta anos antes: a revisão dos atos legislativos por um tribunal independente é uma afronta clara à soberania estatal.

Miguel Herrera bem ilustrou essa dicotomia:

Refiriéndose a los trabajos de Kelsen de esse período, Schmitt impugna la tesis normativista de la identidad entre orden jurídico y Estado, señalando que el método kelseniano desarrolla la vieja negación liberal del Estado por medio del derecho. Según el jurista alemán, Kelsen funda su teoría del Estado en una crítica del concepto de 'sustancia', que es propio de las ciencias naturales, constituyendo una metafísica monista que expulsa la excepción y lo arbitrario. De acuerdo con Schmitt, por el contrario, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión. En el caso excepcional 'la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica', es allí donde la decisión se libera de toda obligación formativa y la norma 'se reduce a nada'.<sup>4</sup>

Vencedor do embate judicial realizado no caso "Prússia contra Reich", Carl Schmitt também ganhara, aparentemente,

---

<sup>4</sup> HERRERA, Miguel. *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, trabalho publicado na Revista de Estudios Políticos, n. 86, 1994, p. 195-227.

a disputa intelectual sobre quem realmente deveria ser o guardião da constituição.

Em decisão de 25 de outubro, o Tribunal do Estado nega-se a definir os limites da atuação do Presidente e de seu Chanceler. Ambos ficaram livres, assim, para agirem contra as poucas instituições democráticas de Weimar que ainda desempenhavam algum papel relevante no cenário político alemão de 1932.

A história mostraria, contudo, que a vitória de Schmitt não era definitiva. Três meses após a decisão do caso “Prússia contra Reich”, Hitler chegava ao poder sem romper com nenhum aspecto de legalidade existente à época.

Concretizava-se, em certo sentido, a previsão de Schmitt: o sistema político de Weimar permitiria que seu maior inimigo assumisse o poder e destruísse, de dentro do sistema, todo o regime constitucional de 1919.

A história parecia dar alguma razão a Kelsen!

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter um papel central em um sistema democrático moderno:

Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático – muitas delas corretas e adequadas –, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um *quorum* qualificado para a mudança da Constituição traduz a idéia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de

impor a sua vontade – pelo menos em algumas questões – à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza – de classe, de nacionalidade ou de religião – tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

Isso se aplica, sobretudo, em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstaculizar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da minoria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social.<sup>5</sup>

Tal como anota Pedro de Veja García, a tese de Kelsen se impôs à maioria dos estados democráticos a partir da Segunda Guerra Mundial:

Bien es verdad que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las tesis de Kelsen se imponen en la praxis constitucional de la mayoría de los estados democráticos con resultados positivos y encomiables. Ahí está el ejemplo de la Corte Constitucional italiana, del Tribunal Constitucional alemán o del todavía reciente Tribunal Constitucional español. Sin embargo, no es menos cierto que las cuestiones sobre la legitimidad, funcionalidad y coherencia de la Justicia Constitucional distan mucho de haber sido definitivamente dilucidadas.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> KELSSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5, 1928, p. 80-81; Cf. também tradução italiana de GERACI, Carmelo. “La Garanzia giurisdizionale della Costituzione”, in: *La giustizia costituzionale*, Milão, 1980, p. 144 (201-203).

<sup>6</sup> Veja GARCÍA, Pablo. “Prólogo à obra de Schmitt”. In: SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 22-23.

A controvérsia sobre a jurisdição constitucional, ápice de uma disputa entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX, mostra-se relevante ainda hoje. O debate sobre o papel a ser desempenhado pelas Cortes Constitucionais, atores importantes e, às vezes, decisivos da vida institucional de inúmeros países na atualidade, obriga os estudiosos a contemplarem as considerações de Schmitt (e, inequivocamente, as reflexões de Kelsen) a propósito do tema.

Como se sabe, tais controvérsias manifestam-se sob formas diversas, referindo-se aos limites da jurisdição constitucional, à jurisdição constitucional e democracia, à jurisdição constitucional e política, à jurisdição constitucional e divisão de poderes, para ficarmos em alguns exemplos que têm ocupado a moderna teoria constitucional.

A atualidade dessa discussão vê-se, v.g., na multicitada obra de Habermas, *Faticidade e Validade (Faktizität und Geltung)*, que dedica um capítulo ao estudo sobre a legitimidade da jurisprudência constitucional, tendo por *leitmotiv* as reflexões de Schmitt em o *Defensor da Constituição*.

Parecem evidentes, assim, a importância e atualidade da obra que a Editora Del Rey coloca ao alcance dos estudiosos de Direito Público no Brasil.



## PREFÁCIO

---

O artigo “O guardião da Constituição” publicado em março de 1929 (*Archiv des öffentlichen Rechts*, Neue Folge, XVI, p. 161-237) encontra-se processado e continuado no presente tratado. Ademais, foram inseridas no contexto sistemático do tema algumas formulações de artigos e palestras dos anos de 1929 e 1930.

O tratamento científico de tal objeto não se faz possível sem uma apresentação da concreta situação constitucional. Mas nisso reside uma tarefa muito difícil e cheia de perigos, não devido às falsas interpretações político-partidárias pelas quais se espera, mas isso faz parte do risco geral da liberdade de espírito, muito mais devido à extraordinária complicação das condições constitucionais atuais da Alemanha, as quais se encontram em meio a uma grande transformação. Quem hoje quiser falar em poucas páginas e dar uma idéia geral de *Statu Imperii Germanici*, não pode perder de vista uma mistura contraditória de sistemas, fragmentos de sistemas e tendências. Na maioria dos Estados do planeta, talvez a Constituição tenha se tornado hoje um novo problema e, até mesmo, na França. J. Barthélemy pôde recentemente (durante uma palestra perante a *Union des Intérêts Economiques*) partir do princípio de que a exigência por uma reforma do Estado seria o tema mais atual do tempo presente. Assim, com uma mera “reforma do Reich” como mudança do sistema federativo presente, a questão na



Alemanha ainda não estaria resolvida. O que mais dificulta o reconhecimento de nossa situação constitucional concreta é a concomitante ligação e interseção de organização federalista com outros princípios de volição estatal. Tentei caracterizá-la como “Estado partidário pluralista” e “policracia” e também tratar o problema, daí resultante, da “neutralidade da política interna do Estado”, de modo algum por prazer com uma tese “brilhante” ou “estimulante”, e, sim, sob a força coercitiva de uma necessidade criada com o próprio tema.

*Res dura et regni novitas me talia cogunt Moliri*

Berlín, março de 1931  
Carl Schmitt

# INTRODUÇÃO

---

## Panorama dos variados tipos e possibilidades da tutela constitucional

O clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionais. Por isso, é instrutivo e digno de consideração o fato de os planos e as propostas de tal guardião surgirem na recente história constitucional primeiramente na Inglaterra, mais precisamente após a morte de Cromwell (1658), ou seja, após as primeiras tentativas modernas de constituições escritas e em uma época de desligamento da política interna do governo republicano, em virtude de um parlamento incapaz de deliberações objetivas e diretamente antes da restauração da Monarquia. Naquele tempo foi proposta uma corporação especial que, seguindo o modelo do éforo espartano, deveria defender a ordem vigente do *Commonwealth* e impedir a restauração da monarquia. Em especial, no círculo de Harrington, surgiram algumas idéias sobre um “defensor da liberdade” e “defensor da Constituição”.<sup>1</sup> A idéia de tais instituições parte daquelas

---

<sup>1</sup> SMITH, F. H. Russel. *Harrington and his Oceana*, Cambridge 1914, p. 175. As expressões no original são “Conservators of Liberty” e “Conservators of the Charter”, com o objetivo de

idéias, passando por constituições da Pensilvânia até as constituições da revolução francesa. Aqui aparece na Constituição do ano VIII (1799) um Senado como guardião (*conservateur*) da Constituição. Essa instituição também precedeu, diretamente, um movimento contrário, à época de Napoleão I.<sup>2</sup> Destarte, é duplamente interessante o fato de que o *Sénat Conservateur* tenha desempenhado apenas após a derrota militar de Napoleão o papel de um defensor da Constituição e, pelo decreto de 3 de abril de 1814, abjudicado o trono a Napoleão e sua família por violação da Constituição e dos direitos populares.<sup>3</sup>

Os embates constitucionais alemães do século XIX não podem ser comparados com grandes revoluções. Porém, as constituições da monarquia constitucional alemã também não desprezaram de modo algum a salvaguarda da Constituição. Especialmente características para tanto são as determinações da Constituição da Baviera (1818) e da Saxônia (1831). Sob o título “Da garantia da Constituição”, elas tratam: 1. do juramento do rei, dos servidores públicos e dos cidadãos sobre a Constituição;<sup>4</sup> 2. do direito dos estamentos em apresentar *queixas* por violação à Constituição; 3. do direito dos estamentos em instaurar um *processo* por violação à Constituição; 4. das

---

“guardar o que quer que se tenha decidido na Constituição e prevenir a restauração da monarquia” [no original em inglês. N.T.]

<sup>2</sup> Sobre os detalhes da trajetória que conduz de Harrington a constituições norte-americanas e de lá a Sieyès, cf. SMITH, F. Russel. Id. p. 208. Como outra prova, gostaria de chamar a atenção, no tocante às exposições de Russel Smith, para as propostas de Thibaudeau citadas por BLONDEL, André. *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Paris 1928, p. 177. Thibaudeau lembra as experiências que teriam sido feitas pelos censores da Pensilvânia.

<sup>3</sup> Decreto do Senado de 3 de abril de 1814; juntando-se a ele (“Considerando que Napoleão Bonaparte violou o pacto constitucional” [no original em francês. N.T.]) a deliberação do corpo legislativo do mesmo dia, em *Duguit-Monnier* p. 177.

<sup>4</sup> Sobre o juramento constitucional, *vide* mais detalhes no excelente tratado de FRIESENHANN, Ernst. *Der politische Eid*, Bonn 1928, p. 35/36, 112/113.

condições de uma emenda constitucional. Além disso, a Constituição da Saxônia de 1831 trata ainda, sob esse título, do poder do tribunal do Estado em decidir dúvidas sobre a interpretação da Constituição, desde que não haja acordo entre governo e estamentos.<sup>5</sup> Todavia, após as experiências vividas na época de conflito na Prússia e após os grandes sucessos da política de Bismarck, foi tacitamente desconsiderada, como era de se supor, a questão de uma garantia da Constituição e na geração seguinte, quando da indiferença geral por uma teoria constitucional, não se tinha mais uma verdadeira consciência dela. Georg Jellinek alude ao problema no capítulo final de sua *Teoria geral do Estado* (1ª edição em 1900) sob o título “As garantias do Direito público”. O que ele enumera como tais garantias (juramento político, responsabilidade parlamentar e acusação ministerial) corresponde às condições políticas e ao esquema do século XIX alemão. Otto Mayer diz, em seu *Sächsischen Staatsrecht* (1909), a respeito das determinações sobre a proteção da Constituição violada ou mal compreendida: “Todas elas estão determinadas a, porventura, não serem empregadas e, de fato, não tiveram até agora oportunidade para tanto”.

Provavelmente naquele tempo, em meio ao sentimento de segurança política e bem-estar da proteção, já se teria qualificado de “política” a mera pergunta pelo guardião da Constitui-

---

<sup>5</sup> Cf. para a Baviera: STOERK. *Handbuch der deutschen Verfassungen*, 2. Aufl. 1913, p. 105, além disso SEYDEL, M. v. *Bayerisches Staatsrecht*, 2. Aufl. 1896, I, p. 386, 517, etc. (característica é a repartição das garantias em particular sobre vários pontos do sistema, enquanto a “garantia da Constituição” como tal não tem mais um lugar sistemático e nem mesmo aparece como vocábulo no excelente e minucioso 4º volume (de registros)); para a Saxônia: STOERK. p. 343; J. H. BESCHORNER. *Die Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen*, Berlin 1877; OPITZ. *Staatsrecht des Königreichs Sachsen* (1884), II, p. 246; MAYER, Otto. *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen* (1909) p. 214/215. Outros exemplos em R. MOHL. *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung*, Tübingen 1837, p. 14/15.

ção e, com isso, a menosprezado. Entrementes, tivemos a experiência de que é um artifício especialmente político apresentar a própria concepção como apolítica e as questões e opiniões do adversário como políticas. Sabemos, ademais, que os problemas das ciências políticas e da teoria constitucional não se resolvem resolvem com a sua negação ou recusa. Destarte, desde a Constituição de Weimar, interessa-se novamente pelas garantias especiais da Constituição e pergunta-se pelo seu guardião e defensor. O tribunal do Estado para o Reich alemão qualifica-se como “guardião da Constituição do Reich”.<sup>6</sup> O presidente do tribunal do Reich Dr. Simons chamou o tribunal do Reich de “defensor e vigia” da Constituição do Reich.<sup>7</sup> Numerosas propostas exigem um tribunal do Estado ou constitucional como guardião, garante, vigia ou fiel depositário da Constituição. Também na literatura jurídica, o problema novamente se tornou consciente. Meu tratado sobre o “guardião da Constituição”, publicado em março de 1929 no Arquivo de Direito Público (*Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. XVI, p. 161 e seguintes), encontrou ampla aceitação e também levou, especialmente, ao fato de que, nos últimos anos, a posição constitucional do presidente do Reich alemão fosse frequentemente qualificada como a de um guardião da Constituição.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Decisão de 15 de outubro de 1927, Jurisprudência civil do Reich 118, anexo p. 4; LAMMERS-SIMONS. *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, Bd. I, Berlin 1929, p. 295.

<sup>7</sup> *Deutsche Juristen-Zeitung* [Jornal jurídico alemão], 1924, p. 246.

<sup>8</sup> Assim, em especial, na publicação da união sobre a renovação do Reich, “Die Rechte des deutschen Reichspräsidenten nach der Reichsverfassung”, 2. Aufl. Berlin 1930, uma obra que tem o mérito extraordinário de ter difundido uma correta concepção da posição constitucional do Presidente do Reich e, com isto, ter resolvido numerosas opiniões e propostas de reforma, estreitas e absurdas. Além disso, pode-se citar: SIMONS, W. *Einleitung zu Lammers-Simons* id. II, p. 9, 11; POHL, H. “Die Zuständigkeiten des Reichspräsidenten”, em ANSCHÜTZ-THOMAS. *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, Tübingen 1930, p. 483; GLUM, F. *Parlamentskrise und Verfassungslücke*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1930 (15 de nov.), p. 1417/1418; W. Jellinek em seu parecer fornecido para a 36ª assembléia alemã de juristas sobre limitação

As propostas de lei e projetos, até agora, partiam quase todos do princípio de que um tribunal do Estado deveria decidir, em um processo judicial, tanto litígios constitucionais quanto dúvidas e divergências de opinião acerca da constitucionalidade de leis do Reich. Entretanto, as várias propostas resultam em uma justaposição e confusão assistemáticas das supremas instâncias decisórias, tribunal do Estado ou constitucional, tribunal do Reich (segundo o artigo 13, § 2º, da Constituição do Reich), tribunal sentencial do Reich (“Tribunal do Reich para a interpretação vinculativa da lei” no sentido dos esforços de Zeiler)<sup>9</sup> e juízo administrativo do Reich devem se juntar, sob relações coordenadas pouco claras, aos numerosos supremos tribunais existentes do Reich e dos estados, de maneira que R. Grau falou com razão de uma “maioria de guardiões constitucionais em concorrência uns com os outros e talvez para contradição uns com os outros”.<sup>10</sup> No todo, a forma hoje comum de tratamento dessa difícil questão constitucional continua sendo fortemente influenciada pela tendência dos “juristas da justiça” para transferir a solução de todos os problemas simplesmente para um processo judicial e desconsiderar por completo a diferença fundamental entre uma decisão processual e a decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre o conteúdo de uma determinação constitucional. Sentia-se, sobretudo, a necessidade de uma proteção perante o legislador, ou seja, o parlamento e, conseqüentemente, limitava-se o problema da proteção constitucional arbitrariamente ao problema da proteção contra leis e decretos anticonstitucionais e se desnaturava também este problema novamente por procurar o guardião da Cons-

---

da propriedade e desapropriação, 1930, p. 319, 320, e no *Manual do direito público alemão*, artigo 72 (a lei ordinária do Reich), II, p. 177-178.

<sup>9</sup> SCHIFFER, E. *Die deutsche Justiz*, Berlin 1928, p. 257/258; contra, W. SIMONS na introdução ao volume II da coleção publicada por ele, assim como LAMMERS. “Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich”, Berlin 1930, p. 8, e GRÜNHUT, em *Judicium*, 1930, p. 143.

<sup>10</sup> *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. Bd. XI (1926), p. 287/288.

tuição no território da justiça, sem se “preocupar muito” com o próprio assunto, como Rudolf Smend disse de passagem, mas acertadamente, em uma crítica.<sup>11</sup> Apenas L. Wittmayer representa uma exceção entre os autores dos primeiros anos do pós-guerra, ao qualificar o conselho do Reich, devido a seu direito de oposição, como guardião da Constituição e, desse modo, faz valer novamente o nexos, muitas vezes caído em esquecimento, entre proteção constitucional e dificuldade da emenda constitucional.<sup>12</sup> Em contrapartida, os planos e propostas existentes querem, na maioria das vezes, transferir a um tribunal (tribunal sentencial do Reich, tribunal do Estado do Reich alemão) a decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre a constitucionalidade de prescrições legais (leis e decretos). Em especial as propostas da 33ª e da 34ª assembléia alemã de juristas (em 1924 em Heidelberg e em 1926 em Colônia) procuram solucionar o problema ao proporem ampliar a competência do tribunal do Estado para o Reich alemão, pelo artigo 19 da Constituição do Reich, de litígios constitucionais dentro de um estado para aqueles também dentro do Reich.<sup>13</sup> Provavelmen-

---

<sup>11</sup> *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig 1928, p. 143.

<sup>12</sup> *Die Weimarer Verfassung*, Tübingen 1922, p. 329.

<sup>13</sup> Provavelmente, Alfred Friedmann (Friters) foi o primeiro após a revolução a reivindicar que seja conferida a possibilidade ao tribunal superior de “invalidar uma lei que contradiga a Constituição, que queira eliminar direitos, os quais a Constituição fundamentou” (*Revolutionsgewalt und Notstandsrecht*, Berlin 1919, p. 182). Das deliberações da Assembléia Nacional de Weimar interessa-nos o requerimento *Indulto* (n. 273, protocolo p. 483), segundo o qual o Tribunal do Estado para o Reich alemão decide vinculativamente a pedido de 100 membros do parlamento sobre a constitucionalidade das leis, mas o requerimento (igualmente um requerimento subsidiário) foi recusado. A 33ª assembléia alemã de juristas (em 1924 em Heidelberg; relatores H. Triepel e conde zu Dohna) exigiu que deva ser prevista a possibilidade de, antes da promulgação de uma lei, produzir uma decisão do tribunal do Estado sobre a compatibilidade da lei com a Constituição e, ademais, exigiu uma ampliação da competência do tribunal do Estado para o Reich alemão (que, pelo artigo 19, só é

competente para litígios constitucionais dentro de um Estado) também para incluir litígios constitucionais dentro do Reich. A 34ª assembléia alemã de juristas (em 1926 em Colônia; relatores Anschütz e Mende) recomendou, igualmente, uma mudança no artigo 19 da Constituição do Reich; o tribunal do Estado para o Reich alemão deveria também decidir sobre litígios constitucionais dentro do Reich; ademais, o tribunal do Estado deveria ser exclusivamente competente para examinar a validade de leis do Reich devidamente promulgadas; como objetivo legislativo, dever-se-ia aspirar reunir “a interpretação do direito constitucional do Reich na instância suprema junto ao tribunal do Estado para o Reich alemão”. O ministério das relações interiores do Reich publicou em 1925 (Editora Heymann) o projeto de uma “lei para a conservação da unidade do Reich”, segundo o qual, em um processo de decisão judicial sobre questões de direito público, especialmente, também, de direito constitucional, a decisão deva ser tomada por um tribunal sentencial do Reich. Um projeto de lei publicado no *Jornal Jurídico Alemão* de 1926, col. 842, pelo então ministro das relações interiores do Reich, Dr. Külz, prevê que, se existirem dúvidas ou divergências de opinião sobre se um preceito legal do direito do Reich contradiz a Constituição, o parlamento, o conselho ou o governo do Reich pode apelar para a decisão do tribunal do Estado para o Reich alemão, mas, segundo esse projeto, aparentemente não deve ser excluído o direito de exame judicial geral; cf. o artigo de Külz, *DJZ.* 1926, Sp. 837; POETZSCH, *DJZ.* 1926, Sp. 1269; BÖTTICHER, *Leipz. Z.* 1926, p. 822; GRAU, Richard. *Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Rechtsverordnungen*, AöR., N. F. XI, p. 287 e seguintes (1926); MARX, Fritz Morstein. *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes*, p. 129-130 (Berlin 1927); SCHELCHER, Fischers. *Zeitschr. f. Verwaltungsrecht*, Bd. 60 p. 305; BREDT, *Zeitschr. f. d. ges. Staatsw.* Bd. 82, 1927, p. 443; NAWIASKY, AöR., N. F. XII (1927) p. 130/131; HOFACKER, *Gerichtssaal*, Bd. 94, p. 213 (1927). O projeto enviado em 25 de março de 1927 à comissão de direito do parlamento e que corresponde à publicação do ministro Külz (Impressos do parlamento n. 2855, III, 1924/1926), deixa o tribunal do Estado (a pedido de uma minoria qualificada do parlamento ou do conselho do Reich, mas também dos tribunais que têm que lhe apresentar os autos quando consideram um preceito legal incompatível com o preceito do Reich) decidir com força de lei sobre a constitucionalidade; a respeito, K. Frhr. von IMHOFF, *Bayr. Verwaltungsblätter*, Bd. 75 (1927), p. 241-242. Sobre o caráter de emenda constitucional de uma lei desse tipo: HOFACKER id.; R.



te ainda sob a impressão de resíduos do período anterior à guerra e sob a influência da naquela época muito citada “solução austríaca”<sup>14</sup>, pouco se discutiu, na fadiga da primeira década após o colapso, o significado objetivo de tais ampliações da justiça e se contentou com normativismos e formalismos abstratos.

Porém, a grande ampliação que a competência do tribunal do Estado para o Reich alemão parecia tomar a partir de 1925, em especial na prática do artigo 19 da Constituição do Reich, conduziu logo a dúvidas políticas e constitucionais, por meio das quais foi impedida a, até então, expansão naturalmente exigida em direção à esfera judicial. A prática do artigo 19 da Constituição determinou exclusivamente pelos precedentes tanto o conceito do litígio constitucional, que não se resolve com uma “definição” ilimitada da palavra (litígio constitucional é todo litígio sobre uma determinação da Constituição), quanto o conceito dos “litígios constitucionais dentro de um estado”, assim como, também, a questão decisiva da capacidade de agir em juízo diante do tribunal do Estado. Era de sobressair o fato de que partidos políticos, facções parlamentares e grupos isolados de deputados, sociedades religiosas, comunidades e, até mesmo, cooperativas nobiliárquicas podiam citar um estado ou um

---

GRAU. Id.; IMHOFF. Id.; BREDT. Id. p. 453-454, que consideram, todos, como necessária uma lei de emenda à Constituição; contra tal fato (na minha opinião, sem razão) LOWENTHAL. DJZ. 1927, p. 1234, *Reichsverwaltungsblatt* 1930 p. 748. Além disso, deve-se ainda notar sobre a literatura a respeito do tribunal do Estado, que os autores de teses e dissertações sobre ele (aparentemente um tema preferido para “teses de doutorado”) atacam a difícil questão na maioria das vezes com a ajuda de algumas fórmulas e padrões adquiridos há pouco, isso é perdoável e não causa censura aos jovens autores.

<sup>14</sup> Artigos 89 e 139 da Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. Sobre isto, p. ex., W. JELLINEK. *Jur. Woch.* 1925, p. 454, com o seguinte pronunciamento, característico para os ânimos da época: “Se considerarmos a chamativa utilidade do regulamento austríaco (...), este vai supostamente também se estender um dia à Alemanha”. Esta suposição não se realizou, a partir de 1925, aliás, devem ter se sobressaído aos olhos ainda outras propriedades da solução austríaca que não a sua utilidade.

governo estadual diante do tribunal do Estado em questões freqüentemente de alta política,<sup>15</sup> e pareciam incalculáveis quais grandezas e grupos sociais (representações profissionais, associações de interesses, entidades de direito público) seriam um dia admitidas como partes no processo.<sup>16</sup> Todavia, surgiu, aqui há aproximadamente um ano, uma certa contenção, que dizia respeito a uma questão de direito eleitoral suscitada na Prússia de 17 de fevereiro de 1930,<sup>17</sup> que será discutida mais em detalhes abaixo, representa um importante indício.

Em todo caso, torna-se necessário apreciar o problema no contexto concreto de nossa situação de direito público e constitucional. Como prova dessa necessidade basta lembrar, perante as abstrações precipitadas daquelas primeiras tentativas de solução, os diversos “guardiões da Constituição” que surgi-

---

<sup>15</sup> Até 1929, *facções parlamentares*: decisão do tribunal transitório do Estado de 12 de julho de 1921, *Jurisprudência civil do Reich* 102, p. 415 e de 21 de novembro de 1925, *Jurisprudência civil do Reich* 112, anexo p. 1; *partidos políticos* (com cuidadosa restrição a litígios de direito eleitoral): *Jurisprudência civil do Reich* 118, anexo p. 22, *Jurisprudência civil do Reich* 120, anexo p. 19 (Gau Mecklenburg-Lübeck do partido operário nacional-socialista contra o Estado de Mecklenburg-Schwerin); em contrapartida, não: partido social-democrata independente na Saxônia contra o Estado da Saxônia, *Jurisprudência civil do Reich* 121, anexo p. 8; *igrejas do Estado*: *Jurisprudência civil do Reich* 118, anexo p. 1; *municípios*: decisão de 12 de janeiro de 1922, DJZ. 1922, coluna 427, e, além disso, a decisão em matérias do magistrado da cidade de Potsdam contra o Estado da Prússia de 9 de julho de 1928, *Jurisprudência civil do Reich* 121, anexo p. 13, o grupo local Nassau da nobreza direta do Reich (5 famílias!) de então contra o ministério estatal da Prússia, decisão de 10 de maio de 1924, *Jurisprudência civil do Reich* 111, anexo p. 1.

<sup>16</sup> Cf. a crítica especialmente enfática da ampla extensão da competência do tribunal do Estado por W. HOFACKER. *Verfassungstreitigkeiten innerhalb eines Landes*, *Reichsverwaltungsblatt* 1930, p. 33/34.

<sup>17</sup> *Jurisprudência civil do Reich* 128, anexo p. 1; e (com protocolo de audiência) Decisões selecionadas do tribunal do Estado para o Reich alemão, publicadas pelo presidente do tribunal do Reich Dr. Bumke, caderno 2, Berlin 1930; sobre esta sentença, *vide* ainda adiante.

ram em grande número na longa história do problema constitucional. O exemplo clássico dos éforos espartanos é ainda freqüentemente citado no século XIX, na maioria das vezes com o inevitável *quis custodiet ipsos custodes* e com a advertência como aditamento de que o guardião se torna facilmente senhor da Constituição e que ocorre o perigo de um duplo chefe de Estado, mas às vezes também com a queixa sobre as conseqüências ruins de uma instância inamovível, irresponsável e que decide à sua discrição.<sup>18</sup> Outras propostas e

<sup>18</sup> Sobre o eforado no Estado lacedemônio: BUSOLT-SWOBODA. "Griechische Staatskunde" (*Handbuch der Altertumswissenschaft*, IV, 1, München 1926) p. 670, 683-684; aí encontram-se as fontes e os outros escritos. Os éforos tinham a tarefa de conservar a ordem social e estatal existente, assim como cultura e costumes cívicos, para que o *nomos* fosse o único senhor no Estado. Eles ajuramentavam o rei e prestavam um contrajuramento. Tinham também que, sobretudo, proteger a ordem existente contra uma rebelião dos helotas subjugados e podiam matar, sem mais, helotas suspeitos. Isso era válido como guerra contra o inimigo interno, por isso, todo ano, os éforos declaravam formal e festivamente guerra aos helotas. Busolt-Swoboda (p. 670) tem isso como uma "astúcia ingênua". Ele tem razão, pois há na luta contra o "inimigo interno" métodos que demonstram mais astúcia do que ingenuidade. Em todo caso, os éforos foram historicamente uma autoridade, cujo caráter político se comprova justamente neste contexto com um termo inimigo e de política interna. Também de interesse é a queixa de Aristóteles (*Política*, II, 7, B 10 1272 C) sobre a instituição dos éforos e dos cosmos. Mas o pior é a suspensão do cosmos pelos poderosos que freqüentemente a provocam quando não querem se submeter às decisões judiciais [no original em grego e em alemão na tradução de Stahr]. Sobre os éforos em Althusius: G. LEIBHOLZ. *Der Begriff der Repräsentation*, Berlin 1929, p. 84 nota; sobre a proposta de Fichte a respeito de um eforado que levaria a um duplo chefe de Estado: K. WOLZENDORFF. *Staatsrecht und Naturrecht*, 1916, p. 408; MOHL. *Encyclopädie* 2. Aufl. 1872, p. 647; DAHLMANN. *Politik* 3. Aufl. 1847, p. 197 e seguintes; BLUNTSCHLI. *Allgemeines Staatsrecht* Bd. 2, 4. Aufl., München 1868, Cap. 10, p. 552. O trecho mais importante desta literatura sobre teoria do Estado e teoria constitucional que atravessa séculos encontra-se na crítica de Hegel dos planos do eforado de FICHTE. *Wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts*, Sämtliche

instituições como as de tribunos,<sup>19</sup> censores<sup>20</sup> e síndicos<sup>21</sup> pertencem igualmente a este tipo de guardiões da Constituição. O segundo tipo baseia-se no modelo do *senado* romano que, por meio de sua tarefa inibitiva e conservadora, foi um verdadeiro

---

Werke I, p. 479: “Por causa disso (porque, se com isso quisermos obrigar o poder supremo ao acordo com a vontade geral, a *volonté générale*, ao se lhe opor um outro poder igual, na verdade não está resolvido o problema em se obrigar o poder supremo) refugia-se numa diferenciação totalmente formal. Todavia, o poder *real* é colocado como único e abrangente, mas o que se lhe opõe é o poder *possível*, e essa possibilidade deve ser capaz de obrigar aquela realidade. A esta segunda existência *sem poder* da vontade geral deve ser atribuído o julgamento se o poder abandonou a primeira (ou seja, a vontade geral, a *volonté générale*), se o poder não está mais conforme ao conceito de liberdade geral”. Ele “deve *vigiar*, em geral, o poder supremo e, da mesma forma que nele surge uma vontade particular no lugar da geral, deve lhe *privar* do mesmo e o modo pelo qual isso deve acontecer, deve ser uma *declaração pública da nulidade total*, com efeito absoluto, de todas as ações do supremo poder público a partir deste momento”. Então, continuando, este segundo representante da vontade geral teria que ter um “poder real” para poder obrigar o poder supremo. Mas como o “poder real” está com o outro representante da vontade geral, este pode impedir qualquer decisão concreta em aniquilar, “independente de quais funções foi encarregado o eforado, a vigilância, a declaração pública do interdito e quais formalidades são tramadas; e com o mesmo direito (...), pois estes éforos não são, ao mesmo tempo, menos vontade particular do que aqueles e tanto o governo pode julgar se a vontade particular destes se isolou da vontade geral, quanto o eforado sobre o governo”.

<sup>19</sup> Artigos 21 e 28 da Constituição francesa do ano VIII (1799) e numerosos *senatus-consultes* até a eliminação do tribunalado pelo *senatus-consultes* de 19 de agosto de 1807.

<sup>20</sup> Sobre os censores da Pensilvânia, *vide* acima nota 2; outros exemplos em R. MOHL. *Verantwortlichkeit der Minister*, p. 223-224, sobre “censores expressamente chamados”, os quais observam todas as ações do governo no tocante a sua constitucionalidade. Sobre os *defensores* da Boêmia será publicada uma pesquisa pelo Dr. Rudolf Stanka.

<sup>21</sup> SPINOZA. *Tractatus politicus VIII* 920921; X, §§ 2º e 3º; editio Bruder p. 108, 130: *quorum* (destes síndicos) *officium solummodo sit observare, ut imperii jura, quae concilia et imperii ministros*

defensor das condições constitucionais romanas e cuja *autoridade* – a palavra é, aqui, usada em seu expressivo sentido para se diferenciar de *potestas*<sup>22</sup> – tinha que homologar as deliberações populares para que fossem impedidas violações da ordem constitucional e das obrigações internacionais.<sup>23</sup> Este modelo também continuou a produzir efeitos por muito tempo no pensamento constitucional dos europeus. Nele baseia-se o hábito em se tornar uma *segunda câmara* guardiã da Constituição. Segundo o artigo 21 da Constituição francesa do ano VIII, *e.g.*, um *Sénat Conservateur* homologa ou anula todos os atos do tribunalado ou do governo apresentados como anticonstitucionais, semelhantemente, segundo o artigo 29 da Constituição de 14 de janeiro de 1852, todos os atos a ele levados como anticonstitucionais pelo governo ou pela petição dos cidadãos. Pelo direito constitucional vigente da república francesa, o senado (a segunda câmara) constitui-se como *Haute Cour de Justice* no caso de queixas ministeriais e em outros casos de justiça política (artigo 9 da lei constitucional de 24 de fevereiro de 1875). Na literatura a respeito de teoria do Estado e teoria

---

*concernunt, inviolata servantur, qui propterea potestatem habent, delinquentem quemcumque imperii ministrum, qui scilicet contra jura, quae ipsius ministerium concernunt, peccavit, coram suo iudicio vocandi et secundum constituta iura damnandi*, eles devem ter um cargo vitalício, ter no mínimo 60 anos, “ne longa admodum dominatione nimirum superbiant”, ter exército à disposição, poder exercer um direito de convocação frente à soberana reunião do conselho, etc. Como a verdadeira função e verdadeira prestação dos síndicos indica-se, caracteristicamente, que sua autoridade deveria conservar o regime estatal (*ut imperii forma servetur*).

<sup>22</sup> Sobre a diferença entre *autoritas* e *potestas*: SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, 1928, p. 75 nota. Um emprego muito interessante dessa diferenciação para a atual situação de política interna da Alemanha na revista *Die Tat*, outubro de 1930, p. 509-510 (artigo anônimo “Die kalte Revolution”); além disso, ZIEGLER, Leopold. *Fünfundzwanzig Sätze vom deutschen Staat*, Darmstadt 1931, p. 43.

<sup>23</sup> MOMMSEN. *Römisches Staatsrecht* III, p. 1041; outra bibliografia sobre a *auctoritas* do senado romano: *Verfassungslehre* p. 75 nota; cf. também mais adiante neste livro.

constitucional, sempre permaneceu vivo o modelo de um “senado” defensor da Constituição. Assim, *Junius Brutus* exige, na mais famosa publicação monarquista, um senado encarregado de vigiar e examinar a interpretação e a execução das leis empreendidas, ambas pelo rei.<sup>24</sup> Harrington já foi mencionado, a partir dele uma linha contínua conduz a Sieyès e ao século XIX.<sup>25</sup>

Mesmo a *representação do povo*, ou seja, a câmara eleita surge em uma determinada situação constitucional como guardião da Constituição, pelo menos dos “direitos do povo” perante o governo,<sup>26</sup> em especial novamente uma comissão de

<sup>24</sup> BRUTUS, Junius. *Vindiciae contra tyrannos*, Ausgabe Edinburg 1579, p. 128.

<sup>25</sup> Sobre a linha histórica: SMITH, H. F. Russel. Id. p. 15, 205/206; sobre as idéias e propostas de Sieyès: BLONDEL. A. Id. p. 173; sobre seus efeitos na Suíça: HIS, Eduard. *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 1, Die Geschichte der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798-1813, Basel 1925, p. 196-197.

<sup>26</sup> Principalmente quando o parlamento estadual recebe agravos constitucionais. Segundo o título VII, § 21, da Carta Constitucional da Baviera de 26 de maio de 1818 (na redação da lei de 19 de janeiro de 1872), *e.g.*, qualquer cidadão ou qualquer comunidade podia apresentar ao parlamento estadual agravos sobre violação dos direitos constitucionais. Em *R. Mohl*, no caso extremo, a representação do povo pode conclamar o povo à resistência armada no caso de violação constitucional por parte do governo (*Verantwortlichkeit der Minister*, p. 575), além disso, (evidentemente com a ressalva do direito de exame judicial): *Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze*, Monographien aus Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I, Tübingen 1860, p. 85-86; sobre a crítica desta concepção dos “conselhos estamentários como guardas da Constituição”, R. GNEIST. Parecer a respeito da 4ª assembléia de juristas sobre a questão: “Deve o juiz ter que decidir sobre a questão da constitucionalidade de uma lei?”, Berlin 1863, p. 28. Gneist vê a verdadeira garantia na cooperação entre monarcas hereditários, uma primeira câmara permanente e uma segunda eleita, todavia, em sua fala no parlamento estadual em 9 de fevereiro de 1866, denominou os deputados do parlamento estadual de “guardas da Constituição”, mas este foi um caso específico, cf. nota 47 mais adiante. Sobre a concepção de Bluntschli, *vide* mais à frente.

supervisão formada por representantes do povo “para a defesa dos direitos de representantes do povo perante o governo”.<sup>27</sup> Aqui se pode ver, de forma mais clara, que tais instituições só podem ser consideradas no contexto concreto geral da estrutura constitucional. Se a Constituição se baseia, como correspondente a uma concepção difundida no século XIX, em um contrato entre príncipe e povo, governo e representação do povo,<sup>28</sup> toda parte contratual surge como guardião da parte constitucional que diz respeito a seus próprios direitos e poderes e tenderá a qualificar as determinações constitucionais vantajosas a suas reivindicações políticas como “a” Constituição. Mas mesmo o *governo*, que representa a unidade, pode ser concebido, de acordo com seu conceito, como “guardião dos serviços públicos e defensor das instituições estatais”.<sup>29</sup> Otto Mayer diz em seu *Sächsisches Staatsrecht* (1909, p. 214): “o guardião supremo da Constituição é o rei.” Pode-se igualmente mencionar nesse contexto a teoria – a ser tratada posteriormente mais em detalhes – do poder neutro e mediano do rei ou de um presidente de Estado.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> O artigo 35, § 2º, da Constituição do Reich incluiu no texto da regulamentação constitucional a expressão “para a defesa dos direitos da representação do povo perante o governo do Reich”, a pedido de Haußmann, em 4 de julho de 1919. Corresponhia especialmente a uma tradição do Estado de Württemberg (cf. a antiga Constituição de Württemberg de 1819, artigo 187 e ss.) colocar esta comissão interina sob o ponto de vista da “manutenção da Constituição”.

<sup>28</sup> *Vide* mais adiante sobre outros efeitos práticos deste termo constitucional. O protesto de 10 de fevereiro de 1866 da câmara de deputados da Prússia contém um exemplo de sua história constitucional (ata n. 41, relatos estenográficos, p. 137, 141-142): “A câmara, para a salvaguarda de seus direitos e dos direitos de todo o povo, por ela representado pelo artigo 83 da Constituição, protesta” contra o pedido da promotoria pública para a persecução judicial dos deputados *Twesten* e *Frentzel* devido a suas falas na câmara dos deputados. Mas deve-se considerar que se trata, aqui, da defesa contra uma intervenção na própria esfera, ou seja, de um caso de *autoproteção*; cf. também mais adiante.

<sup>29</sup> Assim, p.ex., TRENDELENBURG, Adolf. *Naturrecht*, 1860, p. 375.

<sup>30</sup> O artigo 71 da Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826

Se nas constituições alemãs do século XIX está previsto um tribunal especial do Estado para a “proteção judicial da Constituição” ao lado de outras garantias,<sup>31</sup> manifesta-se nelas a simples verdade de que a proteção judicial da Constituição só constitui uma parte das instituições para a proteção e garantia da Constituição e que seria uma superficialidade sumária esquecer, por causa dessa proteção judicial, os limites muito estreitos de toda judicância e os muitos outros tipos e métodos de uma garantia constitucional.

---

(DARESTE, p. 497) e o artigo 98 da Constituição brasileira de 25 de março de 1824 denominam o rei e o imperador, respectivamente, de “chave de toda a organização política” e lhe atribuem a tarefa de velar continuamente sobre a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos outros poderes políticos, cf. nota mais à frente.

<sup>31</sup> A formulação “proteção judicial da Constituição” encontra-se, p.ex., no art. 195 da Constituição de Württemberg de 1819, ela é especialmente pertinente, pois ele distingue as instituições judiciais e outras instituições para a proteção da Constituição e, com isso, previne uma falsa e perigosa absolutização da proteção judicial.





**Primeira parte**  
**A JUSTIÇA COMO GUARDIÃ DA**  
**CONSTITUIÇÃO**

---





# O chamado direito de exame judicial material geral (acessório) não se constitui na Alemanha em um guardião da Constituição

Os tribunais com jurisdição civil, penal ou administrativa não são, em um sentido preciso, guardiões da Constituição. Todavia, é normal o erro em qualificá-los como tais ao exercerem um chamado direito de exame judicial material, isto é, ao examinarem as leis ordinárias em sua coerência material com os comandos constitucionais e, em caso de conflito, negarem à lei ordinária sua aplicação. Por conseguinte, o tribunal do Reich, desde que se declarou autorizado, na decisão de 4 de novembro de 1925, (*Jurisprudência civil do Reich* 111, p. 320) a examinar leis ordinárias do Reich quanto à sua concordância com a Constituição do Reich, também foi ocasionalmente chamado de guardião da Constituição.<sup>1</sup>

A tendência em apresentar tribunais sentenciadores como a suprema garantia de uma Constituição pode ser provavelmente explicada, principalmente, a partir de idéias amplamente difundidas sobre o supremo tribunal dos Estados Unidos da América. Esse tribunal, que é com razão mundialmente famoso, tornou-se entre alguns juristas alemães, como parece, um tipo de mito. Nas deliberações da comissão constitucional da assembléia nacional de Weimar, surgiram notáveis obscuridades

<sup>1</sup> Sobre "o tribunal do Reich como guardião da Constituição", vide o artigo no presente das faculdades jurídicas por ocasião do 50º aniversário do tribunal do Reich, Berlin 1929, p. 154-178.

e estão documentalmente registradas nos protocolos da comissão constitucional. Trata-se, de um “tribunal do Estado para a proteção da Constituição” da forma como, supostamente, teria sido “introduzido por todos os grandes Estados democráticos, por exemplo, pelos Estados Unidos, onde sua existência se autoafirmou”.<sup>2</sup> De acordo com isso, deve-se lembrar, em algumas palavras, que o supremo tribunal dos Estados Unidos, por causa de sua interpretação autoritária de conceitos como propriedade, valor e liberdade, tem, como se disse, uma “posição única em toda a história mundial”,<sup>3</sup> justamente em território econômico, que, por conseguinte, não pode ser simplesmente transferida às condições de um Estado continental europeu, condições estas de um tipo, política e socialmente, bem diferente. A posição do supremo tribunal dos Estados Unidos desenvolveu-se nos moldes de um *Estado judicial* do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do continente europeu, não fazendo diferença se o Estado europeu é uma república, como a França, ou um Estado-funcionário monárquico como a Prússia do século XIX. O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de Estado e sua justiça bem diferente do que se costuma chamar, hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou jurisdição constitucional. Ele se limita, com uma clara consciência básica de seu caráter como instância sentenciadora, à decisão de determinadas matérias litigiosas (*real, actual 'case' or 'controversy' of 'Judiciary Nature'*).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Protocolos, p. 485; contra, *vide* anteriormente H. PREuß id. p. 483-484.

<sup>3</sup> “Esta corte ocupa a posição única da primeira faculdade de grande autoridade em economia política na história mundial” [no original em inglês. N.T.]; COMMONS, John R. *Legal Foundations of Capitalism*, New York 1924, p. 7.

<sup>4</sup> “Caso” ou “controvérsia” real de “natureza judiciária” [no original em inglês. N.T.].

<sup>5</sup> WARREN, Charles. *The Supreme Court in United States History*, Boston 1924, Bd. I p. 52, 108-109; HUGHES, Charles Evans. *The Supreme Court of the United States*, New York 1928, p. 31 (*Muskrat v. United States*, 1911, 219 U. S. 346); sobre a rigorosa restrição à verdadeira justiça (*cases of Judiciary Nature*) p. 22.

Considerando sua *strictly judicial function*,<sup>6</sup> ele recusa todo parecer político ou legislativo e não deseja ser nem mesmo um tribunal administrativo.<sup>7</sup> Basicamente, ele recusa-se a redigir um parecer ao congresso ou ao presidente.<sup>8</sup> No que tange a seu significado e efeito práticos, não se pode, a partir da consideração da atual situação anormal da Alemanha, avaliar sua atividade pelas épocas de prosperidade econômica e de segurança de política interna, e, sim, se ter em vista épocas críticas e turbulentas. Aqui, mostram os famosos precedentes do período da guerra civil – decisões que dizem respeito a questões politicamente discutíveis como escravidão ou a desvalorização da moeda – que a autoridade do tribunal se encontrava em grande risco nesses casos e não podia de modo algum impor sua concepção sobre a matéria.<sup>9</sup> Mas a maior e, na verdade, fundamental característica da suprema corte norte-americana residia provavelmente no fato de que ela, com a ajuda de pontos de vista básicos e princípios gerais, os quais só podem ser abusivamente qualificados de “normas”, examina a retidão e a racionalidade de leis e, por conseguinte, dado o caso, trata uma lei como não-aplicável.<sup>10</sup> Ela é capaz para tanto, pois ela se

<sup>6</sup> “Função estritamente judicial” [no original em inglês. N.T.].

<sup>7</sup> Provas em HUGHES. Id. p. 32.

<sup>8</sup> Primeiro caso, até então, de um parecer (advisory opinion) sob o presidente Monroe; a respeito, WARREN id., II, p. 56; também a observação de HUGHES. Id. p. 31: “nada assim poderia acontecer hoje” [no original em inglês. N.T.]. O solicitador-general James M. Beck fez, até agora em vão, a proposta de dar o direito ao congresso, conjuntamente com os presidentes, de pedir à suprema corte um parecer quando um anteprojeto de lei for duvidoso no tocante a sua constitucionalidade; cf. OGG-RAY. *Introduction to American Government*, 2. Aufl., 1926, p. 422, nota 3.

<sup>9</sup> WARREN, III, p. 22/23 (*Dred Scott Case*), p. 244 (*Legal Tender Case*); e mais, a *Income Tax Case*, 1895.

<sup>10</sup> Aqui é o caso de conceitos como *reasonableness* e *expediency*. Sobre as relações e identificações de “constitution”, “fundamental rights”, “natural equity”, “will of the people”, etc., as interessantes observações em DICKINSON, John. *Administrative justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1927, p. 97 e 101.

apresenta, na realidade, como guardiã de uma ordem social e econômica, a princípio não-discutível, perante o Estado. Como R. Gneist disse de forma muito acertada, ela tem um *poder transcendental*<sup>11</sup> perante o Estado. Só neste contexto é que se pode considerar a crítica freqüentemente feita referente ao fato de que ela, por muitos anos, impediu e deteve leis de proteção aos trabalhadores e determinações sociopolíticas, até mesmo aquelas sobre o trabalho de mulheres e crianças, que nos eram naturais na Alemanha, ao tratá-las como anticonstitucionais. Não se trata aqui, naturalmente, nem de uma apologia nem de uma refutação do tribunal norte-americano, mas apenas de impedir, por meio de uma pequena retificação, transferências irrefletidas e mitificações. Deve-se dizer basicamente que o direito de exame judicial, por si só, apenas torna os tribunais sentenciadores guardiões da Constituição em um *Estado judicial* que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários e só quando, por *Constituição*, forem entendidos, sobretudo, os *direitos fundamentais* do Estado de Direito civil, *liberdade pessoal* e *propriedade privada*, os quais devem ser protegidos contra o Estado pelos tribunais ordinários, *i.e.* contra legislação, governo e administração. Dessa forma, a prática do tribunal americano defendeu e procurou proteger contra o legislador, com base nas emendas (*Amendment*) de número 5 e 14 e desenvolvendo a muito discutida fórmula *due process of law*,<sup>12</sup> os princípios da ordem civil social e econômica como a ordem superior e a verdadeira Constituição.

<sup>11</sup> Parecer id. p. 23, cf. a citação detalhada mais adiante ao final desse livro.

<sup>12</sup> Devido processo legal [no original em inglês. N.T.]. Quinta Emenda de 1791 (dirigida à união): "ninguém deve ser "privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal; nem a propriedade privada deve ser tomada para uso público sem uma justa compensação" [no original em inglês. N.T.]. Décima-quarta emenda de 1868 (dirigida aos Estados): "Nem qualquer estado deve privar qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem um devido processo legal; nem negar dentro de sua jurisdição a igualdade da proteção legal" [no original em inglês. N.T.]. Exagerada, mas característica é a crítica constante

O direito de exame judicial, ao contrário, ao qual recorre o tribunal do Reich alemão na famosa decisão de 4 de novembro de 1925,<sup>13</sup> assim como, de forma semelhante, os demais tribunais supremos (tribunal financeiro do Reich, tribunal de previdência social do Reich, tribunal administrativo superior da Prússia, etc.), tem uma importância muito modesta em comparação com o direito de exame de um tribunal norte-americano e, em uma observação mais detalhada de suas proporções, se movimenta dentro de limites muito estreitos. A fundamentação da decisão de 4 de novembro de 1925 baseia-se na seguinte frase: que o juiz esteja subordinado à lei (artigo 102 da Constituição do Reich) “não exclui o fato de que ele possa privar de validade uma lei ou suas determinações particulares, contanto que estejam em contradição com outros preceitos que as precedam e a serem observados pelo juiz”.<sup>14</sup> Com isso se afirma

---

na frase freqüentemente proferida: “o devido processo é curto do modo que a Suprema Corte norte-americana diz que ele o é” [no original em inglês. N.T.].

<sup>13</sup> *Jurisprudência civil do Reich*, 111, p. 322; a isso, a discussão detalhada no presente por ocasião do 50º aniversário do tribunal do Reich, vol. I, p. 171 *et seq.*

<sup>14</sup> Em termos comparativos podem ser aqui citadas as frases correspondentes da famosa decisão fundamental do supremo tribunal dos Estados Unidos *Marbury v. Madison* (1 Cranch, 137) – *Chief Justice Marshall* – do ano de 1803: “Os poderes do poder legislativo são definidos e limitados (...). É uma proposição por demais simples para ser contestada que ou a Constituição controla todo ato legislativo repugnante a ela, ou que o poder legislativo pode alterar a Constituição por um ato ordinário. Entre estas duas alternativas não há um meio-termo. A Constituição ou é uma lei superior e primordial, inalterável por meios ordinários, ou ela está em um mesmo nível com atos legislativos ordinários e, como outros atos, é modificável quando o poder legislativo quiser fazê-lo. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei, se a última parte for verdadeira, constituições escritas são tentativas absurdas da parte das pessoas em limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável” [citação no original em inglês. N.T.]. O tribunal do Reich evita essas ponderações de direito constitucional, apesar da brevidade de sua argumentação, ele o



que há determinações da norma constitucional, a cuja regulamentação dos fatos típicos pode-se subsumir o caso à espera de decisão e que, no caso de conflito, essa regulamentação da norma constitucional precede a regulamentação legal ordinária do mesmo fato típico. Apenas enquanto a determinação da norma constitucional possibilitar, pelo seu conteúdo, uma subsunção correspondente ao tipo, calculável e mensurável, do caso a ser decidido é que ela interessa para o caso de conflito, pois um conflito desse tipo pressupõe, como todo conflito autêntico, uma *identidade* das determinações colidentes. Para princípios e máximas gerais, autorizações e simples determinações de competência, o caso é bem diferente do que para subsunções correspondentes ao tipo. Apenas a subsunção ao fato típico do regulamento da norma constitucional possibilita o juiz (não privar a lei ordinária de validade, mas, sim, como se expressa o tribunal do Reich) negar aplicação à lei ordinária ou, mais precisamente, subsumir, em vez de a seus fatos típicos, a aqueles da lei que tem primazia e, assim, decidir o caso presente. Na verdade, isso não é uma abjudicação da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto ocorrida devido à aplicação da norma constitucional. Por isso consta acertadamente em uma frase posterior da decisão (p. 322/323) que o juiz estaria obrigado a deixar a lei “fora de aplicação”. De uma observação mais detalhada dessa frase já resulta que a vinculação do juiz à lei não se encontra em contradição com esse tipo de direito de exame judicial, mas é, antes, sua base e sua única justificação. Mas isso significa, ao mesmo tempo, que só normas que possibilitem uma subsunção conforme aos fatos determinam, no caso de conflito, a subsunção no lugar da lei ordinária, e não princípios gerais, autorizações, etc.

Os motivos da decisão daquela sentença de 4 de novembro de 1925 acentuam ainda que se recorre a um direito de

---

faz mais cuidadosamente e de natureza menos principiológica, contentando-se com a frase: “pois os preceitos da Constituição do Reich só podem ser anulados por meio de uma lei de emenda constitucional que se realiza de maneira regular”.

exame apenas perante leis ordinárias do Reich, e não para a emenda à Constituição do Reich, ou seja decorrentes do procedimento estabelecido pelo artigo 76 da Constituição do Reich. Tão logo se apresente uma lei do Reich realizada segundo o artigo 76, cessa, segundo essa fundamentação, qualquer outra possibilidade de exame. A questão constitucionalmente muito significativa dos limites da autorização para reforma ou revisão, a possibilidade de um evidente abuso da determinação do artigo 76 e a necessidade de uma diferenciação dentro da autorização para reforma, já pormenorizadamente discutida na teoria jurídica da Constituição vigente e que é impossível de ser realizada com o sumário absolutismo que, no artigo 76, quer encontrar o onipotente soberano assim como o titular do poder legislativo constitucional,<sup>15</sup> são todas questões que não mais interessam para um direito de exame judicial existente dentro de tais estreitos limites. Com isso suprime-se, outrossim, a pergunta sobre se existem, por exemplo, rupturas inadmissíveis da Constituição que não se tornam legítimas mediante do procedimento do artigo 76 e se esse artigo possibilita “atos de soberania apócrifos” do direito consuetudinário. O tribunal do Reich parece também não recorrer a um direito de exame judicial se for publicada uma prescrição ou medida na forma de uma lei ordinária que, no caso, não seja lei no sentido do conceito de lei do Estado de Direito e, destarte, por falta de expressa permissão da norma constitucional, não possa ser efetuada por meio de um processo legislativo e abuse da autorização legislativa do legislador. Pode-se facilmente abusar do procedimento do

<sup>15</sup> A respeito, SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, p. 102, Jur. Woch. 1929, p. 2314; BILFINGER, Carl. *Der Reichssparkommissar*, 1928, p. 17; e mais, AöR. XI (1926), p. 194 e *Zeitschrift für Politik*, Bd. XX, 1930, p. 81/82; R. THOMA em NIPPERDEY. *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929, Bd. I, p. 38-39, assim como no *Handbuch des deutschen Staatsrechts* I, p. 143, publicado por ANSCHÜTZ; THOMA; W. JELLINEK, p. 154 (restrições, ao menos, para quebras constitucionais), por fim e sobretudo, E. JACOBI. *Reichsverfassungsänderung*, no presente das faculdades jurídicas por ocasião do 50º aniversário do tribunal do Reich, 1929, vol. I, p. 233-234.

poder legislativo para outras normatizações correspondentes a preceitos jurídicos, para ordens particulares, dispensas, indultos, rupturas, privilégios, etc. Aí reside, muito freqüentemente, um risco para a independência judicial e deveria ser aprovado um direito de exame judicial (defensivo) para a salvaguarda da posição constitucional da justiça, o que seria uma *autoproteção dos tribunais* contra intervenções não-autorizadas dos outros poderes públicos. Nesse aspecto, os tribunais podem ser guardiões de uma parte da Constituição, ou seja, daquela que diz respeito a sua própria base e posição, das determinações sobre a independência da justiça. Disto não fala a fundamentação daquela sentença do tribunal do Reich e uma importante diferenciação dentro do direito de exame judicial não se impõe, não aplicação de determinações legais que estejam em conflito com determinações da norma constitucional, por um lado, e, por outro, defesa contra intervenções anticonstitucionais na justiça independente por parte de outros poderes públicos, especialmente do legislador.<sup>16</sup> Porém, seria imaginável que, em decorrência dos artigos 105 e 109 da Constituição do Reich, poderia ser negada aplicação aos piores abusos e às evidentes leis de exceção. Nesse caso, ter-se-ia que considerar que um exercício do direito de exame judicial, efetuado apelando-se a tais artigos constitucionais, significaria uma proteção e guarda da Constituição de forma diferente do que nos casos previstos pelo tribunal do Reich em sua decisão de 4 de novembro de 1925 e nos quais se trata apenas do conflito de subsunções correspondentes ao tipo. A argumentação da decisão de 4 de

---

<sup>16</sup> Quando a 3ª Câmara Cível diz em uma resolução de 25 de janeiro de 1924 (Tribunal do Reich 107, 319), que o artigo 105 da Constituição do Reich combinado com o artigo 103 oneraria “os tribunais com a responsabilidade em velar para que a jurisdição seja exercida em todos os casos em que ela, segundo as leis, deva tomar lugar”, ele tem provavelmente em mente esse direito de exame defensivo, mas cf. a decisão seguinte tomada em plenário de 22 de fevereiro de 1924, id. p. 323, segundo a qual os artigos 103 e 105 nada rezam sobre a abrangência da jurisdição a ser exercida pelos tribunais. Sobre um caso inverso de autoproteção de uma corporação legislativa contra a justiça, cf. acima nota 26.

novembro de 1925 atém-se rigorosamente à subsunção correspondente ao tipo e não se pronuncia, de modo algum, sobre o outro tipo de direito de exame dos tribunais que serve à autoproteção da justiça independente.

Finalmente, resulta dos motivos da decisão dessa sentença de 4 de novembro de 1925 que o tribunal do Reich *não* pretende examinar leis ordinárias do Reich no tocante a sua concordância com os *princípios gerais da Constituição* (diferentemente da concordância com determinações particulares da norma constitucional). Ele não reivindica nenhum exame geral de uma lei, o qual não tem em conta um fato típico subsumível da norma constitucional, no tocante a sua concordância com o espírito da *Constituição* ou no tocante à observância dos *princípios gerais* que formam o componente de Estado de Direito da *Constituição* do Reich, a saber, direitos fundamentais e diferenciação dos poderes. Pelo contrário, a fundamentação atém-se cuidadosamente, para não falar formalmente, à normatização da norma constitucional e correspondente ao preceito jurídico, a qual, pelo seu tipo e sua estrutura lógica, possibilita uma confrontação com a lei ordinária. Sobretudo, não há segundo essa decisão *nenhum exame judicial* de uma lei no tocante a sua concordância com *princípios jurídicos gerais* como boa-fé, direito certo, razoabilidade (*reasonableness, expediency*) e noções semelhantes das quais se serve a prática do supremo tribunal dos Estados Unidos. Na decisão "*Jurisprudência civil do Reich*, vol. 118, p. 326/27" (J. W., 1928, p. 102 *et seq.*) consta até mesmo, expressamente, que o conceito dos bons costumes (artigo 826 do código civil) estaria destinado apenas para relações de direito privado e não seria aplicado na relação de direito público entre legislador e cidadão e o presidente do tribunal do Reich, Dr. Simons, comunicou, pelo visto *aprovando totalmente*, que as câmaras recusaram criticar, sob o ponto de vista do direito certo, uma norma originada constitucionalmente e se colocar, com isso, acima do "legislador soberano".<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1924, p. 243.

Essa comprovação é de especial interesse, pois a associação de juizes usara uma sentença da 5ª câmara cível de 28 de novembro de 1923 (sobre o princípio da valorização por equidade e boa-fé de caso em caso, *Jurisprudência civil do Reich* 107, p. 78) para exigir que o princípio da boa-fé também fosse aplicado perante a regulamentação legal da valorização.

Por conseguinte, o direito de exame judicial ao qual recorre o tribunal do Reich leva apenas as características daquele direito de exame judicial de tribunais decisórios: ele é apenas “acessório” e apenas, como assinala H. Triepel, “jurisdição ocasional”;<sup>18</sup> ele torna-se apenas ocasionalmente *incidente* a uma decisão judicial e, segundo as possibilidades, é exercido por qualquer juiz, ou seja, de forma *difusa*;<sup>19</sup> seu efeito é o simples *efeito como precedente* da decisão de um supremo tribunal existente na Alemanha ainda ao lado de vários outros supremos tribunais do Reich e dos Estados. A diferença do direito de exame da justiça norte-americana reside principalmente no fato de que esse defende princípios gerais, tornando, assim, o tribunal guardião e defensor da ordem social e econômica existente. Segundo os limites de seu direito de exame, expostos há pouco, o tribunal do Reich alemão não recorre de modo algum, nem distante, a uma posição desse tipo. Para esse direito de exame judicial trata-se, assim, de o ponto principal da decisão política permanecer situado na legislação. Toda justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se em seu conteúdo duvidosas e discutíveis. Conseqüentemente, em um Estado como o atual Reich alemão, o direito de exame judicial depende de normas que possibilitem uma subsunção correspondente ao fato típico. Existe uma segunda questão acerca de quão imaginável e admissível é dar, em território de direito privado, uma certa liberdade de movimento e margem

<sup>18</sup> *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, p. 26.

<sup>19</sup> Desejo propor esta palavra “difusa” para designar uma contra-posição a um direito de exame *concentrado* junto a uma única instância.

de ação ao juiz para seu parecer por intermédio de conceitos indeterminados e gerais, por meio de referência à boa-fé ou ao uso comum. Condições relativamente estáveis e sólidas concepções sociais podem causar, aqui, uma suficiente mensurabilidade e vinculação. Também em território de direito público, principalmente em questões de direito administrativo e até mesmo de direito penal, são possíveis conceitos indeterminados, enquanto a situação que toda norma pressupõe puder encontrar uma formalização suficientemente clara e segura mediante as concepções dos colegas do direito ou da prática jurídica, mesmo sem a expressa decisão legislativa ou do governo. Em todos os casos, normas determináveis e mensuráveis que possibilitam subsunções têm que permanecer a base do exame judicial e da decisão. A vinculação a uma norma desse tipo é também o pressuposto e a condição de toda independência judicial. Caso o juiz abandone a base na qual realmente exista uma subsunção do fato típico a normas gerais e, com ela, uma vinculação material à lei, ele não mais pode ser juiz independente e nem um sinal de aparência de justiça pode protegê-lo dessa conclusão. “A vinculação à lei, unicamente à qual o juiz está subordinado pelo artigo 102, não significa apenas o limite, mas a verdadeira justificação para a liberdade da decisão, por causa do poder da lei que se impõe unicamente pela sentença, todas as outras vinculações têm que cair perante o juiz.”<sup>20</sup> Por isso, o problema do movimento do livre direito e da magistratura “criadora” é, em primeiro lugar, um problema constitucional.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> GRÜNHUT, M. *Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung*, Monatschrift für Kriminalpsychologie 1930, Beiheft 3, p. 3; SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, p. 274/276.

<sup>21</sup> Apesar das indicações de RADBRUCH. *ArchSozW.*, N.F. 4 (1906) p. 355, o movimento do livre direito não compreendeu, numerosas vezes, as relações constitucionais entre independência e vinculação. Muito pertinentes as exposições de E. Kaufmann na conferência de professores de direito público em 1926 (publicações caderno 3, p. 19): o juiz tem que se manter dentro de sua tarefa judicial específica, ele não pode derrubar a ordem reinante entre juiz e legislador, não se apoderar de tarefas

Segundo o exposto acima, o direito de exame judicial do juiz sentenciador baseia-se no oposto de um certo tipo de superioridade do juiz perante a lei ou o legislador. Ele origina-se de uma espécie de *estado de emergência* do juiz quando se apresentam determinações legais contraditórias e o juiz, que se defronta com vinculações contraditórias, tem que, apesar disso, tomar uma decisão quanto ao processo.<sup>22</sup> Caso ele escolha,

---

especificamente legislativas, ele pode apenas censurar a violação de determinados limites extremos. Apesar de toda “liberdade” da atividade judicial “criadora”, apesar da abrangência de sua discricção e de alguns conceitos indeterminados, permanece-se, enquanto se perseverar no Estado de Direito civil, nessa “vinculação à lei”. Cf. ainda JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht* 1928, p. 10: “Bem livre se mantém a justiça da legislação” ou TRIEPEL, H. *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1923, p. 52: “O preenchimento de lacunas na lei por meio de ponderação de interesses tem sempre que partir, em primeiro lugar, da valoração de interesses executada pela própria lei de modo perceptível”. Sobre os limites da discricionariedade judicial no tocante à Constituição do novo direito, cf. JUNCKER, 3. Aufl. des *Steinschen Grundrisses des Zivilprozeßrechtes*, 1928, p. 23-24; sobre o fato de que não existe discricionariedade “adequada ao dever”, mas apenas “adequada à lei”: SCHEUNER, *Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte*, *VerwArch.* 33 (1928), p. 77 (para a justiça, isso é correto sem dúvida; de resto, continua a problemática da diversidade entre determinações que “autorizam” à “livre” ação e normas vinculadoras em seu conteúdo que possibilitam uma subsunção correspondente ao fato típico, mesmo que seja pela remissão a normas como “boa-fé”, uso comum, etc.).

<sup>22</sup> Sobre o “estado de emergência” constitucional do juiz, cf. RADBRUCH, *Arch. Soz. W.*, N. F. 4 (1906), p. 355. Nesse artigo, encontra-se reconhecida a relação com a questão constitucional da diferenciação dos poderes (referindo-se a HATSCHEK, *Englisches Staatsrecht* I, p. 1065), mas depois novamente incompreendida sob a impressão da crítica do movimento do livre direito e também, talvez, sob o vácuo na teoria constitucional do período anterior à guerra. A diferenciação dos poderes passa a ser depreciada sob o rótulo de “racionalismo” (cf. também KAUFMANN, E. *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig 1908, p. 34). Radbruch fala do “espírito de Montesquieu, que ainda continua a assombrar” (p. 365), mas esse espírito é o próprio espírito do Estado de Direito civil, pelo qual se decidiu a Constituição de

para proferir sua sentença judicial, uma das determinações legais conflitantes como embasamento para sua decisão, a outra determinação conflitante não será aplicada. Isso é tudo. É inexacto dizer, como já mostrado, que o juiz sentenciador teria “abjudicado validade” à lei não-aplicada, corretamente pode-se falar tão-só de uma “não-aplicação da lei” restrita à decisão do caso concreto, exercendo, para as decisões de outras instâncias, um efeito como precedente mais ou menos previsível. Mas a justiça permanece, sobretudo, vinculada à lei e, pelo fato de antepor sua vinculação a uma norma constitucional à vinculação a uma lei ordinária, ela não se torna guardiã da Constituição. Em um Estado que não é puro Estado de justiça, ela não pode exercer tais funções. De resto, deve-se considerar que a observância do princípio geral da legalidade e, com ele, também o da constitucionalidade não constitui nenhuma instância especial, senão ter-se-ia que avistar em cada departamento público e, por fim, também em cada cidadão um eventual guardião da Constituição, o que algumas constituições acabam por expressar, confiando a proteção da Constituição à vigilância por parte de todos os cidadãos.<sup>23</sup> Mas disso resulta tão-somente um direito geral à *insubordinação* e, por fim, à *resistência* passiva ou ativa, o qual se denominou também de “direito de emergência revolucionário”.<sup>24</sup> Por isso, em exposi-

---

Weimar e que só desaparecerá com o próprio Estado de Direito civil. Sobre as visões de Montesquieu sobre a justiça, cf. também adiante em nota.

- <sup>23</sup> Assim, temos as constituições francesas de 1791 (conclusão), 1830 e 1848 (sobre a tentativa mal sucedida de daí tirar conclusões práticas, cf. *Verfassungslehre*, p. 116). Recentemente a Constituição da cidade livre de Danzig de 15/17 de novembro de 1920/14 de junho de 1922, artigo 87: “É dever de todo cidadão proteger a Constituição contra ataques ilegais”, ou a Constituição grega de 2 de junho de 1927, artigo 127: A guarda da Constituição é confiada ao patriotismo dos helenos [no original em francês. N.T.] (DARESTE-DELPECH, p. 656).
- <sup>24</sup> GNEIST, R. Parecer sobre a 4ª assembléia de juristas: “Deve o juiz ter que decidir sobre a questão da constitucionalidade de uma lei?” Berlin 1863, p. 31.



ções sistemáticas aparece o direito de resistência como uma suma garantia da Constituição, a cuja proteção e defesa ele deve servir.<sup>25</sup> Mas a função constitucional de um guardião da Constituição reside justamente no fato de *substituir esse direito de insubordinação e de resistência, geral e ocasional*, e torná-lo supérfluo. *Só então passa a existir um guardião da Constituição no sentido institucional*. Assim, guardiões da Constituição não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não-aplicação de leis anticonstitucionais ou pela não-obediência a disposições anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente. Essa é a ponderação sistemática que justifica não considerar os tribunais, mesmo quando exercerem o direito de exame judicial acessório e difuso, como guardiões da Constituição. Todavia, por causa da garantia da independência judicial, talvez seja menos arriscado para os tribunais negar obediência às leis e às disposições anticonstitucionais. Mas não se trata, por isso, de declarar uma categoria de departamentos públicos como guardiã da Constituição porque, para eles, a defesa da Constituição está ligada a riscos menores. Esse ponto de vista do menor risco também não pode ser justificado por nenhum “guardião da Constituição”.

<sup>25</sup> MOHL, R. *Die Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, p. 18, 575; DAHLMANN. *Politik* (3. Aufl. 1847), p. 197-198; BLUNTSCHLI. *Allg. Staatsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl., 1868, p. 552/553; GÉNY in: EISENMANN, Charles, *La justice Constitutionnelle et La Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris 1928, p. 44/45.

# Limites objetivos de toda justiça (jurisdição penal no caso de delitos políticos contra o Estado e a Constituição, acusação ministerial)

## CAPÍTULO

Uma outra questão independente versa acerca do que a justiça pode fazer, em geral, para a proteção da Constituição e do quanto é possível organizar, em seu território, instituições especiais, cujo sentido e finalidade sejam a segurança ou a garantia da Constituição. O fato de primeiramente não se ter feito essa evidente pergunta no período do pós-guerra, tendo-se em vista quase que exclusivamente uma proteção judicial da Constituição (a ser exercida por um tribunal do Estado) e procurando-se, com uma inofensiva naturalidade, o guardião da Constituição na esfera da justiça, pode ser explicado a partir de várias razões. Primeiro por causa de uma idéia mal compreendida e abstrata do Estado de Direito. É natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito e, nisso, não ver, com uma expansão da justiça a uma matéria talvez não mais sujeita à ação da justiça, que esta só pode ser prejudicada, pois a consequência seria, como mostrei muitas vezes tanto para o direito constitucional quanto para o internacional, não, por exemplo, uma juridicização da política, e, sim, uma politização da justiça. Contudo, um método conseqüentemente formalístico é superior a tais dúvidas e, pura e simplesmente, irrefutável, porque trabalha com ficções abstratas e, por isso, irrefutáveis. Não mais haverá dificuldades e dúvidas objetivas se todas as diversidades objetivas puderem ser descuradas, se as diversidades objetivas en-

tre Constituição e norma constitucional, lei no sentido do conceito de lei no Estado de Direito e lei no sentido do conceito de lei formal, isto é, político, puderem ser ignoradas, assim como a diversidade entre lei e sentença judicial ou a diferenciação fundamental de Triepel entre decisão de litígio e conciliação de interesses.<sup>1</sup> Tão logo se transforme o direito em justiça e, depois, novamente se formalize a justiça ao denominar de justiça tudo que for feito por uma autoridade judicial, o problema do Estado de Direito estará rapidamente solucionado e o mais simples seria se deixassem definir as diretrizes da política pela boa-fé do tribunal do Reich, a fim de ultimar o Estado de Direito no sentido formal.

Talvez uma parte da naturalidade, com a qual se exige um tribunal de Estado dotado de uma competência ilimitada, se baseie em tais confusões conceituais. Mas disso não resulta uma instituição concreta e dever-se-ia evitar a referência ao “Estado de Direito”, dessa forma, um tanto quanto ingênua. Apenas com o termo Estado de Direito nada se decide a respeito de nossa questão. Instituições muito diferentes e contraditórias podem ser demandadas invocando-se o Estado de Direito. Por exemplo, o direito de exame judicial acessório é apresentado por conceituados autores como o único método do Estado de Direito, combatendo-se intensamente um tribunal de estado especial, haja vista que este tem que conduzir, necessariamente, a uma restrição do direito de exame geral e concentra, em um único posto, um controle difuso, exercido por toda a magistratura do Estado, pelo que pode ser mais facilmente concebido e influenciado politicamente. Nesse contexto, Hugo Preuß fala até mesmo em “fazer do bode o jardineiro”,<sup>2</sup> enquanto H. Stoll

<sup>1</sup> *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, Berliner Festgabe für W. Kahl, Tübingen 1923, p. 19-20.

<sup>2</sup> Na comissão constitucional da assembleia nacional de Weimar, protocolos p. 483-484: “Agora querem os senhores eleger uma alternativa (frente ao direito de exame judicial geral) ao privarem o tribunal do direito de exame, mas, em compensação, criando um tribunal de exceção (!) que pode entrar em atividade com o requerimento de 100 membros do parlamento. Esta é uma regulamentação, pela qual – queiram me desculpar os membros

diz: “É o pleno direito de exame judicial que primeiro coroa o Estado de Direito.” “Da mesma maneira, como juízos administrativos independentes oferecem exame e proteção contra abusos do Estado administrativo, órgãos independentes têm que fiscalizar o Estado como legislador.”<sup>3</sup> No século XIX, foi exigida, freqüentemente com as mesmas expressões do Estado de Direito, a responsabilidade ministerial judicial, que se acreditava ser a chave de abóbada e a suprema coroação da Constituição. “A responsabilidade jurídica dos ministros, segundo Gneist,<sup>4</sup> conclui, como último complemento, o Estado de Direito” ou “a responsabilidade ministerial jurídica não é só a chave de abó-

---

do parlamento – até um certo limite, faz-se do bode o jardineiro (...). Isto não é um complemento pela proteção legal que se retira de todo cidadão ao privar o juiz ordinário de uma de suas mais importantes tarefas.” Muito interessante também é a exposição seguinte: “Outra coisa é se os senhores, sem uma determinação de exclusão, (...) quiserem conceder a um determinado número de membros do parlamento a possibilidade de levar a julgamento tal questão (da constitucionalidade material de uma lei). Isso poderia ser justificado sob o aspecto de que, realmente, tal prova da constitucionalidade só raramente ocorreria.” Esse erro de Preuss explica-se pelo fato de que ele nem quis e nem previu a enorme expansão dos chamados direitos fundamentais. Contra a chamada solução austríaca (vista anteriormente) e contra a tutela do tribunal do Reich (vide acima nota 13) evidente nos projetos presentes, de modo especialmente enfático: MARX, F. Morstein. Id. p. 116-117, 139-140.

<sup>3</sup> IHERING. *Jahrbücher* 76, p. 200, 201, Jur. Wochenschrift 1926, p. 1429 (nota sobre a sentença do tribunal do Reich de 4 de novembro de 1925; todavia, aqui intervém Stoll em prol do “modelo austríaco”), além disso na coletânea de NIPPERDEY. *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, Bd. IH., Berlin 1930, p. 187. Da mesma forma, MARX, Morstein. Id. p. 151-152: “Nada menos do que a legalidade do ato legislativo, a forma judicial do ato legislativo é realizada pela irrestrita competência judicial para exame na via legal comum. É só a partir daí que temos a conclusão do Estado de Direito.” ADLER, F. *Verfassung und Richteramt*, Z. f. ö. Recht, Bd. X (1930), p. 120, considera o direito de exame uniforme geral como sendo o natural, enquanto a concentração em uma instância especial como sendo uma “solução artificial”.

<sup>4</sup> *Der Rechtsstaat*, Berlin 1872, p. 175.

bada da responsabilidade do funcionário público, mas do Estado de Direito em geral, é a mais alta garantia da situação jurídica pública, sem ele, a Constituição e os direitos constitucionais estão entregues a qualquer abuso de poder e todo o direito público de um povo permanece uma *lex imperfecta*".<sup>5</sup> Mas, a seguir, será logo mostrado que, segundo todas as experiências, é justamente a responsabilidade ministerial judicial que, frente à política, é bastante insignificante e de pouco interesse e que, por meio de tal estrutura judicial, o remate e a conclusão do Estado de Direito se tornam problemáticos na mesma medida em que a estrutura judicial se aperfeiçoa. Dessas experiências históricas e da ambigüidade do termo "Estado de Direito" resulte em uma referência abstrata "ao" Estado de Direito que seria melhor se não se realizasse e se, em vez disso, fossem empregados conceitos e diferenciações de uma teoria constitucional concreta.

Abstraindo-se a equivocidade e a comodidade do termo Estado de Direito e, mais, abstraindo-se a difundida necessidade de uma centralização e concentração do direito de exame difuso, aplicado na Alemanha por numerosos tribunais superiores, há talvez ainda uma outra explicação, e mais interessante, para o fato de se querer, hoje, transformar em guardião da Constituição um tribunal que decide judicialmente. Exigindo-se um guardião, espera-se, naturalmente, uma determinada proteção e se parte da idéia de um determinado risco que vem de uma determinada direção. O guardião não deve se proteger abstrata e simplesmente, mas, sim, se proteger contra riscos bem definidos e temidos concretamente. Enquanto antigamente, no século XIX, o risco provinha do governo, ou seja, vinha da esfera do "executivo", a preocupação se dirige, hoje, sobre-

<sup>5</sup> SCHULZE. *Preußisches Staatsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1888-1890, Bd. II, p. 905; concordando com ele, PISTORIUS. *Der Staatsgerichtshof und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigem Deutschem Staatsrecht*, Tübingen 1891, p. 209. R. Mohl diz no prefácio sobre a responsabilidade dos ministros (1837): "Uma lei sobre a responsabilidade ministerial parece para a maioria como a chave de abóbada da construção estatal constitucional."

tudo, contra o *legislador*. Atualmente, a regulamentação da norma constitucional serve para tutelar certas questões e certos interesses, que antes eram assunto da legislação ordinária, contra esse legislador, *i.e.*, contra maiorias parlamentares alternantes. Essa “ancoragem” da norma constitucional deve proteger determinados interesses, especialmente interesses minoritários, contra a respectiva maioria. Nisso reside uma notável mudança de função e uma tendência direcionada contra o princípio majoritário democrático. Todavia, pelo procedimento de J. St. Mill, que forneceu muitos construtos estatais tipicamente liberais do século XIX e que hoje ainda influencia as concepções políticas mais fortemente do que, na maioria das vezes, é compreensível para os titulares dessas concepções na falta de consciência histórica concreta,<sup>6</sup> a “verdadeira” democracia pode ser definida também como proteção da minoria. Sua essência intrínseca e verdadeira deve ser, então, um compromisso constante entre maioria e minoria,<sup>7</sup> pois, por meio do acréscimo de “verdadeiro” ou “falso”, todo conceito político pode ser transformado e a tradicional concepção

<sup>6</sup> MILL, J. St. *Considerations on Representative Government* (1ª edição publicada em 1861) Cap. 7: *Of true and false Democracy*: a falsa democracia é tão-só a representação da maioria, a verdadeira é a representação de todos, também das minorias. A “verdadeira” democracia é, naturalmente, a “verdadeira”. Na realidade, ela é um liberalismo que se protege contra a democracia, como também acertadamente comprova OTTLIK, L. V. *Diktatur und Demokratie*, Arch. f. Geschichte der Philosophie und Soziologie, XXXIX (1930) p. 223. Tais definições operantes com a diferenciação entre verdadeiro e falso, autêntico e inautêntico, não são de forma alguma uma particularidade dos românticos alemães e de Othmar Spann. São, antes, reflexos de diferenciações puramente políticas e seu “verdadeiro” ou “falso”, “autêntico ou inautêntico” é o reflexo de uma diferenciação existencial entre amigo e inimigo. Sobre a concordância estrutural do pensamento dos social-democratas austríacos com o construto estatal liberal de J. St. Mill, cf. as notas 26 e 27 de minha palestra sobre Hugo Preuß (Caderno 72 da coleção *Recht und Staat*, Tübingen 1930, p. 34) e mais adiante neste livro.

<sup>7</sup> KELSEN. *Bericht vom Staatsrechtslehrertag 1928*, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 5,

de que, na democracia, a maioria decide e de que a minoria derrotada só se enganou sobre sua verdadeira vontade, também pode ser convertida em seu inverso. Mas não importa como seja, aquela mudança de função do regulamento da norma constitucional é sempre seguida, naturalmente, por uma mudança da concepção do guardião da Constituição. Enquanto no século XIX lutava-se, sobretudo, por proteção contra o governo, tem-se em mente hoje, freqüentemente, apenas a proteção contra a legislação por parte da maioria parlamentar. Mas se o risco para a Constituição emanar, doravante, da esfera do legislativo, o legislador não pode mais ser guardião. Não se procurou o guardião na esfera do executivo, pois se encontrava ainda sob a impressão da secular luta constitucional contra o governo. Mas se o guardião não pertence nem à esfera do legislativo nem à do executivo, parece não restar mais nada a não ser mesmo a justiça. Em tais pensamentos fica novamente claro o quão viva é, também na Alemanha, a teoria da diferenciação dos poderes com sua usual tripartição. Ela se liga aqui à tradição do Estado de justiça da Idade Média, que ainda continua a produzir fortes efeitos, e leva, dessa maneira, às “indiscutíveis” exigências de um tribunal soberano.

Por conseguinte, deve ser primeiramente levantada a questão: o quanto é possível constituir o guardião da Constituição dentro da esfera da justiça? Pode a função de um guardião da Constituição ser, fundamental e geralmente, cumprida judicialmente? E tal atividade, mesmo se seu exercício for envolto por uma aparência de estrutura judicial, é, no caso, ainda justiça e a estrutura judicial algo diferente da enganosa

---

p. 81. Além do conceito “formal” de monarquista acertadamente comprovado por HENSEL, A. *AöR*, N. F. Bd. XV, p. 415 (“Monarquista seria, então, aquele que tem uma opinião diferente da escola vienense”), há talvez também um conceito formal de democrata, construído analogamente. A comprovação de Hensel não é apenas “cômica”, com a clareza da formalidade, ele atinge o ponto essencial, que é exatamente o formalismo no direito público que pode ter um sentido especificamente político; cf. também mais adiante neste livro.

dissimulação de poderes diferentes e, em todo caso, de grande importância política?

Para responder a essas questões, interessam primeiro os casos nos quais uma violação de determinações da norma constitucional conduz a um autêntico processo penal, civil ou administrativo. No caso da jurisdição civil e administrativa, a proteção judicial serve ao interesse jurídico de uma parte e à realização de suas reivindicações. No processo penal, devido a determinados delitos, a alta traição e a outras ações puníveis, é a Constituição como um todo que é o objeto da tutela penal (diferentemente de determinações constitucionais isoladas) é o objeto de proteção da lei penal. O caráter político de tais processos faz-se valer ao serem introduzidas exceções à habitual competência do tribunal criminal. Para processos de alta traição, *e.g.*, o tribunal do Reich é competente em primeira e última instância (Lei judiciária alemã, artigo 134). A lei de 21 de julho de 1922 para a proteção da república (*Diário oficial do Reich* I, p. 525), que entretantes perdeu sua eficácia, introduziu um tribunal do Estado especial como tribunal de exceção de jurisdição penal política. Em outros Estados, a exemplo do Senado inglês, é competente uma segunda câmara como tribunal do Estado, segundo o artigo 9º da norma constitucional francesa de 24 de fevereiro de 1875, *e.g.*, competente é a Segunda Câmara, o Senado, que pode ser constituído como tribunal (*cour de justice*) para julgar o presidente da república, ministros e, além disso, para sentenciar sobre ataques à segurança do Estado (*attentats commis contre la sûreté de l'État*). Mesmo no mais conseqüente Estado de Direito há nesses casos, por interesse político, exceções à competência geral dos tribunais criminais comuns.<sup>8</sup> Apesar de tais modificações, continua a ser, aqui, o caso de punição posterior de culpa residente no passado, caso de uma justiça criminal repressiva e vindicativa. Tal justiça criminal é uma questão importante e significante e pode

<sup>8</sup> A respeito, *Verfassungslehre*, p. 134, assim como TRIEPEL, H. *Bericht vom Staatsrechtslehrertag* 1928, id. p. 9/10.



ser qualificada, no sentido amplo e geral, como proteção da Constituição. Apesar disso, com isso não está solucionado o problema do guardião da Constituição, pois, devido à estrutura judicial e judiciária, a proteção da Constituição fica restrita a fatos típicos já concluídos e passados, enquanto os casos verdadeiramente interessantes da proteção constitucional permanecem fora da abrangência judicial. Tão logo se realiza de forma conseqüente a juridicização e se elabora um autêntico processo contendo as devidas partes, essa proteção é, essencialmente, tão-só uma correção *a posteriori*, haja vista que apenas fatos típicos concluídos continuam a ser subsumidos a determinações legais em questão.

Nesse aspecto, é instrutivo o destino dos tribunais para *queixas ministeriais*. Benjamin Constant, um defensor liberal dessa instituição, ainda era totalmente consciente da particularidade e da anormalidade de uma queixa ministerial. Em sua famosa obra sobre a responsabilidade ministerial (1815), ele faz alusão ao fato de que a lei a respeito da responsabilidade ministerial não pode ser “nem precisa e nem detalhada”, enquanto que, por motivos ligados ao Estado de Direito, se tem que exigir para o direito e processo penais uma clara subsunção. “É uma lei política, cuja natureza e aplicação têm, inevitavelmente, algo de discricionário.”<sup>9</sup> Por isso, também teria que ser competente um tribunal de tipo especial, ou seja, uma câmara de pares distinguindo-se por sua independência e neutralidade. O caráter de publicidade da discussão, “la publicité de la discussion”, ao mesmo tempo a essência e a idéia reguladora, é o cerne do pensamento liberal. O ministro não poderia reclamar de que os asseguramentos para a proteção do réu, como conhecidos pelo processo penal normal, não são aplicados aqui, já que ele teria fechado um contrato especial com o Estado, a cujo serviço ele entraria. Se sua ambição é satisfeita pela alta e brilhante posição de um ministro, ele também teria que assumir o risco de um processo político desse tipo e se ver diante de um tribunal que, amplamente, julgaria de forma arbi-

<sup>9</sup> No original em francês. N.T.

trária (*arbitraire*). “Mas a discricionariedade é no sentido da própria coisa.”<sup>10</sup> Ele é atenuado pela solenidade da forma, pela publicidade da discussão, pela repercussão na opinião pública, pela distinção dos juízes e pela particularidade da pena.<sup>11</sup> Essas exposições de um clássico representante do caráter de Estado de Direito civil são aqui lembradas por mostrarem um sentimento sensato pela particularidade do processo e pelas dificuldades de uma justiça política e estarem bem distantes de rudimentares abstrações. Mas mesmo no caso de máximo respeito às particularidades da justiça política, o efeito politicamente paralisante da estrutura judicial é inevitável. Isso foi mostrado pelas experiências do século XIX, pode-se mesmo dizer que foi a experiência mais autêntica na história constitucional e o cerne de toda a luta na política interna entre a monarquia alemã e a burguesia alemã no século XIX, pois, nas monarquias constitucionais alemãs, a responsabilidade ministerial judicial tinha exatamente o sentido político de evitar uma responsabilidade política do ministro e de tornar, o máximo possível, inofensiva politicamente toda a “responsabilidade”.<sup>12</sup> A estrutura judicial era o meio seguro da ineficácia política. Encontrava-se consolo ao se dizer que o tribunal do Estado cumpria seu objetivo quando sua existência conduzia ao resultado de não precisar entrar em ação”.<sup>13</sup> Hoje, praticamente perdeu importância o instituto da responsabilidade ministerial judicial e o artigo 59

<sup>10</sup> No original em francês. N.T.

<sup>11</sup> *De la responsabilité des ministres*, Paris 1815, p. 36, 44, 52 entre outras. Sobre o grande significado de Benjamin Constant para a doutrina constitucional do Estado de Direito civil e do sistema parlamentar, cf. mais adiante neste livro.

<sup>12</sup> *Verfassungslehre*, p. 331.

<sup>13</sup> PISTORIUS. Id. p. 209; cf. também a observação de Otto Mayer, citada na parte introdutória deste livro. Ademais, como sabido, mesmo a responsabilidade judicial na Prússia e no Reich não foi realizada. Mas onde ela era regulamentada de forma aplicável, como na maioria dos Estados do centro, ela podia, sem esforço em consequência da subordinação à liga alemã, ser tornada ineficaz. “Porém, desmoronou-se exatamente aquela Constituição que comprovou a responsabilidade mais eficaz dos ministros, a de

da Constituição de Weimar, um resíduo dos embates entre parlamento e monarquia, foi diluído o fato e o objeto da responsabilidade ao determinar que se pode proceder a uma acusação em virtude de uma violação culposa não só da Constituição do Reich, mas, até mesmo, de uma lei do Reich.<sup>14</sup>

Para uma melhor elucidação dessa experiência na história constitucional, atenhamo-nos ao caso mais importante e mais discutido de uma contenda constitucional do século XIX, o conflito prussiano de 1862-1866, e tentemos apreciá-lo por meio do manual do professor Anschütz, um dos mais famosos professores de direito público da Alemanha. Anschütz defendeu, de modo especialmente resoluto, a exigência por um tribunal do Estado geral, *i.e.*, competente para *todos* os litígios constitucionais, como uma exigência do Estado de Direito.<sup>15</sup> Mas se aplicarmos suas palavras e seus posicionamentos ao interessante litígio constitucional de 1862, ter-se-á o seguinte como resultado: segundo Anschütz, é “normal” que um tribunal do Estado só possa decidir questões de direito (em contraposição a questões políticas). “Eu não creio”, diz ele, “que ainda haja algo a mais a observar sobre esse ponto”.<sup>16</sup> Contudo, sobre a questão da qual trata o conflito constitucional prussiano, se o

---

Kurhessen, no ano de 1850 sob as artimanhas do parlamento alemão”; THUDICHUM, F. *Die Minister Anklage nach geltendem deutschem Recht und ihre Unrätlichkeit in Reichssachen*, Annalen des Deutschen Reiches, 1885, p. 668.

<sup>14</sup> Sobre a crítica ao artigo 59, *vide*, sobretudo, BINDING. *Die staatsrechtliche Verantwortlichkeit* (Zum Leben und Werden der Staaten, München und Leipzig 1920, p. 408): “É evidente que nessa queixa ministerial não restou nem um átomo de sua natureza de até então, resultante da co-autoria do pacto entre rei e povo.” A força de um pensamento substancialmente jurídico, sempre admirável em Binding, é também comprovada nessas exposições sobre o Estado de Direito e atinge logo o ponto essencial: a Constituição antigamente como contrato, hoje não mais como contrato.

<sup>15</sup> Cf. nota 13.

<sup>16</sup> *Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1926*, Berlin 1927, p. 13.

governo poderia continuar os negócios sem uma lei orçamentária, diz ele literalmente em seu manual (cf. Meyer-Anschütz): “O direito público termina aqui, a questão acerca de como se deveria proceder no caso de inexistência de uma lei orçamentária não é uma questão de direito.”<sup>17</sup> O que então, segundo Anschütz, poderia fazer um tribunal do Estado prussiano ou alemão que tivesse que decidir a respeito daquele conflito constitucional prussiano? Por um lado, o tribunal do Estado é restrito a puras “questões de direito”, por outro, o direito público tem aqui o seu limite. Com a ajuda das exposições de Anschütz, em virtude de um caso tão concreto e importante como o do conflito constitucional prussiano em 1862, não provém nenhuma possibilidade de uma decisão judicial. Mas o valor de um tribunal do Estado desse tipo deve residir justamente no fato de que todos os litígios constitucionais são formalizados e decididos por meio de sentença judicial. A possibilidade de um “*non liquet*”, já reconhecida por R. Mohl até mesmo para a queixa ministerial, e o “caso levemente possível” de que o juiz “tem que declarar o sentido da lei como duvidoso”,<sup>18</sup> não são absolutamente considerados. Por isso, tal concepção, no caso de todo conflito constitucional sério, conduz a dificuldades e contradições. Isso reside, mesmo, na natureza da coisa que dificulta enormemente uma ligação entre verdadeira justiça e verdadeiro litígio constitucional e que não se repara ao se declarar a corte constitucional como autorizada a estabelecer, por si, o sentido duvidoso de uma norma constitucional.

Para o presente, a mesma e simples estrutura de toda divergência de opinião política sobre condição e conteúdo de poderes de direito constitucional é ilustrada por meio de um outro exemplo, embora do mesmo tipo. Por meio de um decreto de 18 de julho de 1930 (*Diário oficial do Reich* I, p. 299), o presidente do Reich dissolveu o parlamento alemão nos seguintes termos: “Depois de o parlamento ter hoje decidido exi-

<sup>17</sup> MEYER-ANSCHÜTZ. *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts München und Leipzig*, 1919, 7. Aufl., p. 906.

<sup>18</sup> MOHL, R. *Die Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, p. 185.

gir que meus decretos de 16 de julho, promulgados com base no artigo 48 da Constituição do Reich, sejam tornados sem efeito, dissolvo o parlamento com base no artigo 25 da Constituição." Então, no decreto de 26 de julho de 1930 (*Diário oficial do Reich* I, p. 311), publicado com base no artigo 48, o governo do Reich repetiu, em grande parte, aqueles decretos, cuja supressão fora exigência do parlamento ora dissolvido. Entre as muitas dúvidas e divergências de opinião tocantes ao direito constitucional que aqui redundam (e hoje, dezembro de 1930, talvez ainda apenas alguns zelotes de um cego normativismo exigirão que todas elas sejam decididas pelo tribunal do Estado em Leipzig), uma pergunta pode ser especialmente importante: de se a aplicação do artigo 48, contida no decreto de 26 de julho de 1930, significa um desvio e uma eliminação inconstitucionais ao poder de legislar por parte da maioria parlamentar e se se pode falar com propriedade que o parlamento não foi capaz de obter a maioria dos votos, resultando em inação. Isso, no caso, depende, por sua vez, se o governo fez tudo para ganhar uma maioria — uma questão altamente discutida nos jornais quotidianos e na agitada propaganda eleitoral. Evidentemente, não é necessário, aqui, aprofundar os argumentos relativos ao objetivo e às flores de retórica agitadoras da propaganda partidária. Mas a título de um indício característico, citam-se aqui os seguintes posicionamentos contraditórios de um mesmo caderno de uma revista social-democrata de nível especial. No caderno 8, ano 1, de "Neue Blätter für den Sozialismus" (agosto de 1930), diz August Rahmann, na página 340, em um artigo "Ofensiva civil contra o parlamento e a Constituição": "O procedimento do governo de Brüning poderia ser desculpado se ele fosse subjetivamente da convicção de que uma maioria suficiente no parlamento para o governo não pudesse, de forma alguma, ser conseguida. Mas, de maneira alguma, ele empenhou esforços por tal maioria em direção à esquerda, onde só lá podia ser obtida. Ao contrário, desprezou e malogrou todos os esforços feitos pelo outro lado, pelos social-democratas, esforços limítrofes quase da abnega-

ção. É totalmente inequívoco, ou o governo de Brüning queria apenas uma maioria sustentada pela direita ou ela não queria nenhuma. Como a primeira opção era inatingível, ele preferiu ser governo minoritário e, pelo abuso tático do artigo 48, permanecer no poder. Com isso escapa a possibilidade de conceder ao governo de Brüning a boa-fé de ter considerado objetivamente como existentes os pressupostos para a aplicação do artigo 48. Trata-se tão-somente de uma simples *violação constitucional*." Mas no mesmo caderno encontra-se, na página 374, a seguinte declaração de Eduard Heimann: "Porém, considero errado se, como nas declarações oficiais dos social-democratas, se fala que seria possível à esquerda obter maioria. (...) Mas sem partido popular não houve nenhum tipo de maioria. Se isso estiver correto, Brüning não tinha nenhuma escolha, ele tinha que procurar uma maioria de direita e, no caso de um fracasso, tinha que recorrer à dissolução do parlamento ou ao artigo 48." Se forem possíveis tais divergências de opinião sobre um fato ainda diretamente claro entre os correligionários do mesmo círculo e da mesma revista, torna-se visível – e só essa comprovação é a finalidade das citações – que, em tais posicionamentos tocantes ao direito constitucional, sob o ponto de vista jurídico, só pode continuar a se tratar do *quis iudicabit*, i.e., da decisão e não da pseudonormatividade de uma estrutura judicial. Pela Constituição vigente, dependendo das circunstâncias, autorizado à decisão está o governo do Reich, o presidente do Reich juntamente com o primeiro-ministro referendário ou o parlamento do Reich. Se o parlamento realmente for incapaz de ser governado por maioria e incapaz de ação, ou seja, não estiver em condições de fazer uso de seus poderes constitucionais (p.ex., resolução expressa segundo o artigo 54 de suspender a confiança depositada no primeiro-ministro ou resolução segundo o artigo 48, § 3º, de exigir a ineficácia das disposições publicadas segundo o artigo 48, § 2º), um tribunal também não poderá suprir essa falta. Ao invés de a função obter investidura constitucional fosse utilizado um tribunal, incumbido de dirimir todas as dúvidas e divergências emergentes, para o qual pudesse apelar a maioria e até mesmo a mino-

ria parlamentares, mas que não fosse competente para outras decisões, tal tribunal seria uma instância política junto ao parlamento, ao presidente e ao governo do Reich, e não se alcançaria nada além do que, sob os fundamentos de decisão, a publicação ou a proibição dos atos do governo sob a aparência de estrutura judiciária. Nenhuma ficção, mesmo que tão forçada, poderia impedir que tal tribunal fosse considerado por cada um uma instância política e como fosse avaliado. Então afloram, evidentemente, as dificuldades e contradições a que deve levar toda relação entre sérios conflitos constitucionais e a justiça real.

O caráter problemático dessa relação foi exposto por R. Smend (em seu livro “Constituição e Direito constitucional”) e H. Triepel (em seu relato para a assembléia alemã de professores de direito público em 1928).<sup>19</sup> Com base nas experiências de até então já se pode alegar, para qualquer tribunal, uma *alternativa* simples, que, sem mais, é evidente para queixa ministerial no tribunal do Estado e que sempre se repete nas variadas realizações de uma “jurisdição estatal” ou “justiça constitucional” fiscalizadoras do legislador e do governo, *ou* existe uma *evidente violação constitucional* a ser indubitavelmente comprovada, exercendo o tribunal, então, um tipo repressivo e vindicativo de justiça e declarando, de alguma forma, alguém “culpado” por feitos passados, *ou* o caso se encontra *obscuro e duvidoso*, seja por motivos reais, seja pela necessária incompletude e amplidão de toda Constituição escrita, em geral, ou da característica da segunda parte principal da Constituição de Weimar, em especial, não existindo, dessa feita, nenhuma “questão de direito pura” e sendo a decisão do tribunal diferente de decisão judicial, *i. e.*, diferente de justiça. A lógica interna de toda estrutura judicial pensada por completo leva inevitavelmente a que a verdadeira decisão judicial só

---

<sup>19</sup> SMEND, *Id.* p. 135; Triepel nas publicações dos professores alemães de direito público, caderno 5, 1929, p. 8: “a essência da Constituição encontra-se, *até um certo grau*, em contradição com a essência da jurisdição constitucional” (“até um certo grau” em itálico no original).

chegue *post eventum*. Caso se corrija essa desvantagem mediante *disposições transitórias do tribunal*, o juiz se verá na situação de tomar medidas políticas ou de as evitar de modo a se tornar politicamente ativo, tornando-se um fator poderoso de política interna estatal e, eventualmente, até mesmo da política externa; sua independência judicial não poderá mais protegê-lo da responsabilidade política, se ainda tiver que existir, afinal de contas, uma responsabilidade política.<sup>20</sup> A independência judicial perde seu embasamento constitucional nas mesmas proporções em que se distancia do conteúdo indu-

<sup>20</sup> Sobre a admissibilidade de disposições transitórias do tribunal do Estado para o Reich alemão segundo o artigo 19: GIESE, Fr. *DJZ*, 1929, p. 132; Giese considera "totalmente sem inconvenientes julgar admissível a ordem ou proibição de atos soberanos do Reich por meio da disposição transitória". Também afirmativamente HEINSHEIMER. *Jur. Woch*, 1926, p. 379, LAMMERS. *Id.* p. 376, SIMONS. *W. Einleitung zu Lammers-Simons II*, p. 11. Diferentemente, o presidente do tribunal do Reich para finanças, JAHN. *Darf der Staatsgerichtshof einstweilige Verfügungen erlassen?* *Jur. Woch*, 1930, p. 1160, especialmente p. 1162: "Aqui se trata de tarefas do governo que deve arcar com a responsabilidade"; e a p. 1163 (contrariamente à analogia com o artigo 944 do CPC, segundo o qual, em situação de emergência, o presidente, em vez do tribunal, pode promulgar uma disposição transitória): "Com isso estaria criado o direito de uma só pessoa em decidir autocraticamente sem considerar o presidente do Reich, os ministros, o parlamento do Reich, os parlamentos estaduais. Isso não me parece compatível com as concepções de uma Constituição democrática tal qual criada em Weimar". Sobre a prática do tribunal do Estado para o Reich alemão: decisão de 17 de novembro de 1928 (*Jurisprudência civil do Reich* 122, anexo p. 18-19. LAMMERS-SIMONS I, p. 156/157): O Tribunal do Estado reivindica para si esse poder, mas deve-se observar que se tratava aqui de pretensões pecuniárias. Aparentemente, a admissibilidade de disposições transitórias é aprovada, a princípio, na decisão de 10 de outubro de 1925 (*Jurisprudência civil do Reich* 111, anexo p. 21-22. LAMMERS-SIMONS I, p. 212): considerando a possibilidade (e por segurança) de uma execução, e com o interessante argumento: "Mas para o fato de que a promulgação de disposições transitórias deva ser excluída, nada existe" (considerando-se mais de perto, isso é apenas um, por que não?). Por outro lado, existe uma série de recusas dos pedidos de disposições



bitável das determinações da norma constitucional. É inevitável que a justiça, enquanto permanecer justiça, sempre chega tarde politicamente e ainda mais quando a forma do processo, no Estado de Direito, foi minuciosa e cuidadosa, mantido sob os auspícios de jurisdição. No caso de violações constitucionais indubitáveis, que, em um Estado cultural, não serão rotineiras, esse fato leva, no caso mais favorável, à punição do culpado e às compensações por uma injustiça existente no passado. Em casos duvidosos, torna-se visível a desproporção entre a independência judicial e seu pressuposto, a rigorosa vinculação a uma lei que contém em si vinculações materiais.

Isso é comprovado não apenas pelo desenvolvimento da queixa ministerial, mas também por outras experiências práticas. Ainda será falado abaixo (4º ponto deste capítulo) sobre a especificidade de um tribunal do Estado, no caso de uma organização federal, e sobre o tribunal do Estado para o Reich alemão, segundo o artigo 19 da Constituição do Reich. O princípio geral que sempre se impõe para a relação entre proteção constitucional e justiça, distingue-se, em toda parte, na realidade da vida política. Destarte, correções e modificações são inevitáveis na estrutura judicial, mesmo no Estado de Direito o mais consequente e mais honesto, tão logo se faça valer um respeito à Constituição. Se já no direito tributário mostrou-se necessário determinar que, na interpretação das leis tributárias, devam ser “consideradas sua finalidade, sua importância econômica e

---

transitórias: resolução de 23 de outubro de 1929 (*Jurisprudência civil do Reich* 126, anexo p. 1/2; LAMMERS-SIMONS II, p. 72), aqui já uma restrição fundamental: “apenas com grande reserva e só em casos excepcionais”; especialmente importante a resolução de 13 de julho de 1929 (LAMMERS-SIMONS II, p. 98): o tribunal do Estado não pode frustrar, por meio de disposição transitória, a publicação de leis deliberadas e, sobretudo, a declaração na decisão de 17 e 18 de julho de 1930 (*Jurisprudência civil do Reich* vol. 129, anexo p. 31) “de que o tribunal do Estado também no futuro, como até agora, fará uso do recurso de uma ordem provisória *com extrema cautela e reserva*”. Aliás, nesta declaração encontra-se também dito expressamente que, nessas disposições transitórias, trata-se de *conciliação de interesses*, não de jurisdição.

a evolução da situação” (§ 4º do código fiscal do Reich), então no direito constitucional é ainda menos possível não levar em conta o objeto concreto. Por que, em qualquer Estado, para delitos como a alta traição ou o ataque às bases do Estado, há divergências no tocante à competência dos tribunais penais ordinários e ou é declarado como competente um supremo tribunal em primeira e última instância ou até mesmo é instituído como tribunal de exceção um tribunal do Estado especial para a proteção da segurança do Estado?<sup>21</sup> Com que direito é restringida ou eliminada a competência para exame dos tribunais ordinários por meio de um tribunal do Estado ou constitucional e com que direito é dado o poder apenas a determinados cargos políticos (governo, parlamento, entre outros. Artigo 13, § 2º, da Constituição do Reich apenas à “competente” autoridade central do Reich ou do estado) de instaurar o processo perante tal tribunal do Estado ou constitucional?<sup>22</sup> Por que o respeito especial a questões de utilidade é razoável e inevitável como, *e.g.*, acontece na esfera do direito fiscal do estado da federação entre a competência do tribunal de finanças do Reich e a do conselho do Reich?<sup>23</sup> Por que na lei do Reich de 30 de agosto de 1924 (o chamado plano Dawes) estava prevista, frente à decisão do tribunal para assuntos da companhia ferroviária do Reich, a possibilidade de o governo do Reich ou a companhia

<sup>21</sup> Cf. anteriormente neste livro.

<sup>22</sup> Segundo projeto alemão de 1926 (*DJZ*, 1926, col. 842), o parlamento do Reich, o conselho do Reich ou o governo do Reich devem poder apelar para a decisão do tribunal do Estado. Outros exemplos em “*Verfassungslehre*”, p. 137. Sobre o sentido puramente político dessa restrição ao direito de queixa e com crítica muito notável, cf. MARX, Morstein. Id. p. 116 *et seq.*

<sup>23</sup> Artigo 6 da lei da compensação financeira de 27 de abril de 1926 (*Diário oficial do Reich* I, p. 203) entre o Reich, os Estados e os municípios. No caso de divergências de opiniões entre o ministro das finanças do Reich e um governo estadual no tocante à questão se um dispositivo fiscal estadual é *compatível com o do Reich*, a questão é decidida pelo tribunal de finanças do Reich a requerimento do ministro das finanças do Reich ou do governo estadual. Competente é o grande Senado na composição prevista no artigo 46, § 2º, alínea 1, do código fiscal do Reich. Os preceitos

ferroviária do Reich apelar para um árbitro quando um deles achava que a realização da decisão judicial ameaçava o serviço de juros e de amortizações das obrigações com reparações?<sup>24</sup> Se, frente à decisão de um tribunal de exceção, como o tribunal para assuntos da companhia ferroviária do Reich, tais correções possam se tornar necessárias por motivos de utilidade da política externa, não são elas, pelo menos, igualmente necessárias frente à decisão de um tribunal encarregado de decidir sobre todos os litígios constitucionais do Reich alemão? E se são necessárias, já não se renuncia com isso ao princípio da estrutura judicial ilimitada?

Enquanto o difícil problema era tratado com uma concreta consciência de direito constitucional, foi sempre evitado falar de uma geral "jurisdição estatal" ou "justiça constitucional". Sieyès, considerado o pai dessas idéias, falava apenas em um *jury constitutionnaire*, de uma *magistrature constitutionnelle* que deveria ser aplicada para a proteção da Constituição contra violações constitucionais. Nesse aspecto, ele dizia que essa magistratura nada seria na esfera do executivo e do governo,

---

pormenorizados ficam reservados à especial regulamentação legal. Em contrapartida, a questão se impostos estaduais ou municipais são *apropriados a prejudicar* as arrecadações de impostos do Reich e se *preponderantes interesses* das finanças do Reich se *opõem* à arrecadação de impostos, é decidida pelo conselho do Reich a requerimento do ministro das finanças do Reich ou do governo estadual. Ademais, o ministro das finanças do Reich pode apresentar ao tribunal das finanças do Reich, para *apreciação*, questões ligadas à exegese das leis tributárias (artigo 43 do código fiscal do Reich).

<sup>24</sup> Artigo 44, § 3º, da lei do Reich sobre a companhia ferroviária estatal alemã de 30 de agosto de 1924, *Diário oficial do Reich II*, p. 272: caso o governo do Reich ou a companhia creia que, na realização da decisão do tribunal, o serviço de juros e de amortizações das obrigações com reparações seja ameaçado, cada uma das partes pode apelar para o árbitro (artigo 45) dentro de um prazo de um mês contado a partir da promulgação da decisão. Após a lei do Reich de 13 de março de 1930 (Plano Young), esse parágrafo, assim como o artigo 45, foi eliminado do *Diário oficial do Reich II*, 1930, p. 364.

nem na esfera do legislativo, pois seria, sim, uma magistratura constitucional. Ele não a denomina expressamente de justiça, dando, antes, a perceber que ele a considera uma parte do poder legislativo constitucional ou que, pelo menos, a conta para o exercício desse poder.<sup>25</sup> Nos planos constitucionais suíços deste tempo, que falam de um tribunal do júri velando sobre a Constituição, trata-se igualmente de uma queixa contra violações constitucionais cometidas.<sup>26</sup> Com o fato de um *sénat conservateur* se transformar em guardião da Constituição nas constituições napoleônicas, já é novamente abandonada a esfera da justiça e feita competente uma instância legislativa ou consultiva. Os representantes do Estado de Direito liberal, em especial Benjamin Constant e Guizot, permanecem cientes dos limites naturais da justiça e se exprimiram a respeito com uma precisão epigramática, Constant nas exposições citadas anteriormente sobre queixa ministerial, Guizot com a frase de que hoje, na Alemanha, não se pode parar de repetir que, no caso de tais juridicizações, “a política não tem nada a ganhar e a justiça nada a perder”.<sup>27</sup> Os professores de direito constitucional na Alemanha liberal do século XIX intencionados com o Estado de Direito, em especial Mohl, Bluntschli e Gneist, vêem o problema em grandes e sistemáticas relações objetivas, para eles, a mais segura garantia da Constituição ou é a corporação legislativa (como representante de formação e posse) ou a cooperação entre monarcas hereditários e duas câmaras.<sup>28</sup> De resto, eles se interessam, principalmente, pela queixa ministerial – naquela época o único instrumento de uma responsabilidade ministerial é, segundo se diz, “a chave de abóbada da

<sup>25</sup> Comprovações em BLONDEL, André. Id. p. 174-175.

<sup>26</sup> A respeito, cf. HIS, Ed. *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, Bd. I, Basel 1921, p. 196/202.

<sup>27</sup> *Des conspirations et de la justice politique*, Brüssel 1846, p. 101. No conflito entre o presidente do tribunal do Reich, Dr. Simons, e o governo do Reich, essa frase também se confirmou, infelizmente, no aspecto pessoal.

<sup>28</sup> Cf. mais adiante.

construção estatal constitucional<sup>29</sup> – ou pelo direito de exame judicial perante decretos reais, porém, também aqui, evitam-se ficções superficiais de absoluta estrutura judicial.<sup>30</sup> Mais tarde, na segurança dos anos antecedentes à guerra, permitiu-se um formalismo barato e que simplesmente negava os problemas

<sup>29</sup> MOHL, R. *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, prefácio: “Uma lei sobre responsabilidade ministerial parece à maioria como a chave de abóbada de uma construção estatal constitucional.”

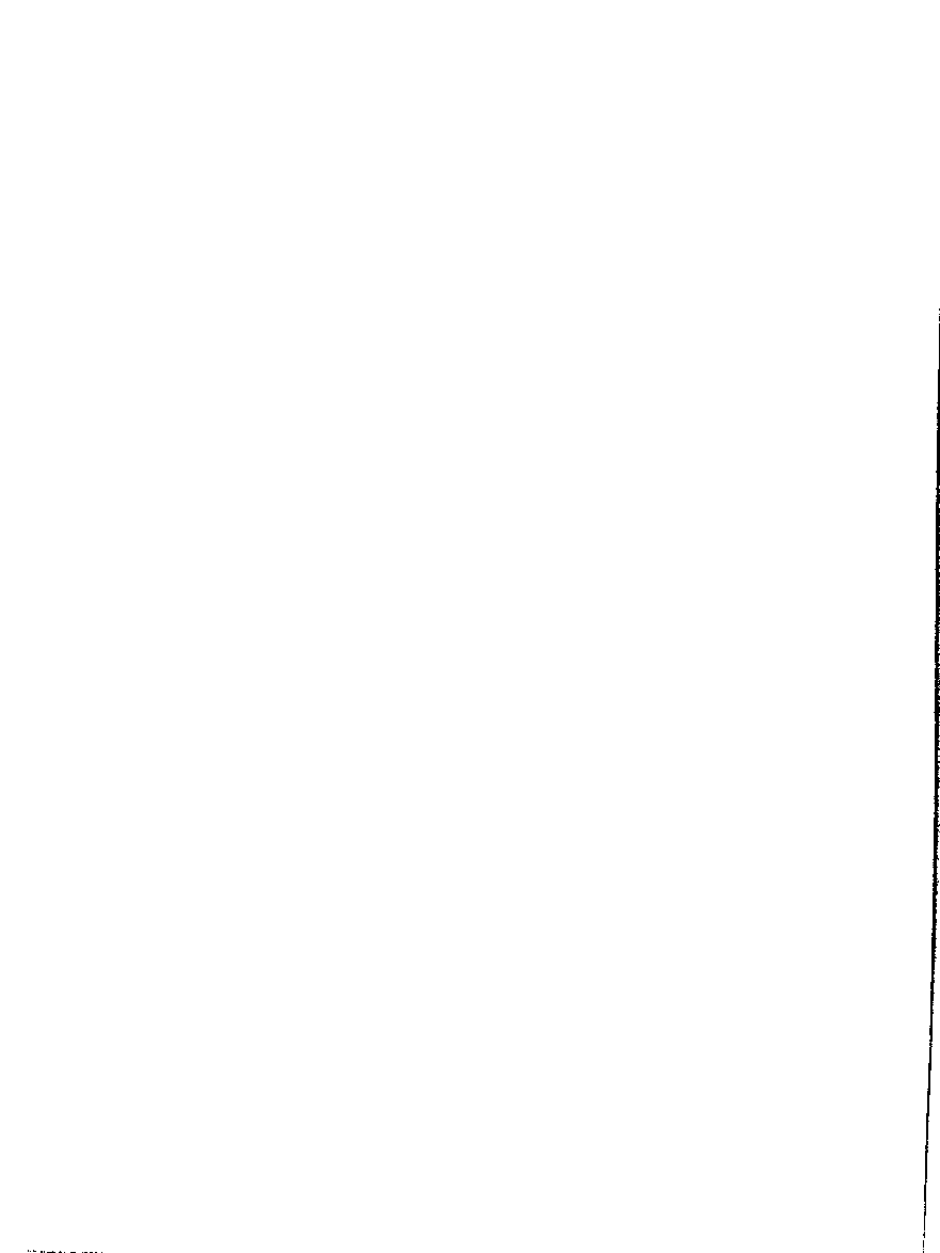
<sup>30</sup> MOHL, R. *Verantwortlichkeit der Minister*, p. ex., p. 15 (crítica à solução saxônica que transforma o tribunal do Estado em árbitro e intérprete), p. 187 (da desculpa devido a situação de emergência), etc.; além disso, nas observações sobre a Constituição francesa de 1848, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Monographien I*, p. 561-564 (Tübingen 1860), p. 562: “Não importando como um tribunal do Estado seja ordenado e a responsabilidade determinada, fica em todo caso claro que a lei meramente só pode garantir um tratamento firme e justo após uma exigida vitória contra um ataque de alta traição.” BLUNTSCHLI. Id. II, p. 550-551; cf. também a citação mais adiante. *Gneist*, parecer p. 23: nenhum exame minucioso de infrações contra princípios gerais da Constituição. Refere-se à jurisdição administrativa a frase inequívoca de Gneist: “Para todo artigo constitucional entra no lugar da interpretação a jurisdição” (*Der Rechtsstaat*, 1867, p. 175); ademais, Gneist manifestou pouca confiança em um tribunal constitucional ou do Estado ocupado por funcionários de carreira; cf. sua declaração na reunião de 9 de fevereiro de 1866 (relato stenográfico, p. 130) da câmara dos deputados prussiana: “Pelo que eu conheço da história, o funcionalismo de carreira não suportou uma única vez a prova quando se quis colocar sobre os ombros de alguns homens de confiança toda a questão da constitucionalidade de um governo em pleno poder! Mesmo na Inglaterra, um corpo de juízes, estando em brilhante posição igual a de ministros, cercado pelos colegas de uma brilhante, independente advocacia de nobre caráter, não suportou uma única vez tal prova de poder, como a que deve ser feita aqui todos os dias. E em nossa pobre situação de funcionário (...) sete homens desse tipo deveriam proferir a sério uma sentença judicial imparcial sobre essa questão que se encontra entre os ministros e os acusadores dos ministros?! Eu nunca escondi o fato de que todo o grande colegiado do superior tribunal em seus seis ou sete Senados quase não seria forte o suficiente – se tivéssemos que criar leis – para formar com seus membros fixos um tribunal do Estado”. O que Thudichum diz a respeito

objetivos. Mas tão logo, novamente, eclodiam concretos antagonismos políticos, despertava concomitantemente a consciência para o fato de que toda estrutura judicial encontra-se vinculada a estreitos limites e quando, no ano de 1919, foi feita a tentativa de decidir com tais recursos a questão da culpa pela guerra, fez-nos lembrar Erich Kaufmann, em um impressionante estudo, dos limites da justiça no Estado de Direito.<sup>31</sup>

---

do "caráter impuro" da queixa ministerial (Id. p. 637/638) já é fruto de outro espírito. HAENEL, A. *Deutsches Staatsrecht*, Bd. I (1892), p. 562 *et seq.*, trata da jurisdição federal, no caso de litígios constitucionais dentro dos Estados-membros, no contexto sistemático da "manutenção dos Estados" (e não da administração de justiça).

<sup>31</sup> *Untersuchungsausschuss und Staatsgerichtshof*, Berlin 1920, p. 83-84, sobre o conceito do processo judicial.



# Estipulação normativa do conteúdo de uma norma constitucional duvidosa em seu conteúdo é, no caso, norma constitucional e não justiça

## CAPÍTULO

Para responder à pergunta fundamental da teoria constitucional deve-se repetir, aqui, mais uma vez que não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial. O Estado de Direito civil baseia-se justamente na diferenciação objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se, também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público. Não se refuta tampouco a diferenciação fundamental entre legislativo e justiça com o fato de se forçarem designações imprecisas (divisão dos poderes, repartição dos poderes) em seu sentido literal, ou ao se referir a dificuldades da delimitação em seus pormenores, a possibilidades de entrecruzamento de limites ou coisa semelhante, ou, por fim, ao lembrar que, ao invés da usual tripartição (legislativo, executivo e justiça), são também possíveis outras divisões e diferenciações. Como acertadamente proferido por Larnaude,<sup>1</sup> há tantas diferenciações de poderes quanto o número de Estados. Mas a variedade não

<sup>1</sup> *Revue politique et parlementaire* 126 (1926), p. 186.



comprova que não há em absoluto diferenciação alguma ou que se teria o direito de menosprezar todas as diversidades entre legislativo e justiça. Ainda continua a valer para o Estado de Direito civil que um Estado sem diferenciação objetiva entre legislativo, executivo (governo e administração) e judiciário não tenha “uma Constituição” no sentido do Estado de Direito civil.<sup>2</sup>

No Estado de Direito, existe justiça somente como sentença judicial *com base* em uma lei. A fórmula “com base em uma lei”, empregada de maneira típica por todas as constituições alemãs desde o século XIX, é de importância primordial para a organização do Estado de Direito civil. Nos últimos anos, chamei freqüentemente a atenção para esse fato e mostrei o nexó sistemático.<sup>3</sup> *Para o âmbito de todas as constituições alemãs, a fórmula não tem nenhum significado inferior (mesmo se tiver um outro) à fórmula do due process of law para o direito constitucional anglo-saxônico.* Também é resultado dessa fórmula que se deve diferenciar entre lei e sentença judicial e, conseqüentemente, também entre legislador e juiz. Por múltipla que seja a realização de diferenciação dos poderes nos vários Estados, permanecerá a diferenciação desses poderes e às divisões organizacionais de suas funções correspondendo uma diversidade objetiva de atividade, ao menos para a regulação normal da competência. Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um “caso” com “base em uma lei”. A posição especial do juiz no Estado de direito – sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade – baseia-se no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que sua decisão, *em seu conteúdo, é derivada de uma outra decisão de modo mensurável e calculável já contida*

<sup>2</sup> *Verfassungslehre*, p. 127.

<sup>3</sup> *Verfassungslehre*, p. 152. *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin 1926, p. 17/18, JW. 1926, S. 2271 (mal interpretado em GRAU, R. *Der Vorrang der Bundeskompetenz*, Festschrift für Heinitz, 1926, p. 403).

na lei. Se, excepcionalmente, os órgãos legislativos perceberem, nas formas do ato legislativo, outras funções que não as do ato legislativo, pode-se qualificar isso, então, de “legislação formal”, como, analogamente, se pode também falar de um conceito formal de justiça quando uma repartição judicial declarada competente se torna ativa, dessa maneira, ultrapassando o território objetivo da justiça. Porém, isso ainda não permite as inversões de um formalismo inócuo que simplesmente inverta as coisas e que classifique de jurídica aquilo que o legislativo realize na forma de legislação, tudo como justiça o que um tribunal faz. Esse tipo de lógica se processa, em contínuas trocas, da seguinte maneira: justiça é o que um juiz faz, ou seja, tudo o que um juiz faz é justiça, o juiz é independente, ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim, tudo o que um órgão independente faz sob a proteção de sua independência é justiça, por conseguinte, só se precisa fazer com que todos os litígios constitucionais e divergências de opiniões sejam decididos por juízes independentes e tem-se uma “justiça constitucional”. Nestes tipos de conceitos formais tudo pode ser imputado a todos, tudo pode se tornar justiça, mas, do mesmo modo, tudo pode se tornar “norma” e estabelecimento de normas e, por fim, tudo pode se tornar Constituição.<sup>4</sup> A organização constitucional transmuta-se em um mundo de ficções ilusórias e a ciência jurídica no campo de exercício de um modo de pensar, ao qual Hofacker afixou o nome de “lógica das pernas do ganso”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “Por meio de mediação da idéia da forma constitucional”, como *Kelsen* se exprime (relato p. 38).

<sup>5</sup> Segundo o silogismo do qual graceja Schopenhauer: o homem tem duas pernas, assim, tudo que tem duas pernas é um homem, então, o ganso é um homem, etc.; “Gerichtssaal XCIV”, p. 213/214, *Arch. f. Soz. Wissenschaft XXI*, p. 18/19 (a reforma da função jurídica), *Diário administrativo do Reich*, 1930, p. 34. Sobre as devastações feitas por esse tipo de lógica na doutrina do conceito de lei, cf. *Verfassungslehre*, p. 143-144. Sobre o problema geral teórico-jurídico, deve-se ainda observar o seguinte: no caso não existe nenhuma outra a não ser uma justiça vinculada à lei.

Por conseguinte, deve-se perseverar na diversidade objetiva entre legislação e justiça e não se pode construir nenhuma "gradação universal" da Constituição para a decisão judicial, como empreendido por Kelsen (Relato p. 31-32 e 42). O que o juiz faz com base em uma lei, é regulamentado, em seu conteúdo, pela lei e, assim, algo essencialmente diferente de legislação "com base na lei (constitucional)". A expressão "com base na lei" perde seu sentido específico de Estado de Direito quando ela é aplicada, dessa forma, a outras relações materiais diferentes e tornada "universal". Utilizando-se de uma imprecisão lingüística, pode-se dizer que o legislador faz suas leis "com base" nas determinações da norma constitucional que o fazem legislador, o parlamento, p.ex., com base no artigo 68 da Constituição, que o Primeiro-Ministro define as diretrizes "com base" no artigo 56 da Constituição e que o presidente do Reich toma medidas ditatoriais "com base" no artigo 48 da Constituição. De tais instruções de competências e "poderes" não é possível nenhuma derivação concreta do ato estatal, como pensado no caso da aplicação judicial da lei e da decisão "com base" em uma lei. Quando o juiz, com base em uma determinação da lei penal, condena o réu à pena de reclusão, a sentença que determina a prisão é derivada, em seu conteúdo, da lei por meio de uma subsunção do caso a ser decidido, correspondente ao tipo, a uma norma que possibilita uma subsunção correspondente ao tipo e que já define antecipadamente, dentro de uma determinada esfera (pena de reclusão), o conteúdo da sentença. Quando o Primeiro-Ministro do Reich faz uma aliança com a Rússia "com base" no artigo 56 da Constituição, ou quando o presidente do Reich, "com base" no artigo 48, ordena uma "ajuda para o leste", a aliança russa ou a ajuda para o leste não é derivada, em seu conteúdo e por meio de subsunção correspondente ao tipo, das disposições da norma constitucional constantes no artigo 56 ou 48 como aquela pena de reclusão da norma da lei penal. É um abuso deixar misturar a diferenciação entre instrução de competências e normatização material, justificar as mais variadas proposições, ordens, regulamentações, poderes e decisões com a palavra "norma" e, onde se trata de justiça, nem mais diferenciar entre "normas" sujeitas e as não-sujeitas à ação da justiça. É da essência da decisão judicial poder, em seu conteúdo, ser derivada da norma basililar e que a norma que vincula o juiz, vincula realmente de forma mensurável e calculável, não apenas conferindo poderes. Uma margem de ação para conceitos indeterminados pode permanecer, mas se a norma se tornar tão ampla e vazia a ponto de não mais ser possível uma subsunção correspondente ao tipo ou, se houver apenas uma instrução de competências, deixará

de existir, na mesma medida da norma sujeita à ação da justiça, o embasamento para uma possível estrutura judicial. Se, em vez do Primeiro-Ministro, fosse o tribunal do Reich sob a proteção de sua independência judicial que definisse as diretrizes da política, a despeito disso, esse fato não seria justiça, nem se todas as determinações do código de processo civil e penal fossem declaradas como "aplicáveis *mutatis mudandis*", se fosse estabelecida a "rigorosa" "norma" de que o tribunal do Reich só possa estabelecer diretrizes corretas e se a decisão fosse tomada, então, "com base" nessa "norma" e "com base" nas defesas das partes e dos advogados após a audiência oral e, em resumo, se fosse encenada uma pomenorizada paródia do processo.

Como todo outro problema teórico-constitucional, o da "justiça constitucional" pode ser simplesmente solucionado por meio de conceitos "formais". Mas tão logo se tenha em conta a diversidade objetiva entre legislação e justiça e a diversidade entre normas sujeitas e normas não-sujeitas à ação da justiça, revela-se que aquela leve simplicidade representa tão-só um jogo de equívocos. Quando Kelsen, *e.g.*, fala de uma universal "gradação da ordem jurídica" e sobre essa base constrói todo seu raciocínio, isso é apenas possível enquanto os diversos significados da ambígua palavra "Constituição" – norma de base, decisão política geral, o "conteúdo incidente de parágrafos constitucionais escritos" (R. Smend), instrução de competências da norma constitucional, normatização singular da norma constitucional para direito material – assim como os muitos tipos de "normas" não são diferenciados, mas continuamente confundidos uns com os outros. Em um estudo de CASPARY, A. "Versuch über den Begriff des Staatszweckrechts", *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, Bd. 83 (1927), p. 238, encontra-se a acertada observação: se a Constituição se tornar lei positiva, ela "não é mais nem menos direito do que, por exemplo, o código de direito civil, o qual não vige de modo algum 'com base' na Constituição". Assim, a "teoria de graus", com sua "universalidade" da norma, é interessante, talvez, para a teoria jurídica abstrata, mas não para a teoria constitucional. Não se atinge o problema específico, pois, em vez de uma base teórico-constitucional, é dado um esquema teórico-jurídico vazio de "ordem jurídica" e de "gradação" universal ou "hierarquia" de "normas". Apenas assim pode também ser explicada a noção particular de que, no caso da justiça constitucional, existiria uma justiça de normas sobre normas que a conformidade (constitucional) das leis "não é, em seu caráter teórico-jurídico e técnico-jurídico, uma exigência diferente daquela da conformidade da jurisdição e da administração" (relato, p. 53) e

Todo o despropósito desse tipo de lógica que se passa em uma estranha mistura de abstrações sem fundamento e metáforas fantasiosas revela-se no problema do guardião ou garantidor da Constituição. Uma lei não pode ser guardiã de uma outra lei. A lei mais fraca não pode, obviamente, guardar ou garantir a mais forte. Mas, inversamente, por exemplo, deve a lei dificilmente emendável guardar a lei ordinária? Com isso, tudo seria transformado em seu oposto, pois se trata da proteção e da guarda da norma constitucional, mas não da lei ordinária, e o problema é exatamente proteger a lei dificilmente emendável contra alterações por uma lei ordinária. O problema não surgiria, caso uma norma pudesse se autoprotoger normativamente.

---

que a lei como tal poderia ser "objeto" de um processo em vez de base para a decisão processual. Por haver leis com força de vigência mais forte e mais fraca e uma norma constitucional ser emendável apenas sob as dificultadas condições do artigo 76 da Constituição, enquanto uma lei ordinária pode ser revogada ou emendada por uma lei ordinária posterior, pode-se falar, com uma certa razão, de normas mais fortes ou mais fracas, "superiores" e "inferiores". A expressão é útil e não é equívoca, desde que, com ela, sejam designados apenas aqueles diversos graus de alteração e revogabilidade. Transforma-se em uma metáfora fantasiosa, caso se fale, então, de uma geral "hierarquia das normas" e, nesse quadro, se misturem três ou quatro tipos variados de superioridade e subordinação, a "superioridade" da Constituição sobre a totalidade da vida estatal, a "superioridade" da lei mais forte sobre a mais fraca, a "superioridade" da lei sobre a sentença judicial e atos da aplicação legal, a superioridade do superior sobre o subordinado. Com razão, há apenas uma hierarquia de seres concretamente existentes, uma superioridade e subordinação de instâncias concretas. Uma "hierarquia das normas" é uma antropomorfização da "norma", sem espírito crítico e ametódica, e uma alegoria improvisada. Se uma norma é mais difícil de ser alterada do que a outra, isso, então, sob todos os aspectos imagináveis, é logicamente, juridicamente e sociologicamente algo diferente de uma hierarquia, uma instrução de competências na norma constitucional encontra-se em uma relação de autoridade pública superior no tocante aos atos publicados pelo posto competente (pois uma normatização não é uma autoridade pública) e, com maior razão, a lei ordinária não é o subordinado da lei dificilmente emendável.

Uma norma vige mais forte, mais fraca ou tão fortemente quanto uma outra norma, entre as normas são possíveis contradições e colisões que devem ser solucionadas de alguma forma, uma norma pode repetir uma outra norma em seu conteúdo, ela pode lhe dar também um novo e fortalecido tipo de validade (é o caso quando uma lei ordinária é repetida como norma constitucional), uma norma pode introduzir novas conseqüências jurídicas, ameaças de punição, etc. (“sanção fortalecida”) e sempre podem ser criadas normas mais fortes e mais dificilmente emendáveis. Mas enquanto tudo transcorrer normativamente, não será possível alcançar uma proteção e uma garantia ainda mais forte por meio de uma norma suprema e mais forte, ainda que constitucional. Na pergunta pelo guardião da Constituição, trata-se da proteção da norma a mais forte perante uma norma mais fraca. Para uma lógica normativa e formalística, isso não representa em absoluto um problema, a validade mais forte não pode ser ameaçada ou colocada em risco por uma mais fraca e o direito constitucional formalístico novamente termina também exatamente onde o problema objetivo começa.

Se a justiça constitucional fosse uma justiça da norma constitucional sobre a lei ordinária, a justiça de uma norma enquanto tal projetar-se-ia sobre uma outra norma. Mas não há nenhuma justiça da norma sobre uma norma, pelo menos não, enquanto o conceito de “norma” manter uma certa precisão e a palavra não se tornar simplesmente uma expressão com dúzias de entradas secundárias, laterais e traseiras, ou seja, um veículo de ambigüidade ilimitada, para o que ela se presta, todavia, primorosamente. Já há muitos anos, Otto Mayer advertira insistentemente contra o abuso e a confusão da palavra “norma”.<sup>6</sup> Infelizmente inutilmente. Caso contrário, a noção de justiça constitucional como uma justiça de normas sobre normas não seria possível. Se com a palavra “justiça constitucional” deve ser designado um tipo de justiça que é determinada somente pelo tipo da lei utilizada como embasamento da

<sup>6</sup> *Verwaltungsrecht* I, 3. Aufl., 1924, p. 84 nota.

decisão, então todo processo civil decidido com base no artigo 131 ou 153 da Constituição do Reich é justiça constitucional. Ou será que a Constituição (mais precisamente, a norma constitucional singular) deve ser objeto do processo? Uma lei que serve de base para a decisão processual não é objeto do processo, mas justamente embasamento para a decisão. Ou será que se deve imaginar a norma constitucional personificada na figura do juiz e a lei ordinária personificada na figura da parte? Assim, a particularidade da "justiça constitucional" residia em ser uma norma tanto juiz, quanto parte, quanto embasamento para a decisão ser, por fim, até mesmo como teor da decisão, um processo singular, cuja construtibilidade só vem provar tudo o que se pode fazer com a palavra norma quando as abstrações se tornam metáforas e a "universalidade" dos conceitos, por fim, só reside no fato de que as abstrações vazias e sem fundamento se confundem da mesma forma como, em um jogo de sombras, a sombra de uma figura passa através da sombra de uma outra figura.

A aplicação de uma norma a uma outra norma é algo qualitativamente diferente do que a aplicação de uma norma a um fato e a subsunção de uma lei a uma outra lei (se é que é imaginável) algo essencialmente diferente do que subsunção de um tipo legal regulamentado à sua regulamentação. Se for averiguada uma contradição entre a lei ordinária e a norma constitucional e a lei ordinária declarada como nula, não se pode denominar como aplicação da norma constitucional à lei ordinária no mesmo sentido como o é a aplicação judicial da lei ao caso concreto. No primeiro caso, comparam-se umas normas as outras e, quando de colisões e contradições possíveis por diversos motivos, uma norma suprime a outra. No segundo caso, quando da aplicação judicial da lei a um determinado fato, um caso concreto é subsumido aos conceitos gerais (e ao "tipo" legal). Quando uma norma constitucional determina que as faculdades teológicas serão mantidas (artigo 149, § 3º, da Constituição do Reich) e uma lei ordinária, em oposição, determina que as faculdades teológicas serão eliminadas, então é aplica-

ção da norma constitucional manter as faculdades teológicas e aplicação da lei ordinária eliminá-las. Isso não poderá ser facilmente contestado. Em ambos os casos existem uma aplicação da lei a um fato e a decisão, em ambos os casos, é obtida da mesma forma mediante a subsunção correspondente ao tipo de lei. Em contrapartida, se o conteúdo de uma das leis é confrontado com o conteúdo da outra, se uma colisão ou contradição é averiguada e se surge a questão sobre qual das duas leis contraditórias entre si deve valer, então regras gerais são comparadas umas às outras, mas não subsumidas ou aplicadas. A decisão de que uma ou a outra de ambas as regras gerais deva valer, não se realiza por meio de subsunção correspondente ao tipo de uma das regras à outra. O que deveria, então, ser subsumido em tal caso? Se uma das leis ordena o contrário da outra lei e a contradição é decidida pelo fato de que uma de ambas as prescrições contraditórias vale e a outra não vale, não há subsunção de nula à válida ou da válida à lei nula. No exemplo citado há pouco, o “tipo” legal de ambas as normas que se contradizem – faculdades teológicas – é exatamente o mesmo. Assim, não se pode dizer que as faculdades teológicas da norma constitucional seriam subsumidas às faculdades teológicas da lei ordinária. Tampouco, na solução da contradição, uma das prescrições opostas é subsumida à outra e “a ela aplicada”. Seria absurdo se concluir que há subsunção quando ocorre a “supressão” ou quando se “conserva” algo ou vice-versa. Esse claríssimo caso de uma colisão de normas mostra, assim, que a primazia tipicamente judicial da decisão judicial obtida por subsunção correspondente ao tipo não existe de forma alguma na decisão de uma colisão de normas. Não há em absoluto subsunção, sendo apenas averiguada uma contradição e, depois, decidido qual das normas que se contradizem deva valer e qual deva permanecer “fora de aplicação”.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Cf. comentário feito anteriormente a respeito da “não-aplicação”. A “contradição” de uma das normas em relação à outra é também diferente da “contradição” em relação a uma norma verificada em uma sentença judicial a favor da “culpa”. Se uma norma determina que você não deve matar e o juiz comprova que X



Se nos ativermos a este simplíssimo caso de uma *evidente* contradição entre norma constitucional e lei ordinária, não teremos a idéia de falar, aqui, de uma justiça da norma constitucional sobre a lei ordinária. A única justiça possível em tal caso seria justiça penal vindicativa, devido a uma violação constitucional cometida contra o autor do delito, mas não contra uma norma. Mas o interesse prático em uma decisão a respeito da colisão de leis não se dirige, em geral, a tais casos de uma contradição manifesta que, em tempos normais, não serão muito freqüentes, nem a uma posterior correção de infrações perpetradas no passado, mas à pergunta de tipo bem diferente acer-

---

matou, a contradição à norma comprovada com isso é um outro tipo de contradição diferente da contradição entre as duas normas que se contrariam, você não deve matar e você deve matar. A comprovação sobre o que X aqui fez é um homicídio e a outra comprovação sobre uma das normas determina o contrário da outra norma, não podem ser colocadas, lógica e juridicamente, dentro de uma categoria comum e "universal". Pode ser que um ponto de vista normativo tenha desejado aplicar, aqui, o método de duplicações fictícias, o qual lhe é geralmente característico por não falar da coisa, apenas de suas sombras formalísticas. Da mesma forma como o normativo conduz ao fato de se imputar à validade do contrato concreto a validade do preceito geral de que contratos válidos sejam válidos (cf. *Verfassungslehre*, p. 69/70), pode ser acrescentada à validade de toda lei, ainda, a validade da lei geral de que leis válidas sejam válidas, do mesmo modo que a cada proibição se acresce a outra proibição de não se observarem proibições válidas, etc. Por meio de tais vãs adições poder-se-ia dizer que, além da norma constitucional e além da lei ordinária, também existiria, ainda, uma determinação da norma constitucional, segundo a qual é proibido promulgar leis ordinárias que contrariam uma norma constitucional, essa proibição teria sido violada pelo autor da lei ordinária e essa violação constitucional seria comprovada pelo juiz. Mas isso também não seria uma hierarquia das normas nem uma justiça constitucional. Se aqui o juiz decide que o legislador transgrediu aquela proibição, isso seria, então, segundo o caso, uma justiça penal repressiva e não justiça constitucional. Ademais, nada se obtém com o acréscimo de uma proibição da norma constitucional; a comprovação de que, entre uma ordem e a ordem contrária, existe uma contradição, também não se torna, por isso, uma subsunção correspondente ao tipo no sentido de aplicação judicial da lei.

ca de quem decide dúvidas e diversidades de opinião a respeito se existe ou não uma contradição e até que ponto ela existe. Tendo em vista a Constituição de Weimar, o interesse nessa questão é muito grande, pois especialmente na segunda parte estão colocados, lado a lado, os mais variados princípios, disposições particulares de direito material, programas e diretrizes, assim como compromissos dilatatórios incertos,<sup>8</sup> e se qualificarmos como “normas” todos esses diferentes preceitos, a palavra norma terá perdido seu valor e se tornado inútil. Aqui reside, nos mais difíceis e praticamente mais importantes casos, a obscuridade ou a contradição até mesmo dentro das próprias determinações da norma constitucional, as quais são em si obscuras e contraditórias por se basearem em uma justaposição desconexa de princípios contraditórios. Aqui também termina, evidentemente, a possibilidade de se simular uma gradação de normas e, se uma determinação da norma constitucional determina algo diferente de uma outra (e.g. artigo 146, § 1º e § 2º), a colisão não pode ser resolvida por meio da idéia de uma “hierarquia” das normas. Mas mesmo em outros casos de dúvidas e diversidades de opinião sobre a pergunta se existe uma contradição entre norma constitucional e lei ordinária, não se chega a subsunções correspondentes ao tipo no sentido de verdadeira justiça, porque a dúvida sempre só diz respeito ao conteúdo da norma constitucional. Quando a norma constitucional determina que as faculdades teológicas serão mantidas e uma lei ordinária determina que as academias teológicas serão eliminadas, pode ser então duvidoso se as academias teológicas são faculdades teológicas e se o fato atingido pela lei ordinária também é atingido pela norma constitucional. Isso também não é, considerando-se mais detalhadamente, uma subsunção correspondente ao tipo da lei ordinária à norma constitucional, nem uma subsunção do tipo da subsunção judicial de um fato concreto a uma lei. Pergunta-se, antes, se o caso que recai sob uma lei ordinária, recai concomitantemente sob a norma constitucional? O mesmo fato é subsumido a ambas as leis. A subsunção

<sup>8</sup> *Verfassungslehre*, p. 31-32.

do mesmo fato legal à norma constitucional é a mesma da subsunção à lei ordinária. A questão gira apenas em torno da pergunta acerca de qual das duas leis contraditórias deve se subsumir o fato concreto, mas apenas o caso concreto, não é a lei ordinária que é subsumida. Com isso fica claramente comprovado que aquelas perguntas e dúvidas dizem respeito *apenas ao conteúdo da norma constitucional*, mas não à subsunção da lei ordinária a uma determinação da norma constitucional. A pergunta se o tipo legal de uma lei ordinária (as academias teológicas) recai sobre o tipo legal da norma constitucional (as faculdades teológicas) tange à possibilidade da subsunção de um conceito mais restrito a um mais amplo, não a subsunção de um fato ôntico a uma norma impositiva. Apenas psicologicamente se pode dizer de forma imprecisa que se subsume (o que, no caso da evidente contradição entre duas normas, nem mesmo de forma psicológica poder-se-ia dizer). Porém, esse tipo de subsunção não é, no sentido específico, o da justiça, mas apenas o de todo julgar e opinar humanos em geral. Assim, por fim, também é “justiça” e “criação de normas” quando alguém diz que um cavalo não é um asno. Mesmo no caso de decisão de dúvidas e diversidades de opinião a respeito de existir ou não uma contradição entre duas normas, não se aplica uma das normas às outras, e, sim – pelas dúvidas e divergências de opinião só dizerem respeito ao conteúdo da norma constitucional – na verdade um conteúdo normativo duvidoso é colocado fora de dúvida e fixado de forma autêntica. Isso conduz à remoção da obscuridade sobre o conteúdo de norma constitucional e, por conseguinte, da definição de conteúdo legal, logo, de legislação, até mesmo de Constituição, mas não de justiça.

Sempre resulta a mesma e óbvia alternativa, de que *ou* existe uma contradição *manifesta e indubitável* contra determinações da norma constitucional, em que, então, o tribunal pune essa infração ao comprová-la, formal e expressamente, no modo de uma justiça penal vindicativa, *ou a dúvida* sobre o conteúdo de uma norma é tão justificada e a norma em sua matéria é tão obscura, que também não pode ser falado em

uma violação quando o tribunal tem uma outra concepção sobre o legislador ou sobre o governo, cujas prescrições se encontram em contradição com a duvidosa norma constitucional. No último caso fica claro que a decisão do tribunal não tem outro sentido a não ser o de uma interpretação autêntica. Destarte, consta acertadamente na Constituição saxônica de 1831, em seu artigo 153, § 3º, que a sentença proferida pelo tribunal do Estado, quando surgem dúvidas acerca da exegese de pontos particulares da carta constitucional que não podem ser eliminadas mediante acordo entre o governo e os estamentos, deveria “ser vista e seguida como interpretação autêntica”. Isso corresponde à natureza da coisa e é acertado para todos os casos de uma instância determinadora, dessa forma, do conteúdo normativo de um preceito, não importando se essa instância está organizada como tribunal ou algo diferente, se decide no procedimento judicial ou não. Toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ela atua como legislador constitucional.

O último fundamento teórico-jurídico daquela alternativa sempre reincidente reside no seguinte: em toda decisão, mesmo na de um tribunal que decide um processo subsumindo de maneira correspondente ao tipo, reside um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma.<sup>9</sup> A isso designei “decisionismo”. Mesmo um tribunal exercendo seu direito de exame tão-só acessoriamente, é visível esse elemento decisionista. Se tivermos cuidado de consultar, por exemplo, a obra de Warren sobre a história do supremo tribunal dos Estados Unidos, encontraremos em todas as importantes decisões desse tribunal argumentações oscilantes e fortes minorias de juízes discordantes e vencidos por maioria de votos, assim surgem as chamadas “decisões de cinco contra quatro” ou

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912; *Politische Theologie*, München und Leipzig 1922; além disso, ISAY, H. *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929.

mesmo “decisões de uma só pessoa” e são criticadas, talvez, exageradamente.<sup>10</sup> Com isso termina, em todo caso, a ingênua crença de que o arrazoamento de tais decisões não teria outro sentido senão o de transformar, doravante, uma inconstitucionalidade até então duvidosa em uma inconstitucionalidade óbvia para todo mundo. O sentido não é uma argumentação dominante, mas justamente uma decisão por meio de eliminação autoritária da dúvida. Mas ainda muito mais forte e mais essencial é o caráter decisionista de toda sentença de uma instância, cuja função específica seja dirimir dúvidas, inseguranças e divergências de opiniões. Aqui, o elemento decisionista não é apenas uma parte da decisão que se junta ao elemento normativo visando possibilitar, no geral, uma *res judicata*, a decisão como tal é, antes, o sentido e a finalidade da sentença e seu valor não reside em uma argumentação dominante, mas na eliminação autoritária da dúvida surgida exatamente das muitas possíveis argumentações contradizendo-se mutuamente. Explicação para tanto é uma experiência muito antiga e infelizmente, apesar dos progressos de nosso pensamento crítico, ainda não ultrapassada de que uma perspicácia logicista é capaz de produzir com facilidade cada vez mais novas dúvidas. Assim também cai, a noção que freqüentemente aflora nos planos de semelhante tribunal ou que, pelo menos, atua inconscientemente, de que tal tribunal eliminaria as dúvidas e divergências de opinião em sua característica como o melhor perito jurídico, sendo ele, assim, uma espécie de *expert* jurídico supremo. Na maioria das vezes, não se vê em tais raciocínios que o efeito do parecer se baseia essencialmente em seu valor argumentativo e que, nesse ponto, o parecer perfaz o pólo oposto perante a pura decisão. Um juiz não é um *expert* e a junção de atividade de parecerista com atividade judicial já contém em si uma mescla obscura, pois a atividade de parecerista não é, no caso, atividade judicial, não é justiça, e, sim, administração.<sup>11</sup> Mas se

<sup>10</sup> A respeito, p.ex., OGG-RAY. *Introduction to American Government*, 2. ed. New York 1926, p. 428.

<sup>11</sup> Daí fazem parte, outrossim, os pareceres do tribunal do Reich segundo o artigo 4 da lei introdutória à norma constitucional

tornarmos obrigatório o parecer em seu resultado, ele passa a ser decisão e não mais parecer.<sup>12</sup> Se isto já é válido para todo juiz, deve ser válido, então, de maneira infinitamente intensificada, para uma instância constituída com o propósito de eliminação autêntica e definitiva das dúvidas e divergências de opinião.

Para uma Constituição do tipo da Constituição de Weimar, isso tem ainda, por um motivo especial, um significado prático e direto. Toda Constituição é cheia de “ressalvas”, mas os au-

---

judiciária alemã e os pareceres do tribunal anticartel segundo o artigo 20 do decreto de 2 de novembro de 1923 (*Diário oficial do Reich* I, p. 1067) contra abuso de posições econômicas de poder. A respeito dos pareceres do tribunal de finanças do Reich segundo o artigo 43 do código fiscal do Reich: POPITZ, J. *Steuer und Wirtschaft*, VIII (outubro de 1928), col. 985; HENSEL, A. id. col. 1130 (“uma prova interessante da mudança de função de instituições estatais”). Uma relação especialmente notável contém o artigo 106 da lei do tribunal do trabalho: “Na medida em que as partes contratuais podem fechar um convênio arbitral em litígios trabalhistas segundo o artigo 91, elas também podem, sem exclusão da jurisdição trabalhista, acordar que *questões de fato que são consideráveis para a decisão do litígio*, devam ser decididas por meio de um *parecer arbitral* (contrato de parecer arbitral). O acordo tem o efeito de que as questões de fato a serem decididas mediante parecer arbitral estão subtraídas do exame da matéria e da apresentação de prova no processo trabalhista e de que a *autoridade do tribunal do trabalho está vinculada ao parecer arbitral*.” Sobre a tentativa de se obter, por meio do parecer, um Estado neutro perito (*expert*).

- <sup>12</sup> BERTRAM, A. *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 53, 1928, p. 428: “Com a interpretação praticamente autêntica por meio da apreciação, o tribunal do Reich tornar-se-ia *de facto* um tribunal para uma vinculativa interpretação da lei, tudo que é apresentado com razão contra o plano de semelhante tribunal (cf. REICHEL. *Gesetz und Richterspruch*, p. 111 e aquelas lá citadas) também depõe contra a realização de tal dever de parecerista do tribunal do Reich. Um tribunal do Reich que retificasse dúvidas e lacunas da lei procederia a uma transposição de fronteiras para dentro do território do legislador e, concomitantemente, se privaria da imparcialidade necessária à atividade julgadora.” “A apreciação não é componente da atividade judicial, é atividade administrativa e, por isso, tem que (a saber, devido ao artigo 4 da lei introdutória da norma constitucional judiciária) se restringir ao que pode ser transferido para os tribunais, a atividades da administração judiciária.”

tores dessa Constituição desprezaram, além disso, a antiga experiência de que não se pode escrever por demais em uma Constituição.<sup>13</sup> Os políticos partidaristas, contrariamente aos primeiros projetos de Hugo Preuß, muito escreveram, principalmente na segunda parte. Aliás, perante a situação da teoria constitucional daquele tempo, esse era um procedimento totalmente conseqüente e incontestável, pois se a Constituição é equiparada formalmente à norma constitucional singular e, assim, é definida igualmente como “nada mais do que uma lei dificilmente emendável”, cada um age corretamente quando aproveita a oportunidade para tornar dificilmente emendável tudo o que lhe for importante. Ademais, como já dito, muitas vezes a segunda parte da Constituição (sobre a qual recaem, especialmente, muitas dúvidas e divergências de opinião) não contém na diversidade de suas explicações fundamentais e disposições particulares da norma constitucional nenhuma decisão baseada em acordo, mas apenas fórmulas ambíguas, por meio das quais a decisão deva ser protelada e deva se levar em conta variados pontos de vista, freqüentemente, até mesmo contraditórios. Para tanto, a regulamentação acordada na questão eclesiástica e na escolar nos fornece exemplos evidentes. Em tais “acordos dilatórios em fórmulas”,<sup>14</sup> a decisão sobre “dúvidas e divergências de opinião” é que primeiramente confere, na verdade, em geral, a real normatização. Uma instância que, no verão de 1927, tivesse decidido a respeito da constitucionalidade do, então, projeto de lei escolar do Reich, altamente controverso, é que teria primeiramente dado ao artigo 146 da Constituição do Reich seu conteúdo e decidido normativamente a questão escolar. Quando aqui decide um tribunal, ele é manifestado como constituinte em função altamente política.

<sup>13</sup> Sobre os problemas das ressalvas: BILFINGER, C. *Zeitschr. f. auzl. öff. Recht u. Völkerrecht*, I. p. 63; para a “jurisdição estatal”, JERUSALEM, F. W. *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930 p. 97-98. Ademais, cf. CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions*, Paris 1814, Cap. 9: “De la nécessité, de ne pas étendre les constitutions à trop d’objets”.

<sup>14</sup> *Verfassungslehre*, p. 31-32; cf. também anteriormente.

## O Tribunal do Estado para o Reich alemão

# CAPÍTULO

# 4

### 4.1 Relação objetiva entre conceito constitucional e jurisdição constitucional; reconhecimento dos limites objetivos da justiça por intermédio do Tribunal do Estado para o Reich alemão; especial relação entre contrato constitucional e justiça constitucional

Não é nenhuma questão teórica, mas de utilidade prática o quão serão incumbidas as instâncias existentes ou a serem instituídas com o estabelecimento normativo do conteúdo de leis constitucionais obscuras e indeterminadas e, por meio disso, transformar essas instâncias em um contrapeso para a corporação legiferante. Além disso, é uma questão de considerações práticas caso se objetive ocupar essa instância com juízes de carreira inamovíveis e, assim, expor a justiça-funcionária a uma prova política de carga. Mas mesmo essa questão da utilidade não pode ser resolvida sem consciência teórico-constitucional e é por demais séria para se poder renunciar, em sua resposta, a conceitos objetivos e materiais. Sobretudo, não é correto, nem de forma teórica, nem prática, formalizar o con-



ceito da divergência constitucional “por meio da mediação da idéia da forma constitucional”, ou seja, retirar dele seu sentido e objeto concretos e, depois, qualificar tudo como divergência constitucional, para a qual se deva constituir um “tribunal constitucional” como competente.

A primeira condição de toda jurisdição ou justiça constitucional é, antes, um conceito definido da divergência constitucional que torne nitidamente diferenciável essa espécie de contenda, pelo menos em seu princípio material e em sua estrutura, diferentemente de outras contendas, ao tornar visível uma relação diretamente objetiva com a Constituição. Seria muito irrefletido tomar o caminho inverso e fazer com que tudo dependa de que o tribunal do Estado ou o constitucional dê a um conceito de divergências constitucionais totalmente indefinido e ilimitado, um conteúdo por meio de meros prejulgamentos e, dessa forma, determine o que seja uma divergência constitucional. Isso significaria que o tribunal do Estado busca suas competências. Em si, é totalmente possível criar um órgão que desenvolva suas competências e poderes de tal forma. Faz parte até mesmo dos fenômenos típicos da vida constitucional que um órgão que se torna consciente de sua influência política amplie cada vez mais o âmbito de seus poderes. Assim, apesar da cuidadosa normatização e dosagem de seus poderes pela Constituição de Bismarck de 1871, o parlamento alemão do Reich teve, sob essa Constituição, uma influência política maior do que se poderia ter a partir do texto constitucional. De outra forma, o significado teórico-constitucional tanto do conselho do Reich quanto dos Estados alemães em particular, especialmente da Prússia, é hoje bem diferente e muito maior do que mesmo um sagaz manejo das sílabas poderia interpretar a partir do teor da vigente Constituição do Reich. Talvez também um tribunal do Estado esteja em condições de se desenvolver para além das competências a ele destinadas rumo a uma autoridade de grande influência política. Mas uma instância judicial encarregada de decidir hoje na Alemanha contendas da vigente Constituição do Reich encontra-se, sem um conceito de divergência constitucional razoavelmente delimitável, em uma situação singular.

Primeiramente devido à já acentuada particularidade característica da vigente Constituição do Reich, cuja organização federativa justapõe Reich e Estados em um emaranhado quase impenetrável de competências e poderes e cuja segunda parte, do artigo 109 até 165, pode se tornar, sob o problemático título "Direitos e deveres fundamentais dos alemães", um abismo praticamente insondável de dúvidas, de divergências de opiniões e – na medida em que é positivado e atualizado – de direitos legítimos e, por conseguinte, também de divergências jurídicas. Instituir, perante tal Constituição, um tribunal constitucional para divergências constitucionais e não lhe entregar em mãos um conceito de divergências constitucionais, ou seja, nenhuma outra delimitação de sua competência além de uma definição vocabular totalmente vã, segundo a qual toda divergência acerca de uma disposição constitucional é uma divergência constitucional, significa, na realidade, nada mais do que entregar ao próprio tribunal a decisão sobre sua competência. Em virtude do significado objetivo de divergências constitucionais pode aí residir, na verdade, uma competência para competência da espécie a mais admirável que, no caso de um aproveitamento conseqüente, não se encontra distante daquela competência para competência, na qual a literatura de direito público do pré-guerra, segundo o procedimento de Haenel e Rosin, avistou muitas vezes até mesmo o critério da soberania.

O resultado prático para a realidade atual será, evidentemente, bem diferente e, mais precisamente, não só porque o tribunal do Estado é competente, segundo o artigo 19 da Constituição, apenas para divergências constitucionais dentro de um estado, não para aquelas dentro do Reich. Um tribunal lotado com juristas de carreira e que permanece consciente de sua posição como tribunal, provavelmente não vai em absoluto desear abandonar a esfera da justiça real. Mas depois ele se defrontará com o dilema simples, ao qual sempre se faz alusão nas presentes exposições, uma vez que resulta, com referência à Constituição, para toda consideração exata dos limites da justiça, *ou se trata claramente de infrações indubitáveis contra a Constituição, ou seja, uma justiça atuante post eventum,*

ou, porém, de *casos de dúvida* e, então, o âmbito da justiça se restringe a um nada, primeiramente porque uma *suposição* geral denota a validade dos atos do legislador e do governo e, segundo, porque, mesmo em casos de atos estatais imperfeitos, a nulidade, a invalidade ou o caráter não-notório de tais atos, como Walter Jellinek mostrou em sua teoria dos atos estatais imperfeitos,<sup>1</sup> apenas em casos relativamente raros é a consequência da imperfeição, *i.e.*, da infração contra uma norma qualquer. Mas se considerarmos a tarefa de um tribunal constitucional como sendo justamente o de dissipar as dúvidas sobre o conteúdo de uma determinação constitucional, o que ele faz, como exposto acima, não é mais justiça, mas uma relação obscura entre legislação e parecer jurídico. Destarte, também não é estranho que tal tribunal, na concreta realidade de sua prática, sempre se esforce por retornar para dentro dos limites da justiça e, sobretudo, evite, em casos sérios de certa abrangência, opor-se ao legislador ordinário ou ao governo competente, pois com tal oposição ele se tornaria legislador ou governo tão logo ele saia da esfera da meramente defensiva autoproteção da justiça independente vinculada à norma. Aqui é eficaz um motivo profundamente fundamentado em sua natureza, que, concomitantemente com toda nova espécie de justiça, cria também novas exceções, ressalvas e correções. Assim, *e.g.*, o francês *Conseil d'Etat* desenvolveu, com o controle judicial-administrativo, também o conceito dos atos de governo, *actes de gouvernement*, para retirá-los desse controle.<sup>2</sup> Não se pode apresentar a tendência de todo tribunal lotado com juristas do funcionalismo de carreira em permanecer dentro dos moldes do domínio da justiça, como uma cautela puramente política ou mesmo como pusilanidade subalterna e

<sup>1</sup> JELLINEK, W. *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1908; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen 1913, p. 209; *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 1929, p. 253-254.

<sup>2</sup> Por fim, a respeito, os relatórios do *Institut International de Droit Public* de 1930, com os relatos de R. Smend, R. Laun e, especialmente para o desenvolvimento francês, P. Duez.

desejar “desmascará-la” psicológica ou sociologicamente. Fica, antes, comprovado com isso que é inútil exigir da justiça, de maneira subjetiva, funções que ultrapassem a esfera de uma subsunção correspondente ao tipo, ou seja, saiam dos limites dados por meio de uma vinculação a normas determináveis quanto ao conteúdo.

Em sua decisão datada de 17 de fevereiro de 1930 sobre a constitucionalidade da lei eleitoral prussiana,<sup>3</sup> o tribunal do Estado para o Reich alemão recusou-se em tratar determinações da lei eleitoral do estado da Prússia de 1920/1924 como anticonstitucionais, das quais, em todo caso, devido a uma concepção difundida e representada por conceituados juristas e, especialmente, também segundo decisões anteriores do próprio tribunal do Estado, podia ser, com razão, discutível se elas não infringiriam o princípio da igualdade da eleição estabelecido na Constituição do Reich. Pode aqui ficar fora de consideração o modo como essas dúvidas teriam que ser corretamente decididas no caso. Em contrapartida, é de suma importância o fato de que o próprio tribunal do Estado (visto de forma exata) também não as decidiu no caso, declarando-se, em certo sentido, como não-competente, apesar de decisão publicada, pois, no cerne dos motivos decisórios dessa importante sentença, se encontra o raciocínio a seguir. O tribunal do Estado responde à pergunta se existe uma infração contra o princípio da igualdade eleitoral: “Nesse caso (ou seja, no caso do princípio da igualdade eleitoral) não se trata de um conceito lógico-matemático, mas de um conceito jurídico.” E diretamente a seguir ainda acrescenta: “Por isso, igualdade e desigualdade não são opostos que se excluem.” O confronto antitético entre lógico-matemático, por um lado, e jurídico, por outro, é metodicamente de extrema importância e contém uma repulsa muito considerável do vão normativismo, com o qual se tentou tornar sem fundamento, por um tempo, os direitos público e constitucional.

<sup>3</sup> *Jurisprudência civil do Reich* 128, anexo p. 1-2; *Ausgewählte Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, herausgegeben von Reichsgerichtspräsident Dr. Bumke, Heft 2, Berlin 1930, em especial p. 15/16.

Mas também isso pode ficar aqui fora de consideração, pois aquela antítese entre “lógico-matemático” e “jurídico” só serve ao tribunal do Estado, apesar “do rigorismo inerente ao preceito da igualdade do artigo 22 da Constituição”, para considerar, contudo, divergências dessa igualdade como justificadas, só quando são justificadas “por uma necessidade realmente premente”. Mas há talvez juristas que vêem na expressão “necessidade realmente premente” um conceito subsumido por se lembrarem dos conceitos indeterminados que surgem na prática do direito administrativo e civil e que podem ser manuseados judicialmente pelos tribunais, desde que concepções relativamente previsíveis do tráfego social e dos costumes, relações relativamente estáveis dentro de uma coisa pública ordenada (p.ex., segurança pública e ordem no direito policial comum, questão de necessidade ou de aptidão no direito administrativo) ofereçam um substituto suficiente para a normatização material pelo legislador. Interessante é que o tribunal do Estado não recai nesse erro de uma equiparação indistinta das variadas esferas jurídicas, tomando, sim, um caminho totalmente diferente. Após as frases há pouco citadas, consta ainda literalmente: “É o legislador ordinário que tem que decidir a questão se e até que ponto são garantidas divergências dos princípios eleitorais em particular no interesse da uniformidade de todo o sistema eleitoral e para a salvaguarda do alcance dos objetivos de política pública com eles perseguidos. (...) Mas, em todo caso, o tribunal do Estado só pode obstar às decisões do legislador, *se é que pode*, se carecerem *claramente* da justificativa interna e se delas se puder dizer, assim, *com segurança* que contrariam a vontade do legislador constitucional, expressa no § 1º do artigo 22 da Constituição do Reich.” A decisão acerca de todas as incertezas, inseguranças, dúvidas e divergências de opiniões sobre um assunto do legislador (ou, naturalmente, de acordo com a situação da competência, sobre um assunto do governo) está, na realidade, explicada e subtraída à competência do tribunal do Estado. Se nos lembrarmos de que o apelo por um tribunal do Estado surgiu precisamente da necessidade de se verem decididas judicialmente

dúvidas e inseguranças a respeito de determinações constitucionais, esse posicionamento do tribunal do Estado para o Reich alemão é de significado fundamental para o problema do tribunal do Estado em geral. Ele só quer se opor a violações constitucionais claras, ou seja, não discutíveis. Ele deixa valer todas as decisões do legislador, nas quais, como consta em mais adiante, “ele não se deixou conduzir, todo caso, por ponderações subjetivas”. As palavras “claramente” e “com certeza”, em vista de nosso ponto de partida – eliminação de inseguranças e dúvidas – têm que se sobressair de forma bem especial. A especificidade decisionista da resolução de dúvidas e inseguranças, que ultrapassa os limites objetivos da justiça, distingue-se aqui de forma tão clara quanto a aversão do tribunal do Estado em se ver empurrado para dentro do papel de uma decisão dessa espécie. Se o tribunal do Estado obsta tão-somente a violações constitucionais claras, indubitáveis e passíveis de serem certificadas com segurança, ele passa a ser, então, o contrário de uma instância convocada para a decisão de dúvidas e incertezas. Dessa maneira, é ainda mais saliente e até mesmo perturbador o fato de que um tribunal do Estado que se restringe com extrema cautela apenas ao controle geral de leis claramente anticonstitucionais, acrescente ainda, além disso, a essa restrição as palavras “se é que pode”. Não se pode saber, sem mais, se isso tem que ser entendido como uma outra restrição ou como uma ressalva de características diferentes e se também deve expressar ainda uma discricção perante claras violações constitucionais. Provavelmente, seria o caso aqui de uma limitação de alcance mais abrangente.

A primeira condição de uma “justiça constitucional” permanece sendo um nítido conceito de *divergência constitucional*. Ele, por sua vez, só pode ser definido em uma estreita relação com um claramente reconhecido *conceito de Constituição*. Uma expansão das “divergências constitucionais”, dominada apenas pelas mais próximas considerações de conveniência e sentimento, e uma admissão irrefletida de partes iria, inversamente, afetar e transformar também a essência da própria Constituição e poderia acarretar conseqüências inespera-

das, nas quais a falta de consciência teórico-constitucional produzirá, então, efeitos nocivos. Os conceitos de “divergência constitucional”, “jurisdição constitucional” e “Constituição” estão objetivamente tão estreitamente ligados que não apenas uma mudança do conceito de Constituição mudará o conceito de divergência constitucional, mas também, inversamente, uma nova prática de processos constitucionais e de jurisdição constitucional poderá transformar a essência da Constituição.

Um tipo teórica e praticamente definível de divergências constitucionais e, por conseguinte, também um tribunal constitucional de características especiais para sua decisão resultará quando a *Constituição* for *um contrato* (ou seja, uma situação jurídica bi ou plurilateral e não uma decisão ou lei política unilateral) ou quando ela for concebida, pelo menos, como contrato. Isso porque é a partir da essência do contrato que pode ser respondida a pergunta central sobre o que é uma divergência constitucional e quem pode ser parte de uma divergência constitucional. Essa questão situada no início de toda discussão sobre o tribunal do Estado não pode ser deixada a cargo do próprio tribunal ao se esperar como ele vai desenvolver, em sua prática e segundo seu julgamento, o conceito da divergência constitucional e a admissão de partes. Caso contrário, o guardião teria se transformado em senhor da Constituição. Se um tribunal do Estado deve decidir judicialmente acerca de divergências constitucionais, tem antes que estar claro o que são divergências constitucionais e tal questão não pode ser satisfeita por meio de respostas “formais”. Mas se a Constituição, de acordo com sua essência, é contrato ou acordo, resulta daí um conceito útil e plausível de divergência constitucional, pois da mesma forma como contendas resultantes de um contrato são aquelas contendas que surgem entre as partes do contrato sobre o conteúdo do contrato (divergências em matéria de locação, p.ex. divergências entre locatário e locador sobre o conteúdo do contrato de locação), divergências constitucionais seriam aquelas entre as partes do contrato ou acordo constitucional sobre o conteúdo de suas estipulações. Diferen-

ças e divergências que surgem de tal contrato prestam-se especialmente a uma resolução judicial ou arbitral quanto ao conteúdo contratual estabelecido oferece um embasamento para a atividade judicial, por possibilitar uma derivação da decisão judicial a partir do conteúdo do contrato.<sup>4</sup> Por conseguinte, é precisamente em tratados internacionais que o tribunal do Estado é declarado como competente,<sup>5</sup> e no direito internacional divergências entre Estados, advindas de um tratado, são consideradas tipicamente como “sujeitas à ação da justiça” ou “arbitráveis”.<sup>6</sup> O conceito de Constituição conduz, aqui, a conceitos conseqüentes e praticamente úteis de divergências constitucionais e, por intermédio deles, também a de jurisdição. Mas também, inversamente, se, sem uma reflexão teórico-constitucional, são admitidos pelo tribunal do Estado os mais variados grupos sociais como parte, isso leva a uma concepção pluralística do Estado e transforma a Constituição de uma decisão política do detentor do poder legislativo constitucional em um sistema de direitos adquiridos contratualmente, a cuja observância os grupos e organizações interessados podem forçar o Estado mediante um processo.

<sup>4</sup> Aqui também não deve ser afirmada, por exemplo, uma ilimitada e absoluta sujeição à ação da justiça, mas apenas a possibilidade de uma definição de quem é parte contratual e do que é divergência contratual.

<sup>5</sup> Por exemplo, tratado internacional de 23 e 31 de março de 1920, artigo 13 (*Diário oficial do Reich*, p. 640), entre o Reich alemão e o Estado livre da Baviera sobre a transferência da administração dos correios e telégrafos da Baviera ao Reich, divergências de opiniões entre os governos pactuantes com referência à interpretação desse tratado devem ser decididas pelo tribunal do Estado, ou o artigo 43 do Tratado Internacional de 31 de março de 1920 (*Diário oficial do Reich*, p. 787) sobre a transferência da ferrovia estatal ao Reich.

<sup>6</sup> Por exemplo, artigo 38 do convênio de arbitragem de Haia de 1907. Artigo 13, § 2º, do estatuto da Liga das Nações; artigo 36 do estatuto do Tribunal Internacional Permanente; artigo 2 do Tratado de Arbitragem e Conciliação suíço-alemão de 3 de dezembro de 1921 (*STRUPP. Documents*, V, p. 591), etc.



## 4.2 O Tribunal do Estado como instituição especificamente federativa

A Constituição é um contrato em uma autêntica federação (confederação de Estados ou Estado federativo), como Constituição federal dos Estados reunidos na federação por intermédio do convênio federal. Em uma organização política desse tipo instaura-se, freqüentemente, uma instância para dirimir divergências entre os membros da federação e, mais além, para decidir divergências dentro de um estado singular, apta a colocar em risco a paz e a segurança ou a homogeneidade dentro da federação.<sup>7</sup> Nesse aspecto, está pressuposto que na base da Constituição federal encontra-se um contrato, sobre cuja interpretação e aplicação podem surgir, entre as partes contratuais, divergências que têm que ser apaziguadas. Se no decorrer do desenvolvimento deixar de existir a base contratual e a organização federal repousar apenas na decisão política de um detentor uniforme do poder legislativo constitucional, como é o caso para a organização federal do Reich alemão após a Constituição de Weimar, pode-se, juntamente com outras instituições federais, assumir ou criar também um tribunal do Estado federal de características especiais, enquanto existir constitucionalmente uma organização federal.

O artigo 19 da Constituição do Reich está totalmente ligado, sistematicamente, à organização federal do Reich alemão na seção “o Reich e os Estados”. Fala de divergências de direito

<sup>7</sup> *Verfassungslehre*, p. 113-114. Com isso não deve, por exemplo, ser afirmada como possível ou correta uma ilimitada estrutura judicial para todas as relações federais; a respeito, muito acertadamente BILFINGER, C. *Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tübingen, 1923, p. 9-10, e também a concepção de A. Haenel, *vide* nota anterior. Trata-se, aqui, apenas da relação geral entre *contrato* constitucional e sujeição à ação da justiça. Tão pouco quanto qualquer outra Constituição pode ser dissolvida a Constituição federal em um sistema de direitos e obrigações singulares (SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 172).

não-privado entre o Reich e os Estados, de divergências entre Estados e, finalmente, de divergências constitucionais dentro de um estado. O conceito de Constituição contido nessa tripla justaposição está determinado de dois modos a partir do pensamento constitucional, por meio da organização federal do Reich e por intermédio das repercussões do tempo da luta constitucional de meados do século XIX, para a qual a Constituição era um contrato (pacto, acordo) entre governo e representação popular. Divergências entre o Reich e Estados ou entre Estados são, em uma organização federal, divergências a partir da situação do contrato federal ou, pelo menos, a partir de uma coordenação de formações estatais conservadas pela Constituição. Mas divergências constitucionais dentro de um estado são, segundo uma concepção histórica, divergências entre parlamento e governo a partir do contrato constitucional existente entre eles.<sup>8</sup> A federação como tal tem um interesse nas divergências constitucionais dentro de um estado porque está interessada na conciliação e resolução pacíficas, correspondendo à “satisfação” geral pertinente à essência de toda federação.<sup>9</sup> Assim sendo, a decisão, por um tribunal federal, de tais divergências constitucionais ocorrentes dentro de um estado está intimamente ligada à organização federal e não pode ser dela separada. É inadmissível “expandir” a competência de um tribunal do Reich, competente para resolver divergências constitucionais dentro do Reich. Isso seria uma emenda constitucional radical e, certamente, apenas admissível por via de uma emenda constitucional,<sup>10</sup> toda a instituição seria radicalmente

<sup>8</sup> *Verfassungslehre*, p. 115.

<sup>9</sup> *Verfassungslehre*, p. 369.

<sup>10</sup> Seria necessária uma lei de emenda constitucional também porque seria criada, no caso, uma nova instância para funções legislativas, isso não foi compreendido em LÖWENTHAL. *DJZ.* 1927, col. 1234/1235 e no *Diário administrativo do Reich* de 22 de novembro de 1930, p. 748. Uma emenda constitucional é exigida com razão por: HOFACKER. *Gerichtssaal* 1927, p. 213; GRAU, R. Id., p. 287; BREDT, *Zeitschrift f. d. ges. Staatsw.*, vol. 82 (1927), p. 437; sobretudo VON IMHOFF. Id. p. 244-245.

modificada em sua estrutura e à mesma instância seriam atribuídas duas funções antagonicas, uma especificamente de direito federal e uma especificamente de direito interno de um estado, incumbidas de correr lado a lado. Uma instituição jurídica federalista seria confundida com uma unitarista de centralismo e a confusão hoje já reinante no direito do estado federado do Reich alemão tornar-se-ia ainda mais obtusa e enigmática. Um tribunal do Estado do Reich para divergências constitucionais dentro de um estado e um tribunal do Estado para divergências constitucionais do Reich dentro do Reich são produtos de essência diversa, porque o primeiro repousa na pressuposição e base de uma organização federal, enquanto o segundo não. Não seria uma simples "expansão", e, sim, um passo em direção a um outro território do direito constitucional se fosse acrescentada à competência de uma instância federal do Reich uma função pensada na forma de estado unitário.

Um tribunal federal que decide divergências constitucionais dentro de um estado-membro é, concomitantemente, guardião tanto da Constituição federal quanto da estadual. Em especial, é guardião da homogeneidade constitucional essencial a toda federação. Em nenhuma federação ou complexo federal, a Constituição do estado-membro pode ser considerada independentemente da Constituição do Estado como um todo. Por isso, o tribunal do Estado para o Reich alemão não pode, ao decidir divergências constitucionais dentro de um estado, ignorar a Constituição do Reich, tendo que se basear nela para proferir sua decisão. Disso resulta, ademais, que de determinações da vigente Constituição do Reich dentro de um estado podem surgir verdadeiras divergências constitucionais enquanto o Reich contiver determinações de cunho organizatório-constitucional para a Constituição estadual (artigo 17, 30, 36, 37, 38, 39 da Constituição do Reich). Mas daí não resulta que todas as divergências acerca do emprego e da execução de determinações da Constituição do Reich, quando se passam territorialmente ou no tocante às partes litigantes dentro de um estado, sejam divergências constitucionais dentro de um estado, pois a Constituição do Reich não vigora dentro de um estado como

parte da Constituição estadual, e, sim, autonomamente. A organização de um estado não é moldada de maneira a se basear, primeiro, na Constituição estadual e, segundo, na Constituição do Reich delimitada territorialmente e acolhida pela Constituição estadual. A Constituição estadual atinge apenas o resto do ser estatal que ainda compete aos Estados, apenas nesses moldes são possíveis divergências constitucionais dentro de um estado e só a isso se refere também o estabelecimento de um tribunal do Estado de um estado da federação, cuja competência pelo artigo 19 da Constituição do Reich tem primazia sobre a competência de um tribunal do Reich. Segundo o desenvolvimento histórico-constitucional da fórmula “divergências constitucionais dentro de um estado”,<sup>11</sup> divergências a partir da Constituição do Reich não são divergências dentro de um estado. Nesse fato, nada deveria ser mudado pelo artigo 19, como nitidamente resulta das declarações do representante do ministério da justiça do Reich, conselheiro Zweigert,<sup>12</sup> na assessoria da Constituição de Weimar, e o teor do artigo não diz, por exemplo, “indubitavelmente” (como consta na decisão de 13 de abril de 1927, *Jurisprudência civil do Reich* 120, anexo, p. 21) o contrário. Muito mais tem razão R. Thoma quando diz que “o teor do artigo denota, antes, a negação da questão” se um litígio sobre a Constituição do Reich também pode ser visto ou não como divergência constitucional dentro de um estado.<sup>13</sup> Os materiais também denotam a negação.<sup>14</sup> A condição feita pelo artigo 19 (divergências constitucionais dentro de um estado, “no qual não haja nenhum tribunal para sua

<sup>11</sup> Cf. a respeito *Verfassungslehre*, p. 114.

<sup>12</sup> Protocolo, p. 411 (contra a concepção de Kahl que queria qualificar todo litígio tendo como objeto a Constituição como divergência constitucional); além disso, a declaração de Hugo Preuß de 2 de abril de 1919, nas atas manuscritas das reuniões da comissão constitucional, vol. I, n. 6, atas anexas 3.

<sup>13</sup> *Die Staatsgerichtsbarekeit im Deutschen Reich, Reichsgerichtsfestschrift I*, 1929, p. 181. Todavia, logo a seguir diz Thoma que o teor admitiria, porém, a afirmação da questão.

<sup>14</sup> Assim, com razão, THOMA, R. Id., p. 181.

resolução”) confirma esse ponto de vista. O artigo 19 não objetiva transferir, para decisão, divergências constitucionais a partir da *Constituição do Reich* a um tribunal do *estado da federação* e transformar os tribunais dos Estados em instâncias para um direito constitucional do Reich delimitado territorialmente. Ele serve apenas ao interesse do Reich, como o todo da organização federal, em dirimir conflitos políticos que surgem a partir da Constituição estadual dentro de um estado.

Todavia, o tribunal do Estado para o Reich alemão deu à sua competência ainda uma dimensão maior, tratando divergências “radicadas na Constituição do Reich”, “desde que uma prescrição da Constituição do Reich esteja em discussão ao complementar a Constituição estadual ou outras normas de direito constitucional estadual”, como divergências constitucionais dentro de um estado.<sup>15</sup> A partir disso, a restrição “dentro de um estado” torna-se ou uma limitação meramente territorial

<sup>15</sup> Decisão de 12 de julho de 1921 (*Jurisprudência civil do Reich* 102, p. 415 e Arquivo de direito público 42, p. 79; LAMMERS-SIMON I, p. 357); decisão provisória de 15 de outubro de 1927 (*Jurisprudência civil do Reich* 118, anexo, p. 4 e LAMMERS-SIMON I, p. 292); três decisões de 17 de dezembro de 1927 (LAMMERS-SIMON I, p. 330, 341/342 e 398/399); decisão provisória de 12 de maio de 1928 (*Jurisprudência civil do Reich* 120, anexo, p. 19; LAMMERS-SIMON I, p. 352); finalmente, confirmando expressamente a prática exercida até então, decisão de 24 de junho de 1930, *Jurisprudência civil do Reich* 129, anexo, p. 1/2; aí também na p. 6 a formulação citada no texto acima; igualmente, POETZSCH-HEFFTER. *Handkommentar*, 3. Auflage, p. 157 (com remissão aos artigos 17, 37 e 38 da Constituição do Reich, o que, a meu ver, não é decisivo); LAMMERS, H. H. *Hebdomadário Jurídico* 1928, p. 3255, nota, seguindo pré-decisões até então do tribunal do Estado, já considera “sem dúvida” que divergências a partir da Constituição do Reich pertencem às divergências constitucionais dentro de um estado. Em posição contrária, me parece ser correto o argumento de LEIBHOLZ, G. *Gleichheit vor dem Gesetz*, p. 126, nota, segundo o qual, no artigo 19, deve-se entender por divergência constitucional “uma discussão acerca do emprego, manuseio ou interpretação de uma lei fundamental de um estado individual”. “Isso resulta certamente da competência apenas subsidiária do

ou dependente do fato de que ambas as partes, ou pelo menos a parte acusada, sejam instâncias ou organizações estaduais. Assim, será tratado como divergência constitucional dentro de um estado o caso de sociedades religiosas quando, com base em títulos históricos, fizerem reivindicações contra o estado remetendo a determinações da Constituição do Reich, teria que ser considerado – pressupondo-se uma capacidade em ser parte judicialmente – como divergência constitucional dentro de um estado quando uma organização de funcionários públicos vislumbra na lei de remuneração de um estado uma infração contra o artigo 129 da Constituição do Reich, quando comunidades, igrejas, minorias dissidentes, câmaras de comércio, câmaras de artesãos, câmaras de advogados e médicos, sindicatos, associações de interesses dos mais variados tipos, universidades, até mesmo, talvez, faculdades teológicas possam fazer valer para si qualquer uma das intermináveis normas da segunda parte da Constituição de Weimar. A expressão “divergências constitucionais dentro de um estado” fica, assim, desligada da relação rigorosamente federal. O limite aqui não é mais visível.

Mas também para as divergências entre o Reich e os Estados resultam muitos pontos obscuros, quando todas as “divergências de direito não-privado” entre o Reich e um estado puderem ser apresentadas, sem mais, diante do tribunal do Estado para o Reich alemão e, além disso, quando o conceito

---

tribunal do Estado, pois, senão, haveria a possibilidade para os Estados que instituíssem um tribunal para dirimir tais divergências, de contornar a assim fundamentada competência do tribunal do Reich ou do tribunal do Estado e substituí-la pela decisão do tribunal do estado da federação”. Além disso, corretamente: HUBER, E. R. *Arquivo de direito público* XIX (1930), p. 456, na discussão do livro de KUHN, Fr. *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht*, Leipzig, 1929. ANSCHÜTZ. *Kommentar*, 3. Bearbeitung, p. 154 (n. 2 sobre o artigo 19) abandonou sua atual concepção e assumiu a concepção do tribunal do Estado; GIESE. *Kommentar*, 8. Aufl., p. 82, acentua o caráter de exceção das divergências constitucionais dentro de um estado, resultantes da Constituição do Reich.

de divergência for concebido de forma tão ampla que, por fim, toda divergência de opinião entre o Reich e um estado nele recaia. Então, a autoridade competente do Reich pode simplesmente fazer do tribunal do Estado a mais alta instância controladora do Reich e, inversamente, prevenir o estado, por meio de uma queixa junto ao tribunal do Estado, contra o curso normal do controle pelo Reich, em que divergências entre o Reich e um estado podem ser, concomitantemente, divergências constitucionais dentro de um estado e vice-versa, etc. As possibilidades, instâncias e vias constitucionais introduzidas pela Constituição do Reich para a relação entre Reich e Estados, a saber, execução pelo Reich segundo o artigo 48, § 1º, da Constituição do Reich, decisão sobre a conformidade jurídica ao direito do Reich de uma lei estadual segundo o artigo 13, § 2º, e a instituição jurídica do controle pelo Reich segundo o artigo 15,<sup>16</sup>

<sup>16</sup> A concepção fundamental da relação do artigo 15 com o artigo 19 da Constituição do Reich foi proferida pelo tribunal do Estado na decisão de 9 de dezembro de 1929 (*Jurisprudência civil do Reich* 127, anexo, p. 125, LAMMERS-SIMON II, p. 25): “Uma divergência da espécie de direito não-privado que recai sob o artigo 19 é também, por conseguinte, uma divergência entre o Reich e um estado sobre a execução de uma lei do Reich pelo estado infringe o sentido da lei do Reich a ser executada, ou seja, se a execução, pela sua forma, é imperfeita.” Da expressa regulamentação do artigo 15, § 3º, “não se pode concluir que naqueles casos, nos quais a divergência de opinião sobre a forma da execução de uma lei do Reich ainda não encontrou sua especial manifestação por meio de uma reclamação formal, essa divergência de tipo de direito não-privado não possa ser apresentada diante do tribunal do Estado. Nesses últimos casos, ocorre, antes, *complementarmente*, a intervenção do artigo 19. Ele estabelece um princípio geral”. À guisa de crítica, cf. as exposições de VON JAN. *Diário administrativo da Baviera*, 1930, p. 68/69, a meu ver, muito pertinentes. No litígio concernente às rezas nas escolas da Turíngia (decisão de 11 de julho de 1930, *Jurisprudência civil do Reich* 129, anexo, p. 18), o tribunal do Estado declarou “no caso presente como não necessitando de exame” a questão se, conforme o artigo 15, § 3º, da Constituição do Reich, a convocação do tribunal do Estado deve ser precedida pela chamada reclamação, primeiramente porque tal repreensão teria ocorrido e, segundo, porque, em todo caso, existiria uma

tornar-se-iam ainda mais complicadas do que já são. Poder-se-ia tentar escapar desse resultado ao acentuar o caráter subsidiário da competência segundo o artigo 19 da Constituição do Reich. Contudo, a prática, até então, do tribunal do Estado não restringiu a própria competência sob esse ponto de vista. O governo do Reich parece também utilizar-se, ocasionalmente, do tribunal do Estado para escapar de um posicionamento político próprio.<sup>17</sup> Além disso, por princípio, não é possível apresentar a decisão por um tribunal do Estado como complementação alternativa geral (juntando-se a possibilidades decisórias de direito civil, penal, administrativo, financeiro e a outras). Pode-se tornar um tribunal competente subsidiariamente, mas não tornar o conceito material de divergência constitucional um conceito "subsidiário". A existência ou não de uma divergência de

---

divergência de direito não-privado segundo o artigo 19, do que resultaria, "sem mais", a competência do tribunal do Estado para o Reich alemão. O argumento apresentado pelo Reich de que a Turíngia teria *reconhecido* a competência do tribunal do Estado (p. 14) não é aceito, admiravelmente, pelo tribunal do Estado.

<sup>17</sup> Muito característica a observação de LAMMERS, H. H. *Hebdomadário Jurídico*, 1928, p. 3255, nota: "O fato de o governo do Reich não se ter colocado abertamente do lado da igreja e, com isso, ter causado uma 'divergência de opinião' no sentido do artigo 15, § 3º, da Constituição do Reich ou uma 'divergência' no sentido do artigo 19 da Constituição do Reich, residiu, pelo visto, na dificuldade da apreciação das questões situadas na esfera do direito estadual, para as quais faltaram ao governo do Reich os elementos, como também em ponderações de tipo político. Parece compreensível que o Reich valorize o fato de que uma divergência de direito público, a qual, nos moldes do artigo 19 da Constituição do Reich, pôde ser resolvida tanto como 'divergência de direito não-privado entre Reich e estado' quanto como 'divergência constitucional dentro de um estado' diante do tribunal do Estado, tenha encontrado sua resolução, de acordo com a possibilidade, desta última forma. Destarte, parece ser o melhor para o governo do Reich deixar a própria igreja dirimir a contenda diante do tribunal do Estado, ainda mais que a igreja lutou pelos direitos a ela competidos e estava em melhores condições do que o governo do Reich para representar a situação da matéria e do caso radicada no direito estadual da Saxônia."



direito de estado da federação não pode ser dependente nem do fato de que outras instâncias *não* tratem da matéria, nem pode se juntar *complementarmente* a qualquer divergência de opinião. Tampouco quanto o próprio conceito de Constituição, pode ser definido o conceito de tais matérias litigiosas, seja subsidiária, seja complementarmente. A atividade do tribunal do Estado tem sempre que deixar visível uma relação direta e específica com a própria Constituição.

### 4.3 Jurisdição estatal e constitucional como expressão da tendência em transformar a Constituição em um contrato (acordo) constitucional

Além da possibilidade de direito de estado da federação em considerar a Constituição como contrato, existe ainda uma outra possibilidade de característica muito diferente em tratar a Constituição como contrato e, com isso, como base em uma jurisdição estatal ou constitucional. Isso porque se o Estado não for concebido como uma unidade realizada e fechada em si mesma (seja por meio do poder de um monarca ou de um grupo dominante, seja por intermédio de homogeneidade do povo em si uniforme), ele se fundamenta, assim, *dualisticamente* ou até mesmo *pluralisticamente* no contrato e no acordo de várias partes. O tipo e a forma de sua existência política estão, então, determinados por contratos e acordos.<sup>18</sup> Assim, o

<sup>18</sup> A diferenciação entre contrato e acordo pode ser desconsiderada aqui, mas tem-se que, ao menos, mencionar que é um sintoma chamativo, se não inquietante, quando, hoje, na Alemanha, essa diferenciação desenvolvida por Binding e Triepel para relações internacionais (direito internacional e direito federal) e, ainda recentemente, qualificada de "incontestável" por KOROVIN. *Das Völkerrecht der Übergangszeit, Berlin-Grünwald, 1929*, p. 25, seja transferida para relações e acordos internos, p.ex., LIERMANN, H. *Über die rechtliche Natur der Vereinbarungen politischer Parteien untereinander*, AöR, N. F. XI (1926), p.

estamento medieval baseava-se em contratos dos mais variados tipos, em acordos, ajustes, capitulações, conciliações, negociações, estatutos, entendimentos, em resumo, em um sistema de contratos mútuos com direitos adquiridos contratualmente e com as típicas ressalvas existenciais, em caso de necessidade, do direito de resistência, que agora, subitamente, fazem parte desse tipo de contratos. Correspondia igualmente a uma concepção do século XIX alemão, amplamente difundida e totalmente dominante por décadas, o fato de considerar a Constituição como um contrato, mais precisamente um contrato escrito, cujos parceiros eram príncipe e povo, rei e câmaras, governo e representação popular. Disso resultou, como uma conclusão especialmente prática aqui, um conceito inequívoco de *divergências constitucionais*, tal qual se manteve incontroverso, em substância, como conceito transmitido historicamente até o ano de 1919 na Alemanha, onde divergências constitucionais foram apenas divergências entre governo e parlamento sobre seus direitos recíprocos a partir do pacto constitucional. Uma outra consequência politicamente deveras importante reside no fato de que mesmo a *emenda constitucional*, por conseguinte, tem que ser concebida como um contrato entre os contratantes do pacto constitucional. Para a relação que aqui interessa é importante, principalmente, que divergências de opinião, diferenças e contendas sobre o conteúdo da Constituição escrita sejam resolvidas por meio de mútuo *entendimento*. Assim surgiu na Baviera o famoso entendimento constitucional de 1843, o qual, embora não valesse como interpretação constitucional autêntica, apenas como “meio interpretativo”, sob a reserva dos pontos de discórdia não-ajustados, serviu ao exercício do direito de deferimento do orgamen-

---

411; com respeito ao “acordo” na bibliografia do direito do trabalho sobre a doutrina do contrato coletivo de trabalho, cf. E. JACOBI, *E. Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, p. 260/261; ademais, HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* II, 1930, p. 116, onde a diferenciação é apresentada como sem valor para o direito do trabalho e a bibliografia aí mencionada.

to por parte dos estamentos.<sup>19</sup> No artigo 153 da Constituição da Saxônia de 1831, encontra-se a conseqüência clara e expressa: só quando surgirem dúvidas a respeito da interpretação de pontos isolados da carta constitucional e as mesmas não puderem ser resolvidas por meio de *acordo* entre o governo e os estamentos, é que decide o tribunal do Estado. A afinidade, salientada por Carl Bilfinger,<sup>20</sup> de alguns fenômenos de direito constitucional com os do *direito internacional*, torna-se claramente visível em toda parte onde aparece a idéia de um contrato ou acordo constitucional e expressa-se, sobretudo, no fato de que a questão duvidosa ou discutível se torna, primeiramente, objeto de negociações e a competência do tribunal baseia-se na submissão das partes.

A Constituição vigente do Reich persevera na idéia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o qual se outorgou uma Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de ato unilateral. Com isso, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que se

---

<sup>19</sup> SEYDEL. *Bayerisches Staatsrecht*, 2. Aufl., Bd. II (1896), p. 565-566. Seydel declara o entendimento constitucional como um valioso meio interpretativo, cujo significado político residiria em que nele se expressam convicções jurídicas pactuantes da coroa e das câmaras (p. 571). O entendimento constitucional está publicado em *Stoerk-Rauchhaupt*, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 109. Sobre a relação entre conceito constitucional e interpretação constitucional, de forma especialmente clara, cf. MOHL, R. *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, p. 173-174: "Mas se a lei a ser esclarecida ainda não estiver definida de modo suficiente, passam a valer os seguintes princípios: 1. Uma carta constitucional é o instrumento contratual sobre os princípios governamentais estabelecidos em comum acordo entre o príncipe e o povo", etc.

<sup>20</sup> *Betrachtungen über politisches Recht*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. I (Berlin 1930), p. 63; também JERUSALEM, F. W. *Die Staatsgerichtsbarkeit*, p. 97-98. À "analogia com divergências internacionais" já remetem THUDICHUM, R. *op. cit.*, p. 681; MOHL, R. *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, p. 209; cf. também nota anterior acima; sobre a analogia com o direito do trabalho, cf. nota mais adiante.

esforçam em fazer dela um contrato, um acordo ou algo semelhante, são solenemente rejeitadas como violações do espírito da Constituição. Mas, nesse ponto, um elemento de tipo contratual penetra novamente na Constituição de Weimar, quando ela mantém uma organização federativa, pela qual, mesmo se renunciando ao embasamento como união, fica inevitavelmente reconhecido como constitucional um componente federalista que, portanto, contém relações típicas de contrato. Assim, está também criada a base para o caráter de direito federal de um tribunal do Estado, como tratado na seção anterior. Mas, além disso, surge na realidade de nossa atual situação constitucional ainda um outro elemento análogo ao contratual ou que a ele conduz, a saber, um elemento *pluralista*. O desenvolvimento de alguns grupos sociais, partidos políticos, associações de interesses e outras organizações conduz a complexos solidamente organizados com burocracias próprias e todo um sistema de organizações de ajuda e apoio transpor as fronteiras estaduais, difundindo-se no Reich alemão, e apodere-se da volição estatal, assim como das posições públicas de poder no Reich, nos Estados e nas corporações autônomas. Como titulares desse pluralismo, do qual trataremos mais adiante, interessam várias grandezas sociais e vários complexos de poder, partidos políticos solidamente organizados, associações de interesses (associações industriais, liga agrária, sindicatos), sociedades religiosas. Existem e atuam como titulares de um poder social calculável e relativamente seguro e sólido. Sua importância para diferentes matérias (política externa, economia, cultura, concepção de mundo) é diferente e só pode ser conhecida em uma colaboração sistemática, mas a tendência para a divisão pluralista do Estado torna-se clara e suficientemente visível. Pode-se, sobretudo, constatar um efeito importante aqui para a questão da Constituição como um contrato: a própria Constituição e a volição estatal ocorrente em sua esfera surgem como *acordo* entre os vários titulares do pluralismo estatal e as coalizões dessas organizações sociais de poder alternantes de acordo com a matéria do acordo – política externa, política econômica, política social, política cultural – transfor-

mam, com seus métodos de negociação, o próprio Estado em um construto pluralista. Na bibliografia teórica, já se proclamou, com grande despreocupação com a teoria constitucional, a tese de que o Estado parlamentarista em geral seria, pela sua essência, um acordo.<sup>21</sup> Com isso se diz abertamente, mesmo talvez sem a consciência de todas as conseqüências de direito constitucional, que o Estado atual é, juntamente com sua Constituição, o objeto de acordo das grandezas sociais participantes do contrato acordado.

Mesmo a própria Constituição de Weimar é frequentemente concebida e definida como acordo, mais precisamente, em seu todo, no qual nela se concebe uma “paz de classes” ou uma “paz de religiões”, talvez também apenas um simples “armistício” entre a classe operária e a burguesia alemãs, católicos e protestantes, cristãos e ateístas, etc.,<sup>22</sup> quanto também para importantes trechos e disposições em particular, p.ex. igreja e escola, onde a designação de “acordo escolar” é, especialmente,

<sup>21</sup> KELSEN, H. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 324 (com a confusão tipicamente liberal entre liberalismo e democracia); *Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen, 1929, p. 57; especialmente característico também no relato sobre essência e desenvolvimento da jurisdição estatal, publicação da associação dos professores alemães de direito público, caderno 5, p. 81, no qual se concilia o caráter de acordo do moderno Estado democrático com a jurisdição constitucional no Estado federal. Nesse aspecto, todo o relato parte do princípio de que Constituição seria igual a norma constitucional, norma constitucional igual a norma. O ambíguo conceito de norma apresenta-se, aqui, novamente como veículo das modificações conceituais, como tudo que se puder imaginar é válido como norma, mesmo a fundamental diversidade do conceito de Constituição, situada teórica e praticamente no centro de toda discussão teórico-constitucional – a Constituição é uma decisão política da unidade do povo, homogênea em si? É uma lei (de qual legislador)? É um contrato ou acordo (entre quais partes contratuais)? – pode desaparecer rapidamente e tudo, decisão, lei e contrato, pode ser englobado na palavra “norma”.

<sup>22</sup> A respeito, SCHMITT, Carl; PREUB, Hugo. *Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen (*Recht und Staat*, Heft 72) 1930, p. 31-32.

sempre corrente e não-insignificante. Em todos esses casos de fragmentação pluralista da unidade estatal e constitucional, as partes portadoras do pluralismo reivindicam a própria Constituição, *i.e.*, o poder estatal e seu exercício. A constituição se torna sua Constituição, pois foram eles que a contraíram. Fazem valer *direitos ao poder público* em si, porque podem recorrer ao fato de que são os titulares do acordo, *i.e.*, os contraentes, por meio do qual se realiza tanto a Constituição quanto toda outra volição estatal. Suas diferenças tornam-se cada vez mais semelhantes às divergências internacionais e, por isso, são resolvidas, primeiramente, por meio de negociações mútuas, conciliação e, por fim, desde que haja submissão voluntária e uma divergência arbitral ou sujeita à ação da justiça, também por meio de decisão judicial. Falta na atual teoria do Estado e de Constituição alemã a consciência sistemática dessa situação. Ademais, os interessados nesse pluralismo não têm, por via de regra, a pretensão de deixar sua prática ser analisada sob um esclarecimento sistemático. Nem têm um interesse em levar a cabo as conclusões práticas, pois procuram escapar, quando possível, do risco político, já tendo em consideração seus partidários e eleitores. Dessa forma, reúne-se muita coisa ao encobrir a realidade com a ajuda de um dito formalismo e mantê-la, mediante uma turva antítese entre o "jurídico" e o "político", servente a todos os subterfúgios e volatilizações, numa confusa situação.

Em algumas divergências jurídicas que se passam hoje perante o tribunal do Estado para o Reich alemão, pode-se reconhecer facilmente que as verdadeiras partes do litígio são tais construtos sociais de poder ou suas coalizões partidárias, de modo que o processo só reflete a estrutura pluralista do Estado. Mesmo em divergências entre o Reich e um estado, na realidade, freqüentemente, apenas uma das coalizões político-partidárias processa o partido hostil. O fato, aqui, de se chegar a *acordos* e de tais acordos serem concluídos com a maior naturalidade é a melhor prova de que os partidos políticos, sob o reconhecimento geral, tratam o objeto do litígio constitucional como algo suscetível a seu entendimento e acordo, destarte

também a sua disposição. Assim, na contenda recentemente decidida (dezembro de 1930) entre o Reich e a Turíngia por causa do bloqueio dos subsídios aos policiais, foi fechado um acordo desse tipo.<sup>23</sup> Todavia, pode-se, nesse caso, justificar a disposição sobre o objeto da lide ao se dizer que se trataria, em primeiro lugar, de uma relação *federal* entre o Reich e um estado, da qual não se pode eliminar por completo o elemento

<sup>23</sup> A proposta de acordo apresentada pelo presidente do tribunal do Estado aos envolvidos e por eles aceita tinha, de acordo com as informações veiculadas pela imprensa em 23 de dezembro de 1930, o seguinte teor:

As partes colocam-se de acordo que, nos moldes do presente processo, não pode e não deve ser resolvida a questão que versa sobre se e em que medida o partido dos trabalhadores alemão nacional-socialista persegue objetivos subversivos ou puníveis de outra forma. O ponto de vista defendido por cada parte com relação a essa questão, não é afetado de modo algum por meio desse acordo e das declarações nele apresentadas. As partes partem do princípio de que, em breve, a questão fundamental será esclarecida em um outro processo pendente no tribunal do Reich.

O Reich suspende o bloqueio dos subsídios à polícia, as quantias retidas, até então, serão pagas *a posteriori*. O estado da Turíngia retira sua petição do tribunal do Estado.

O Estado da Turíngia reconhece amiúde a obrigação de cuidar para que seja incondicionalmente garantido o caráter apolítico da guarda civil como um todo, assim como o comportamento apolítico dos funcionários, em particular, a serviço. Em conformidade com isso, o governo da Turíngia procederá, na contratação, promoção e transferência de policiais, não segundo pontos de vista de política partidária, mas apenas segundo os pontos de vista da aptidão e do interesse oficial. As partes estão de acordo que, com isso, uma recusa, por princípio, da contratação de sociais democratas é tão incompatível quanto uma transmissão de listas de candidatos a uma organização partidária com vistas à constatação da filiação ao partido.

O ministério de estado da Turíngia, em sua totalidade (!), assume a garantia pela observância dessas obrigações.

Esse acordo não antecipa a questão de os princípios e os acordos, com base nos quais os subsídios aos policiais são repassados aos Estados, justificarem um compromisso jurídico de pagamento *ou tão-somente uma vinculação política do Reich*.

federalista, *i.e.*, contratual, e que, ademais, ainda está regulamentada, no caso concreto, por numerosos acordos e ajustes que acompanham a Constituição, e, em segundo lugar, a divergência diria respeito a *pretensões pecuniárias*, cujo especial caráter já se fez valer também, além disso, na prática das disposições provisórias do tribunal do Estado.<sup>24</sup> Mas de características bem diferentes é o famoso acordo entre o conselho de estado prussiano e o ministério de estado prussiano de 31 de outubro de 1923, o qual contém um ajuste entre ambos os cargos sobre a interpretação e aplicação do artigo 40 da Constituição da Prússia e, devido a esse ajuste, qualifica o processo pendente como sem fundamento e terminado.<sup>25</sup> Esse caso mostra o quanto

<sup>24</sup> É o caso da decisão de 17 de novembro de 1928, *Jurisprudência civil do Reich*, vol. 122, p. 18/19; LAMMERS-SIMONS I, p. 175 (continuação do pagamento de contribuições); *contra*, p.ex. a resolução de 13 de julho de 1929, LAMMERS-SIMONS II, p. 99: "Logo, o tribunal do Estado também não pode, especialmente pela disposição provisória, frustrar a promulgação de leis deliberadas"; principalmente, resolução de 17 e 18 de julho de 1930, (*Jurisprudência civil do Reich* 129, anexo, p. 28) que aqui é de interesse especial, porque é recusada a petição para ordenar o pagamento provisório de subsídios aos policiais (ou seja, de quantias em dinheiro) pelo Reich ao estado da Turíngia, com a observação fundamental, já mencionada anteriormente, "de que o tribunal do Estado fará uso, tanto no futuro como feito até agora, do recurso de uma ordem provisória com extrema cautela e discricção".

<sup>25</sup> O acordo encontra-se publicado em WALDECKER, Ludwig. *Die Verfassung des Freistaates Preußen*, 2. Aufl. 1928 (Biblioteca jurídica de Stülke, n. 4, p. 110 *et seq.*). O teor do acordo é tão significativo que deve ser citado aqui detalhadamente, destacando-se em itálico as formulações importantes para o contexto que nos interessa: I. As partes litigantes *colocam-se de acordo na concepção* de que o artigo 40, § 1º, da Constituição prussiana outorga ao conselho de estado um *direito autônomo à informação* pelo ministério de estado *e independente* de suas tarefas dos §§ 2º a 4º do artigo, mas não, como já expressamente salientado no libelo do conselho de estado datado de 20 de outubro de 1922 (impressos do parlamento estadual 4761), um direito especial de parecer, controle ou participação. De resto, as partes litigantes *querem deixar a cargo do respectivo entendimento a realização*



as partes de um litígio constitucional *dentro de um estado*, sob a participação do tribunal do Estado, consideram o objeto do litígio constitucional algo suscetível a seu entendimento e acor-

---

desse princípio no caso em particular, mas no qual, já agora, o ministério de estado se declara expressamente disposto a manter o conselho de estado informado, desde que possível, sobre todas as questões significativas, mesmo sobre diretrizes gerais das instruções aos representantes prussianos no conselho do Reich.

II. *As partes litigantes colocam-se de acordo* sobre o fato de que a questão de o ministério de estado ter que publicar também aquelas leis votadas pelo parlamento estadual, para cuja apresentação não se ouviu o parecer do conselho de estado, não pode ser decidida sem a assistência do parlamento estadual. *Porém, o ministério de estado reconhece com relação ao conselho de estado, sem reservas, que está incondicionalmente obrigado*, pela determinação do artigo 40, § 2º, da Constituição prussiana, a dar a tempo conhecimento ao conselho de estado, para fins de parecer, de todos os anteprojetos de lei, antes que sejam apresentados ao parlamento estadual.

III. *O ministério de estado deixa em aberto a questão perante o conselho de estado*, se a interpretação do artigo 40, § 4º, da Constituição prussiana também deve ser diferenciada entre decretos administrativos e decretos jurídicos no sentido do exercício constatado na aplicação do artigo 51 e se o conselho de estado ou sua comissão competente só deve ser ouvido no caso de decretos administrativos. Mas todos os casos nos quais se tratar da mistura de decretos administrativos e decretos jurídicos ou nos quais, seguindo essa orientação, o caráter do decreto parecer duvidoso, são decididos a favor de se ouvir o conselho de estado.

*Por sua vez, o conselho de estado deixa em aberto a questão* formulada anteriormente perante o ministério de estado, mas, para regulamentos de execução urgentes ou importantes, sejam eles concebidos como decreto administrativo ou decreto jurídico, instituirá um processo abreviado de audição, o qual levará em conta as necessidades do Estado.

IV. O mencionado acordo foi apresentado para aprovação às partes litigantes pelos representantes na negociação do acordo, o conselheiro de justiça professor doutor Kahl para o conselho de estado, os secretários de estado Dr. Freund e Fritze para o ministério de estado. Essa aprovação foi concedida pelo ministério de estado em julho, pelo conselho de estado em outubro de 1923. O representante do conselho de estado participará ao presidente do tribunal do Estado. *Com isso, o processo pendente deve ser considerado sem fundamento e terminado.*

do. Mas, aqui, objeto do litígio não é nada mais do que *o exercício de poderes e competências constitucionais*.

A resolução processual de divergências sempre conduz facilmente a uma coordenação das partes, especialmente quando prepondera a noção de um *processo civil* e as analogias a ele são aplicadas ao processo constitucional. Nesse caso, reúne-se a coordenação entre as partes, contida na situação processual, com a coordenação ocorrente pela noção contratual e contida na coordenação entre as partes processuais e contratuais, que também surge com respeito ao objeto do litígio, de modo que ambas concomitantemente se apóiam e se fortalecem. Somente no caso da punição de violações constitucionais evidentes é que a analogia ao processo penal tem efeito. Mas, caso contrário, aparecerão inopinavelmente pontos de vista e argumentos do processo civil. Assim consta na decisão de 3 de dezembro de 1927 do tribunal do Estado: "No exame da questão, se o litígio em particular se apresenta como divergência jurídica, deve-se partir, no entanto, dos argumentos apresentados pelo requerente, nada é diferente do fato de que, no processo civil, quando do exame da admissibilidade da via judicial, as alegações do autor são tomadas como base".<sup>26</sup> Isso pode ser totalmente correto no caso em particular, só necessitando ainda de mais diferenciação, sobretudo, teria que ser respeitada a particularidade da jurisdição estatal e constitucional, que não pode separar capacidade de agir em juízo e legitimação ativa no modo do processo civil. Em contrapartida, é incorreto e enganoso quando o processo civil é apresentado, em uma única frase, irrefutavelmente e sem outra argumentação ou diferenciação, como uma analogia normativa e considerado como algo evidente e natural em si.

Na bibliografia de direito público, são visíveis tendências semelhantes. Enquanto a teoria de direito constitucional de até então, como em geral a teoria de direito público, parte, com toda certeza, do princípio de que não existe *nenhum direito ao*

<sup>26</sup> Decisão de 3 de dezembro de 1927, *Jurisprudência civil do Reich* 120, anexo, p. 1/2; LAMMERS-SIMONS I, p. 147.

*poder público e, para seu exercício, nenhum direito à função pública* e de que o titular de um poder ou competência de direito público não pode, de modo algum, deles dispor da mesma maneira de um direito subjetivo que lhe compete, ao passo que a singularidade, a anormalidade e o caráter inoportuno de uma monarquia são justamente vistos no fato de que o monarca tem um direito à função pública e a seu poder estatal, o que, no Estado moderno, é pretensamente totalmente impensável – Bernatzik construiu, como se sabe, com base nessa singularidade da posição do monarca, uma definição jurídica da diferença entre monarquia e república<sup>27</sup> – as várias instâncias participantes da volição estatal tornam agora a interpretação da Constituição e o exercício de seus poderes objeto de acordos e de processos, conduzidos analogamente a processos civis, sem que a bibliografia de direito público tenha encontrado aí algo que chamasse a atenção. Ela parece, antes, contentar-se em registrar precedentes, e em deixar a cargo do futuro as sérias conseqüências de um princípio de estado completamente novo e, primeiramente, introduzido inconscientemente. Todavia, a publicação até hoje mais importante sobre esse tema, o já várias vezes citado tratado de H. Triepel sobre “Divergências entre o Reich e os Estados” (1923), trata, conforme seu título, apenas de divergências de direito federal, ou seja, daquelas nas quais a coordenação contratual da parte pode ser justificada a partir do elemento federalista da Constituição do Reich, e quando Triepel concebe o conceito de divergência de forma muito ampla, ele insiste em que nenhum estado poderia intentar uma ação sem levar em consideração “uma especial relação com o direito”. Nesse ponto, encontra-se aqui salientada de forma especialmente enfática, a relação entre capacidade para demandar e direito público subjetivo. O tribunal do Estado também não quer, de modo algum, ver em toda violação de uma determinação constitucional vigente uma violação de um direito subjetivo e, com isso, o embasamento de uma capacitação

<sup>27</sup> Republik und Monarchie, 2. Aufl. Tübingen 1919 (1. Aufl. 1892).

para propor uma ação judicial.<sup>28</sup> Mas, apesar disso, na maioria dos casos de uma violação de interesses, pode ser facilmente construído e afirmado um direito subjetivo, interessando apenas a fundamentação da ação.<sup>29</sup> É exatamente a fundamentação do conceito de divergência jurídica no conceito de direito subjetivo que torna o conceito de divergências constitucionais dentro de um estado (e, igualmente, dentro do Reich) mais difícil e mais problemático, pois direitos públicos subjetivos só iriam sancionar aqui a decomposição pluralista do Estado.

Infelizmente, na maioria das vezes, isso não é compreendido. Em seu livro sobre a jurisdição estatal,<sup>30</sup> F. W. Jerusalem define a extensão da jurisdição estatal no modo como diz que “tudo que pertenceria ao processo de volição estatal, cujos titulares sejam os órgãos estatais”, pertenceria também à esfera da jurisdição estatal. Ele também quer “conceder ao titular de um cargo no órgão público, nessa particularidade, direitos subjetivos”, os quais, assim como na jurisdição civil (!), são tomados objeto de uma ação”. Mesmo o órgão estatal, afirma, “pode ser titular de um direito subjetivo quando a ordem jurídica lhe conceder uma esfera de autonomia na execução de sua atividade orgânica”. A isso ele junta a seguinte restrição, sumamente característica: “É claro que o direito subjetivo do titular do órgão com base no direito público atual jamais englobará o poder à transmissão hereditária, por exemplo.” Assim esperamos, era ainda o que faltava, ou seja, a ciência jurídica levar a afinidade entre o atual pluralismo e o Estado feudal e esta-

<sup>28</sup> Decisão de 17 de novembro de 1928, *Jurisprudência civil do Reich*, vol. 122, anexo, p. 18/19; LAMMERS-SIMONS I, p. 169: “Da mesma forma, se o princípio da igualdade dos Estados tivesse que ser reconhecido como conteúdo não escrito da Constituição do Reich, a Prússia ainda não poderia deduzir daí nenhum direito público subjetivo, por força do qual estaria autorizada a proceder contra o conteúdo de uma lei do Reich originada, aliás (!), em conformidade com a Constituição”.

<sup>29</sup> Decisão de 3 de dezembro de 1927, *Jurisprudência civil do Reich*, 120, anexo, p. 1/2; LAMMERS-SIMONS I, p. 147.

<sup>30</sup> *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, p. 51/53.

mento medieval a tal ponto de ainda tentar garantir a posse do poder até mesmo como direito adquirido. Mas para o grau de decomposição do conceito de Estado, frases semelhantes são altamente sintomáticas e merecem a maior atenção. Jerusalem encerra esse parágrafo com a seguinte tese: “Ao decidir esta (ou seja, a jurisdição estatal) constitucionalmente sobre divergências entre órgãos no tocante a sua competência, a Constituição do Reich reconheceu, nesse ponto, a participação dos órgãos estatais como objeto de direitos subjetivos, como aqueles com poder para defender suas competências perante outros órgãos por meio de reivindicações correspondentes junto à jurisdição estatal.” Jerusalem acha “crítico” o modo de se expressar de Anschütz (comentário p. 154), segundo o qual o poder advindo do órgão estatal se iguala ao direito subjetivo, mas só por não ser abrangente o suficiente, aquele poder deve ser, antes, idêntico ao direito subjetivo. Igualmente característica é a formulação de M. Löwenthal que encontra a diferenciação entre jurisdição estatal e jurisdição administrativa no fato de que, na jurisdição estatal, se fazem valer *direitos ao poder público* e, na jurisdição administrativa, *direitos contra o poder público*.<sup>31</sup> Em comparação com semelhantes construções teóricas, a prática do tribunal do Estado para o Reich alemão é extremamente cuidadosa e evita se tornar o instrumento do pluralismo estatal. Permitiu, em especial, a competência jurídica dos partidos políticos apenas para divergências de direito eleitoral,<sup>32</sup> não permitiu a competência jurídica das facções de partidos políticos, de forma alguma, de maneira geral, e, sim, sob rigorosa restrição.<sup>33</sup> Como, além disso, divergências cons-

<sup>31</sup> *Diário administrativo do Reich*, 1929, p. 526. Tanto mais chama a atenção o fato de que Löwenthal, na discussão do livro de Jerusalem no *Diário administrativo do Reich*, 1930, p. 748, se pronuncia, muito decidida e oportunamente, contra a construção de direitos subjetivos do órgão estatal.

<sup>32</sup> Decisões de 17 de dezembro de 1927; LAMMERS-SIMONS I, p. 334 e 345; cf. também mais adiante neste livro.

<sup>33</sup> Facções foram admitidas como partes para os seguintes objetos de litígio: validade de uma eleição para o parlamento estadual;

titucionais dentro do Reich não pertencem à competência do tribunal do Estado, estão, assim, retiradas da tendência ao pluralismo, localizada na expansão do conceito de divergência constitucional, suas mais perigosas possibilidades.

Apesar disso, as extremas conseqüências daquelas construções de direitos subjetivos permanecem teoricamente dignas de consideração, a Constituição deixaria de ser tratada como decisão política da totalidade do povo, homogêneo em si, os ditos órgãos estatais, *i.e.*, os detentores dos plenos poderes estatais, poderiam ver seus plenos poderes e competências como direitos subjetivos que exercem nas organizações sociais, cuja incumbência se tornaram “órgãos estatais”, e reclamar contra organizações hostis, em caso de necessidade, também pela via processual. A volição estatal tornar-se-ia, em sua totalidade e em todos os detalhes importantes, um acordo, cujos parceiros – os detentores sociais do poder que formam o Estado pluralista – de acordo com a situação da coisa, fariam valer em breve direitos subjetivos à detenção do poder estatal por meio dos órgãos estatais por eles constituídos, mas em breve, caso se trate de escapar ao risco político, se recordariam de que, “formalmente” e “como direito público”, absolutamente não existem.

Em minha teoria constitucional, contrapus a tais tendências o sistema de um Estado constitucional democrático com um conceito positivo de Constituição. Caso se persevere no fato de que a Constituição de Weimar signifique uma decisão política do povo alemão em sua homogeneidade como o detentor do

---

duração da eleição de uma assembléia estadual; instituição de comissões de investigação; validade de leis, nas quais participaram ou eram autorizadas a participar; constitucionalidade de um decreto de emergência; senão, “sua competência jurídica só pode ser fundamentada por circunstâncias especiais”, cf. a enumeração dos precedentes e a exposição fundamental na decisão de 24 de junho de 1930, *Jurisprudência civil do Reich* 129, anexo, p. 8. De resto, não se deve continuar a discutir aqui a capacidade de agir em juízo perante o tribunal do Estado, é de se esperar por meio de E. Friesenhahn (Bonn), um tratamento dessa questão para a qual falta, até agora, uma apresentação sistemática.

poder legislativo constitucional e, em virtude dessa decisão, o Reich alemão seja uma democracia constitucional, a pergunta pelo guardião da Constituição pode ser, então, respondida de forma diferente do que por meio de estruturas judiciais fictícias.

**Segunda parte**  
**A CONCRETA SITUAÇÃO**  
**CONSTITUCIONAL DA**  
**ATUALIDADE**

---





## Pluralismo, policracia e federalismo

# CAPÍTULO

A concreta situação constitucional do Reich alemão de hoje deve ser brevemente caracterizada aqui por meio de três conceitos: pluralismo, policracia e federalismo. Trata-se, nesse aspecto, de três fenômenos do desenvolvimento de nossas relações de direito público, a serem diferenciados entre si e que se colocam em evidência, de forma distinta, em várias esferas da vida estatal. À primeira vista, esses três fenômenos estão tão-somente ligados por uma oposição comum, a oposição a uma *unidade estatal fechada e universal*, mas, de resto, entre si, são de natureza diferente. Com a palavra *federalismo*, procura-se expressar aqui apenas a justaposição e a cooperação, existentes dentro de uma organização federal de uma maioria de Estados encontra-se, aqui, uma pluralidade de formas *estatais* sobre base *estatal*. *Pluralismo*, em contrapartida, designa uma maioria de complexos *sociais* de poder, solidamente organizados e estendendo-se pelo Estado, *i.e.*, tanto pelas várias áreas da vida estatal, quanto pelas fronteiras dos Estados e pelas corporações territoriais autônomas, esses complexos de poder como tais se apoderam da volição estatal, sem deixar de ser um produto apenas social (não-estatal). Por fim, a *policracia* constitui-se numa maioria de detentores da *economia pública*, juridicamente autônomos, em cuja autonomia a vontade estatal encontra um limite. Sobre a primeira diferenciação provisória pode ser feita a seguinte confrontação: o pluralismo designa o

*poder* de várias grandezas sociais *sobre a volição estatal*; a policracia é possível com base em uma *retirada* do Estado e em uma autonomização *perante* a vontade estatal; no federalismo reúnem-se ambos na antítese formulada por Carl Bilfinger, influência na volição do Reich e liberdade do Reich na esfera da própria independência e autonomia. Essas breves definições não devem ser definições completas, mas servir apenas como ponto de partida para um panorama de nossa atual situação constitucional.

Cada um dos três fenômenos pode ser individualmente considerado e examinado, porém, na realidade da vida estatal, ele aparecerá, na maioria das vezes, junto a um ou dois dos outros fenômenos, seja aliado a eles, seja para se opor a eles ou reagir contra eles. Um sempre vai poder se abrigar por detrás do outro e, apesar disso, encontrar simultaneamente nos abusos do outro sua própria justificação. Assim, por exemplo, os complexos sociais de poder, que ultrapassam as fronteiras estaduais, solidamente organizados e portadores do pluralismo podem ser apresentados, com seus partidos políticos universais por todo o Reich, como uma proteção contra o perigo de uma fragmentação federalista-particularista do Reich. Mas, inversamente, tais partidos políticos podem também, se mantiverem ocupado o poder estatal em um Estado, recorrer aos elementos federalistas da Constituição do Reich perante um partido normativo no Reich que lhe seja hostil. A policracia da economia pública pode, desde que apoiada por corporações territoriais autônomas, especialmente pela autonomia administrativa municipal, servir, igualmente, a um partido político e ao complexo social de poder, ao qual o partido pertence, como sustento e assistência perante um outro partido, se não, também, na mesma medida que a autonomia federalista, mas todo o tradicional *pathos* da autonomia administrativa serve, então, na realidade, à pluralização da essência do Estado alemão. O federalismo pode se justificar com o fato de ser uma organização de Estados, neutralizando e superando, assim, os detentores do poder do pluralismo, meramente sociais, e que, por isso, atuam sem um sentimento de responsabilidade estatal. Dessa

forma, dependendo da situação tática, um pode sempre tirar de jogo ou aproveitar, apoiar ou minar, combater ou favorecer o outro. É sobre essa complicada confusão de forças centrífugas e um sistema de movimentos contrários centrípetos que se encontra o Reich alemão de hoje.

As tendências pluralistas, em especial, que já se delinearam em uma definida concepção de jurisdição estatal, discutida anteriormente, não são, de modo algum, fenômenos acidentais e isolados. Ao contrário, pertencem às forças, sem cuja consideração a situação constitucional atual da Alemanha permanece inexplicável e as quais têm que ser aqui caracterizadas pelo menos por meio de algumas breves exposições para que se torne visível tanto a concreta situação da vigente Constituição do Reich quanto o problema concreto do guardião constitucional. Toda instituição e, até mesmo, toda norma tem em si, como condição imanente de sua existência ou de sua validade, essa relação com uma situação e a relação torna-se mais intensa e mais direta na mesma medida em que a instituição se aproxima do centro político da volição estatal. É suficientemente estranho o fato de que se tenha procurado instituir na Alemanha, por um tempo, um guardião da Constituição sem um conceito objetivo de Constituição e divergência constitucional. Mas mais admirável é que se quis inserir tal instituição inimaginável sem estabilidade e sem constância em uma situação, cuja consideração e contemplação foi inicialmente recusada.

## 5.1 Desenvolvimento do parlamento como cenário de um sistema pluralista

A situação constitucional da atualidade é primeiramente caracterizada pelo fato de que numerosas instituições e normalizações do século XIX permaneceram inalteradas, mas a atual situação se modificou completamente em relação à anterior. As constituições alemãs do século XIX situam-se em uma época, cuja estrutura fundamental foi colocada pelas grandes

ciências políticas desse tempo sobre uma fórmula básica, clara e útil, a diferenciação entre Estado e *sociedade*. Nesse caso, há uma segunda pergunta: como avaliar o Estado e a sociedade, se eles se opõem reciprocamente e são dependentes entre si? Tudo isso não suprime a diferenciação. Ademais, deve-se observar que “sociedade” era, essencialmente, um conceito polêmico e tinha em vistas, como noção contrária, o concreto Estado-funcionário e militar monárquico existente naquela época e, por conseguinte, o que *não* pertencia a esse Estado era chamado de sociedade. Naquele tempo, o Estado podia ser diferenciado da sociedade e era forte o suficiente para se opor autonomamente às demais forças sociais e, assim, determinar a partir de si mesmo os agrupamentos, de modo que todas as numerosas diversidades dentro da sociedade “independente do Estado” – oposições confessionais, culturais, econômicas – foram relativizadas a partir dele e, em caso de necessidade, pela oposição comum a ele e não impediram a reunião na “sociedade”. Mas, por outro lado, manteve-se em uma considerável neutralidade e não-intervenção perante a religião e a economia, respeitando amplamente a autonomia dessas esferas da vida. Assim, ele não era absoluto no sentido e não era tão forte a ponto de tornar sem significado tudo o que não era Estado, dessa forma, foi possível um equilíbrio e um dualismo. Podia-se, em especial, considerar possível um Estado sem religião e sem uma concepção de mundo, até mesmo um Estado completamente agnóstico, e construir uma economia que não necessita do Estado e um Estado que não depende de economia. Contudo, o ponto de referência determinante continuava sendo o Estado, pois ele detém uma existência nítida e concreta. Ainda hoje, a ambígua palavra “sociedade”, no que interessa aqui, deve designar, sobretudo, algo que *não* seja Estado, além disso e eventualmente também, o que não seja igreja.<sup>1</sup> Essa diferenciação serve de base, como condição, para todas

<sup>1</sup> O mais simples e mais claro resumo das noções inconcebivelmente ambíguas de “sociedade” encontra-se em SPRANGER, Eduard.

as instituições e normalizações importantes do direito público que se desenvolveram na Alemanha durante o século XIX e que perfazem uma grande parte de nosso direito público. O fato de se ter construído, em geral, "como dualístico" o Estado da monarquia constitucional alemã com seus confrontos entre príncipe e povo, coroa e câmaras, governo e representação popular, é apenas uma expressão do dualismo mais geral e fundamental entre Estado e sociedade. A representação popular, o parlamento, a corporação legisladora, tudo isso foi imaginado como o cenário no qual a sociedade aparecia e se defrontava com o Estado. Aqui, ela deveria se integrar no Estado (ou o Estado nela).<sup>2</sup>

---

*Das Wesen der deutschen Universität* (Akademisches Deutschland III, 1, p. 9): "No emprego sociológico alemão é comum qualificar, sem rodeios, de 'sociedade' a infinita plenitude de formas de associação humana, livres e organizadas, desenvolvidas e criadas, fugazes e duradouras, que não sejam Estado e não sejam igreja. Esse produto é tão vago quanto o 'meio'". Essa observação de Spranger atinge o caráter negativo da noção de "sociedade", mas, como me parece, não faz justiça ao outro fato histórico de que "sociedade", na concreta situação do século XIX, não possuía apenas um sentido negativo, mas, além disso, também um sentido especificamente político, ou seja, *polêmico*, por meio do qual a palavra deixa de ser "vaga", ganhando a concreta precisão que um conceito político obtém por seu concreto conceito oposto. Por conseguinte, os conceitos dessa situação, formados por meio da palavra *societas*, têm, na maioria das vezes, tão logo adquiram significado histórico, um sentido oposicionista, não apenas o "socialismo", mas também a "sociologia", a qual, como diz Carl Brinkmann, se originou como uma "ciência de oposição" (*Versuch einer Gesellschaftswissenschaft*, München und Leipzig, 1919). G. Wiebeck (Berlin) chama minha atenção para um trecho do livro de HASNER, L. v. *Filosofie des Rechts und seiner Geschichte in Grundlinien*, Prag, 1851, p. 82, que tem o seguinte teor, interessante também para as demais exposições do texto acima, principalmente para a situação de uma sociedade que se encontra "autonomamente organizada": "Mas a sociedade enquanto massa murmulhante e desorganizada não é uma figura ética, mas uma transitória e histórica. Se organizada, é ética a sociedade. Até mesmo o Estado deve ser algo mais do que um simples *abstractum*".

<sup>2</sup> No lugar de muitos, STEIN, Lorenz von. *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, Bd. 2 (edição de Gottfried Salomon,

Em todos os importantes desenvolvimentos de conceitos se expressa a estrutura dualística básica. A *Constituição* é tida como contrato entre príncipe e povo. O conteúdo essencial de uma *lei* estatal é visto no fato de que ela “intervém na liberdade e na propriedade dos cidadãos”. Diferentemente de um decreto administrativo, publicado apenas para as repartições e funcionários públicos, um *decreto jurídico* dirige-se a todos os cidadãos. O *direito orçamentário* baseia-se na idéia de que, entre os parceiros, se realiza regularmente um *acordo orçamentário* e ainda na última edição do manual de Meyer-Anschütz (1919, p. 890, 897), a lei orçamentária é chamada de “acordo orçamentário”. Quando, para um ato administrativo, como a avaliação do orçamento nacional, se exige uma dita *lei formal*, apresenta-se nessa *formalização* nada mais do que a *politização* do conceito, o poder político do parlamento é grande o suficiente para, de um lado, impor o fato de que uma *normatização* só é então válida como lei quando o parlamento tiver participado, e, simultaneamente, de outro lado, conquistar um conceito de lei formal, *i.e.*, não levando em conta o conteúdo objetivo do processo, assim, essa *formalização* exprime apenas o sucesso político da representação popular perante o governo, da sociedade perante o Estado-funcionário monárquico. Mesmo a *autonomia administrativa* pressupõe em todas as suas instituições a diferenciação entre Estado e sociedade, autonomia administrativa é uma parte da sociedade defronte ao Estado e a seu funcionalismo e com base nessa condição fundamental, desenvolveram-se e formularam-se no século XIX seus conceitos e instituições.

Tal Estado “dualístico” é um equilíbrio entre dois diferentes tipos de Estado: ele é, ao mesmo tempo, um Estado dirigente e um Estado legiferante. Desenvolve-se em direção a um

---

München, 1921, II, p. 41): a câmara é o órgão “por meio do qual a sociedade domina o Estado”; ou a rica observação de GNEIST, Rudolf. *Die nationale Rechtsidee von den Ständen*, Berlin, 1894, p. 269: a exigência geral por votação secreta é “o sinal seguro da penetração da sociedade dentro do Estado”.

Estado legiferante quanto mais o parlamento, enquanto corporação legisladora, se mostra superior ao governo, ou seja, quanto mais a sociedade de então se mostra superior ao Estado existente naquela época. Os Estados podem ser classificados segundo a área na qual encontram o cerne de sua atividade. Assim sendo, há Estados judicantes, ou melhor, jurisdicionais, além disso, Estados que são essencialmente governo e executivo e, por fim, Estados legiferantes. O Estado medieval, e até hoje a teoria do Estado anglo-saxão, parte do princípio segundo o qual o núcleo do poder público é a *jurisdição*. Poder público e jurisdição são aqui equiparados, como ainda hoje corresponde ao modo de se exprimir do *Codex Juris Canonici* (p.ex. *can.* 196, 218), devendo-se observar, todavia, que a paráfrase normativa para a autoridade da igreja católico-romana e de seus supremos cargos não se expressa usando a imagem de um juiz, mas de um pastor sobre seu rebanho. O Estado absolutista que vem ganhando sua forma desde o século XVI originou-se precisamente do colapso e da dissolução do Estado de direito medieval, pluralista, feudal-estamentário e de sua jurisdição, apoiando-se no exército e no funcionalismo. Por conseguinte, ele é essencialmente um Estado do *poder executivo* e do *governo*. Sua *ratio*, a *ratio status*, a freqüentemente mal interpretada razão de Estado não reside em normas repletas de conteúdo, mas na efetividade com que ele cria uma situação, na qual só a partir dela normas podem passar a valer, haja vista que o Estado coloca um fim à causa de toda desordem e guerras civis e à luta pelo normativamente correto. Esse Estado “estabelece a ordem e a segurança públicas”. Só quando isso sucedeu é que o Estado legiferante da Constituição de Estado de direito e civil pôde nele penetrar. No chamado estado de exceção, aflora abertamente o respectivo centro do Estado. O Estado judicante serve-se, para tanto, da *lei marcial* (mais precisamente: da jurisdição marcial), ou seja, de uma justiça sumária, o Estado como executivo, sobretudo, da *transferência do poder executivo*, ligada, em caso de necessidade, à suspensão de direitos fundamentais, o Estado legiferante,



dos decretos de Estado de emergência e exceção, *i.e.*, de um processo legislativo sumário.<sup>3</sup>

Em tais classificações e tipificações das espécies de Estado, deve-se sempre observar que é pouco provável que haja um Estado puramente legiferante, assim como um Estado meramente judicante ou um Estado que nada mais seria a não ser governo e administração. Nesse aspecto, todo Estado é uma ligação e uma mistura entre essas espécies, um *status mixtus*. Mas com essa ressalva, é possível obter uma caracterização útil dos Estados segundo a área central da atividade estatal. Por conseguinte, é legítimo e especialmente elucidativo para a questão do guardião da Constituição qualificar o Estado de direito e constitucional civil, como o desenvolvido no século XIX, como um Estado legiferante. Como acertadamente afirmado por Richard Thoma, faz parte das “tendências determinantes do tipo do Estado moderno retirar do juiz e transferir ao legislador” a decisão, “cuja racionalidade e justiça podem sempre ser objeto de discussão”.<sup>4</sup> Um Estado jurisdicional é possível enquanto normas definidas em seu conteúdo possam também ser pressupostas e serem reconhecidas de forma incontroversa sem o estabelecimento consciente e escrito de normas por um poder central organizado. Em contrapartida, em um Estado legiferante não pode haver nenhuma justiça constitucional ou jurisdição estatal como verdadeiro guardião da Constituição.

<sup>3</sup> Informações adicionais sobre o estado de exceção, *vide* mais adiante neste livro. No tratado de WALDECKER, Ludwig. *Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechts in Zivilsachen während des Kriegszustandes*, AöR. XXXVI (1917), p. 389/390, encontra-se observada a relação entre Estado judicante e lei marcial, mas mal-compreendida a consequência lógica do desenvolvimento posterior.

<sup>4</sup> *Grundrechte und Polizeigewalt* (Edição comemorativa para o Supremo Tribunal Administrativo), Berlin, 1925, p. 223; não tanto do mesmo modo no pronunciamento durante o encontro alemão de professores de direito público em 1928 em Viena, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, p. 109; mais ainda na edição comemorativa do tribunal do Reich de 1929, p. 200 e em *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, p. 109, 136/137.

Este é o último motivo para o fato de que, em tal Estado, a justiça não decide, *de per se*, discutidas questões constitucionais e legislativas. Nesse contexto, merece ser detalhadamente citada uma declaração de Bluntschli, pois ela pode ser considerada, devido a sua clareza objetiva e sua sabedoria concreta, um trecho clássico da ciência política do século XIX. Bluntschli admite que a Constituição é, obviamente, também válida para a legislação e que esta não tem em hipótese alguma o direito de fazer o que lhe está expressamente proibido. Ele sabe bem apreciar os motivos e as vantagens da prática norte-americana do exame judicial da lei. Depois, continua: “Mas se levarmos em consideração que o legislador, via de regra, está convencido da constitucionalidade da lei e a quer e que, não obstante, se formam muito facilmente várias opiniões a respeito, de modo que, se sua sentença pode ser objeto da contenda, o tribunal tem talvez, no caso, um outro parecer diferente do legislador. Se considerarmos que, nesse caso, a autoridade maior do legislador teria que, na verdade, não em princípio, mas em consequência, ceder lugar à autoridade de posição mais inferior dos tribunais e que o representante de toda a nação, no conflito com um órgão em particular do corpo estatal, teria que ser inferior a esse órgão. Se refletirmos sobre a desordem e a discórdia que são trazidas, dessa forma, ao curso uniforme da vida estatal e nos lembrarmos de que os tribunais, de acordo com sua atual condição, estão preferencialmente destinados ao reconhecimento das normas e situações jurídicas de direito privado e de que tendem, preferencialmente, em insistir em momentos lógico-formais, enquanto se trata aqui, frequentemente, justamente dos importantes interesses de direito público e do bem-estar geral, cujo reconhecimento e cujo apoio é tarefa do legislador, daremos, apesar disso tudo, prioridade ao sistema europeu, embora este não proteja contra todos os males e também tenha sua parcela na imperfeição da condição humana. Mesmo contra sentenças injustas dos supremos tribunais não há, em regra, recursos externos. *O corpo legislativo, porém, é portador em sua formação das mais importantes garantias de que ele não exercerá seus pode-*

*res com espírito anticonstitucional.*”<sup>5</sup> A última frase é decisiva. Ela mostra que, para as noções do século XIX, o *parlamento*, consoante sua natureza e sua essência, trazia em si mesmo a verdadeira garantia da Constituição. Isso faz parte da crença no parlamento e é condição para que a corporação legislativa seja o portador do Estado e o próprio Estado um Estado legiferante.

Mas essa posição da corporação legiferante foi possível apenas em uma determinada situação, isto porque sempre se pressupõe, nesse aspecto, que o parlamento, a assembléia legislativa, como representante do povo ou da sociedade – ambos, tanto o povo quanto a sociedade, só podem ser identificados, enquanto ainda forem contrapostos ao governo e ao Estado – vê diante de si um poderoso Estado-funcionário monárquico, independente dele, como parceiro do pacto constitucional. Enquanto representação popular, o parlamento torna-se, aqui, o verdadeiro guardião e garantidor da Constituição, pois o governo, opositor ao contrato, relutou em fechar as portas do parlamento. Desse modo, porque o Governo gasta e exige taxas é tido como perdulário, sendo visto com desconfiança. No entanto, a representação popular é tida como econômica e contrária aos gastos, pois, no liberal século XIX, a tendência era a de restringir o Estado a um *mínimo*, restringir suas intervenções na economia, *neutralizá-lo* perante a sociedade e seus interesses conflitantes a fim de que sociedade e economia cheguem às decisões necessárias para sua área segundo seus princípios imanentes. No jogo livre das opiniões com base na livre propaganda, surgem partidos cuja discussão e luta de opiniões configuram a opinião pública e, assim, determinam o conteúdo da vontade estatal, no jogo livre das forças sociais e

<sup>5</sup> *Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl. 1868, Bd. I, p. 561/562. É especialmente instrutivo comparar com essas frases de Bluntschli a argumentação de R. Gneist: este vê a garantia na *cooperação* durante o processo legislativo, do qual participam monarquia hereditária, primeira câmara permanente e segunda eleita; parecer, *op. cit.*, p. 23.

econômicas, dominam liberdade de contratar e liberdade econômica, por meio das quais parece assegurada a suprema prosperidade econômica, haja vista que o mecanismo automático da livre economia e do livre mercado se autocontrola e se autorregula segundo leis econômicas (pela oferta e procura, troca de prestações, formação de preços, formação de renda na economia nacional). Os direitos políticos fundamentais, em especial a liberdade pessoal, a liberdade de opinião, a liberdade de contrato, a liberdade econômica, a liberdade de profissão e a propriedade privada, os verdadeiros alvos da suprema corte dos Estados Unidos, pressupõem um Estado neutro que, em princípio, não intervém ou que só intervém, no máximo, com o objetivo de restituir as condições alteradas da livre concorrência.

Esse Estado fundamentalmente neutro no sentido liberal e não intervencionista perante a sociedade e a economia permanece também como pré-requisito das constituições, mesmo quando para a política social e cultural sejam admitidas exceções. Mas ele se modificou por completo, na medida em que aquela construção dual entre Estado/sociedade e governo/povo perdeu sua tensão e o Estado legiferante chegou ao fim, uma vez que agora se torna a “auto-organização da sociedade”. Cai, com isso, como já mencionado, a diferenciação até agora sempre pressuposta entre Estado e sociedade, governo e povo, pelo que todos os conceitos e instituições construídos sobre esta pressuposição (lei, orçamento, autonomia administrativa) tornam-se novos problemas. Mas surge, concomitantemente, algo ainda mais amplo e mais profundo. Se a sociedade se auto-organiza como Estado, se Estado e sociedade devem ser fundamentalmente idênticos, todos os problemas sociais e econômicos tornam-se, então, problemas diretamente *estatais* e não se pode mais diferenciar matérias político-estatais daquelas de cunho social e apolítico. Acabam todas as confrontações até então comuns e situadas sob o pressuposto do Estado neutro, as quais ocorrem como consequência da diferenciação entre Estado e sociedade e são apenas casos de aplicação e circunlocuções dessa diferenciação. Separações antitéticas,

como, Estado e economia, Estado e cultura, Estado e educação e mais, política e economia, política e escola, política e religião, Estado e Direito, política e Direito que tenham um sentido quando lhes correspondem grandezas ou matérias concretas e objetivamente separadas, perdem seu sentido e tornam-se supérfluas. A sociedade transformada no Estado torna-se um Estado econômico, Estado cultural, Estado assistencial, Estado preocupado com o bem-estar social, Estado fornecedor da previdência social, o Estado transformado na auto-organização da sociedade e que, dessa forma, no caso, não mais pode ser separado dela, toma todo o social, *i.e.*, o que diz respeito à convivência entre os homens. Nele não existe mais nenhuma esfera, perante a qual o Estado pudesse guardar uma neutralidade incondicional no sentido da não-intervenção. Os partidos nos quais se organizam os diversos interesses e tendências sociais, são a própria sociedade transformada no Estado partidário e, por haver partidos determinados econômica, confessional e culturalmente, também não é mais possível ao Estado permanecer neutro perante o econômico, o confessional e o cultural. No Estado transformado na auto-organização da sociedade, não há nada que seria, pelo menos potencialmente, estatal e político. Assim como o conceito do *armamento potencial* de um Estado, inventado por juristas e soldados franceses, compreende *tudo*, não apenas o militar no sentido mais estrito do termo, mas também a preparação industrial e econômica da guerra, até mesmo a formação e preparação intelectual e moral dos cidadãos, da mesma forma esse novo Estado compreende todas as esferas. Um excelente representante dos soldados combatentes alemães, Ernst Jünger, introduziu nesse surpreendente processo, uma fórmula muito expressiva, a *mobilização total*. Sem considerar o conteúdo e a exatidão que compete, isoladamente, àquelas fórmulas de armamento potencial ou mobilização total, teremos que observar e aproveitar o conhecimento muito significativo nelas contido, pois expressam algo abrangente e indicam uma grande e profunda mudança: a sociedade que se auto-organiza no Estado está a caminho de passar do Estado neutro, do liberal século XIX,

para um Estado potencialmente *total*. Essa violenta mudança pode ser construída como parte de um desenvolvimento dialético que decorre em três estágios: do Estado *absolutista* dos séculos XVII e XVIII, passando pelo Estado *neutro*, do liberal século XIX, para o Estado *total* da identidade entre Estado e sociedade.

O que mais chama a atenção é a mudança que ocorre na esfera econômica. Pode-se aqui partir do princípio, como de um fato reconhecido e incontroverso, de que a economia financeira pública, tanto em relação às anteriores dimensões pré-guerra quanto na relação atual com a economia livre e privada, ou seja, não pública, atingiu proporções tais que passa a existir não apenas um aumento quantitativo, mas também uma modificação qualitativa, uma “mudança estrutural” e que todas as esferas da vida pública, e não apenas as questões diretamente financeiras e econômicas, são atingidas por essa mudança. Não é aqui necessário responder com quais números a modificação é indicada e se, por exemplo, está estatisticamente correto o dado variadas vezes citado e calculado para o ano de 1928 de que 53% da receita nacional alemã são controlados pelo poder público,<sup>6</sup> pois o fenômeno em sua totalidade é incontestável e incontroverso. Um *expert* no assunto de maior autoridade, o secretário de Estado, professor J. Popitz, parte do princípio, em um discurso resumido sobre a compensação financeira,<sup>7</sup> de que, de fato, para a repartição da parte maior da receita nacio-

<sup>6</sup> Este número encontra-se calculado nos fascículos trimestrais de pesquisa conjuntural, vol. 5 (1930), fascículo 2, p. 72; ele é aproveitado e validado, p. ex., por J. Popitz (cf. nota seguinte), G. Müller-Oerlinghausen, em sua palestra sobre a crise econômica de 4 de novembro de 1930, *Mitteilungen des Langnamvereins, Jahrg. 1930*, Neue Folge 19. Heft, p. 409; cf. PFLEIDERER, Otto. *Die Staatswirtschaft und das Sozialprodukt*, Jena 1930; SATZEW, Manuel. *Die öffentliche Unternehmung der Gegenwart*, Tübingen 1930, p. 6/7.

<sup>7</sup> *Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reichs, der Länder und Gemeinden*; Veröffentlichungen des Reichsverbandes der deutschen Industrie, Berlin, 1930, p. 6;

nal alemã, encontra-se desligado o mecanismo auto-regulador da livre economia e do livre mercado e, ocupando o seu lugar, entrou “a influência determinate de uma vontade fundamentalmente extra-econômica, ou seja, a vontade do Estado”. Um outro *expert* no assunto de alto nível, o ministro das finanças do Reich, ministro de Estado Saemisch, diz que é a economia pública financeira, a qual influencia decisivamente a situação política da Alemanha.<sup>8</sup> Pelo lado científico-econômico, foi exposta uma formulação, como me parece, extremamente acertada para a oposição do sistema de até então perante o atual, *do sistema de participação*, no qual compete ao Estado apenas uma parcela da receita nacional, uma espécie de dividendo do lucro líquido, *para o sistema de controle*, no qual o Estado, em decorrência das intensas relações entre economia financeira e economia nacional, em decorrência do forte aumento tanto da demanda quanto da renda estatais, como sócio e redistribuidor da renda nacional, como produtor, consumidor e empregador, co-determina normativamente a economia nacional. Essa fórmula elaborada por Fritz Karl em um interessante e importante tratado, “A economia política de nosso tempo” (Jena, 1930), deve também ser aqui empregada apenas como fórmula, sem que dependa, de resto, de uma crítica econômico-nacional. Decisivo, aqui, para a consideração de ordem teórico-política e teórico-constitucional é que a relação do Estado com a economia, hoje, é o verdadeiro objeto dos problemas de política interna e que as fórmulas transmitidas pelo antigo Estado, baseado na separação entre Estado e sociedade, só são apropriadas para ocultar essas circunstâncias.

Em qualquer Estado moderno, a relação do Estado com a economia compõe o verdadeiro objeto das questões de política interna imediatamente atuais. Elas não mais podem ser resol-

---

além disso: *Der öffentliche Finanzbedarf und der Reichssparkommissar*, Bankarchiv, XXX, Heft 2 (15 Oktober 1930) p. 21.

<sup>8</sup> *Deutsche Juristenzeitung*, 1º de janeiro de 1931, col. 17; além disso em *Der Reichssparkommissar und seine Aufgabe; Finanzrechtliche Zeitfragen*, vol. 2, Berlin 1930, p. 12.

vidas com o antigo princípio liberal da não-interferência, da absoluta *não-intervenção*. Exceto poucas exceções, isso é de conhecimento geral. Atualmente, quanto mais o moderno Estado tiver conotações industriais, tanto mais as questões econômicas ocuparão o centro de política interna e externa, que, em grande parte se trata de política econômica, na verdade, não só como política alfandegária ou de comércio. Se uma lei estatal é publicada “contra o abuso de posições econômicas de poder” (como o decreto anticartel de 2 de novembro de 1923), reconhecem-se com essa formulação o conceito e a existência de um “poder econômico” com base no Estado e na lei. O Estado atual tem um extenso direito trabalhista, regras relativas ao contrato coletivo de trabalho e uma conciliação estatal de divergências salariais, por meio da qual influencia normativamente os salários, concede gigantescas subvenções aos vários ramos da economia, é um Estado assistencial e preocupado com o bem-estar social e, por conseguinte, concomitantemente em ingentes proporções, um Estado fiscal e tributário. Além disso, na Alemanha, ele ainda também é um Estado reparador que tem que levantar bilhões de tributos para Estados estrangeiros. Em tal situação, a exigência por uma não-intervenção torna-se uma utopia, até mesmo uma autocontradição, pois a não-intervenção significaria deixar o caminho livre, nos antagonismos e conflitos econômicos que hoje não são combatidos com meios puramente econômicos, aos vários grupos de poder. A não-intervenção, em tal situação, nada mais é do que intervenção em favor daquele em posição superior e sem consideração ao outro, mostrando-se novamente a simples verdade da frase, aparentemente, tão paradoxal pronunciada por Talleyrand para a política externa: a não-intervenção é um conceito difícil, significando aproximadamente o mesmo que a intervenção.

Na mudança para o Estado econômico reside a modificação mais acentuada perante as noções estatais do século XIX. Essa mudança pode ser igualmente observada em outras áreas, mesmo se aí for hoje sentida, na maioria das vezes, como menos atual em consequência do esmagador sobrepeso das difi-



cuidades e problemas econômicos. Não é estranho que a rejeição a essa expansão do Estado surja, primeiramente, como rejeição àquela atividade estatal que, em tal momento, determina exatamente o tipo de Estado, portanto, como rejeição ao Estado que legisla. Por isso, clama-se, inicialmente, por garantias contra o legislador. Dessa forma, podem também ser provavelmente explicadas as primeiras tentativas pouco claras de restrições, as quais foram discutidas na primeira parte do presente livro e as quais se prendiam à justiça para obter um contrapeso contra o legislador, que se tornava cada vez mais poderoso e cada vez mais abrangente. Terminaram em vãs formalidades por terem se originado não do reconhecimento concreto da situação constitucional em sua totalidade, mas apenas de uma reação de reflexo. Seu verdadeiro erro residiu no fato de que podiam contrapor ao poder do legislador moderno apenas uma justiça que ou era vinculada, em seu conteúdo, por determinadas normas desse mesmo legislador ou, porém, podia lhe opor apenas princípios indeterminados e discutíveis, com cuja ajuda não se podia fundamentar nenhuma autoridade superior ao legislador. Embora a mudança para o Estado econômico e preocupado com o bem-estar social tivesse significado um momento crítico para o tradicional Estado legiferante, ela ainda não precisou e não pôde, por isso, alimentar os tribunais, sem mais, com nova força e energias políticas. Em tal situação alterada e diante de tal expansão das tarefas e problemas estatais, é o governo, mas certamente não a justiça, que talvez possa propiciar o remédio. Talvez faltem hoje à justiça, na maioria dos Estados do continente europeu, todas as normas materiais, com base nas quais ela estaria em condições de dominar, *per se*, a situação totalmente nova.

O parlamento, a corporação legislativa, o titular e ponto central do Estado legiferante tornaram-se, no mesmo momento no qual sua vitória parecia estar completa, um produto contraditório em si mesmo e que negava os próprios pressupostos e os pressupostos de sua vitória. Sua posição e sua superioridade até então, seu ímpeto de expansão perante o governo, seu comportamento em nome do povo, tudo isso pressupunha

uma diferenciação entre Estado e sociedade que, após a vitória do parlamento, não mais continuou a existir. Sua unidade, era definida até agora pelo seu rival na política interna, o antigo Estado-funcionário e militar monárquico. Quando este caiu, o parlamento, por assim dizer, se despedaçou. Agora, o Estado é, como se diz, uma auto-organização da sociedade, mas a dúvida é como a sociedade que se auto-organiza chega à *unidade* e se a unidade ocorre realmente como resultado da “auto-organização”, pois esta significa, primeiramente, apenas um postulado e um procedimento caracterizado pela oposição a métodos anteriores e hoje não mais existentes da formação estatal da vontade e da unidade, ou seja, caracterizado apenas negativa e polemicamente. A identidade que reside na palavra “auto” e afixada lingüisticamente à “organização” não precisa ocorrer de qualquer forma e de modo incondicionalmente seguro nem como unidade da sociedade em si, nem como unidade do Estado. Há, como já por nós suficientemente vivenciado, organizações sem sucesso e sem resultado.

Foram primeiramente imaginados os partidos como titulares da auto-organização, mas provou-se que eles, em sua grande parte, haviam se transformado muito. No sentido do Estado constitucional liberal, é característica do partido que ele seja um produto baseado em livre propaganda, *não* se tornando, então, um complexo social sólido, constante, permanente e minuciosamente organizado. Tanto a “liberdade” quanto a “propaganda” proíbem, conforme a idéia nelas contida, toda pressão social ou econômica, permitindo, como motivação, apenas a livre persuasão de pessoas social e economicamente livres, mental e intelectualmente autônomas e capazes de proferir um juízo próprio. Essa idéia de um partido, presumida nas constituições civis e de Estado de direito até o Estado atual, serve também de base para as normalizações da vigente Constituição do Reich. Foi freqüentemente acentuado que a Constituição do Reich não conhece o “partido” e que só profere tal palavra em um único trecho, no artigo 130, § 2º, e apenas de forma negativa e denegatória. Foi também freqüentemente

delineada a grande distância desse regulamento com a realidade de nossas atuais condições de política interna. A isso se pode ainda acrescentar que a Constituição do Reich, se ela ignora o partido político, só o faz e pode fazê-lo porque sempre continua querendo partir do princípio de que o partido político é um produto sociologicamente tão pouco sólido, tão pouco formado, tão fluido ou até mesmo volúvel, que pode ser mesmo tratado como não-existente, pois a região na qual os partidos devam tão-somente existir, é, como Hugo Preuß afirmou de modo conseqüente e enfático, apenas a esfera da *opinião pública* que ele – em consonância com toda a tradição desse conceito – vê como um “fluido indefinível” e não-organizável. Em vez disso, os partidos maiores, em sua maioria, são, hoje, em parte, produtos rígidos e minuciosamente organizados e, em parte, localizam-se em um complexo social minuciosamente organizado com burocracias influentes, um exército permanente de funcionários remunerados e todo um sistema de organizações de ajuda e apoio, nas quais se encontra vinculada uma clientela unida intelectual, social e economicamente. A extensão a todas as áreas da existência humana, a supressão das separações e neutralizações liberais de várias áreas como religião, economia e educação, em suma, o que antes era qualificado como a mudança para o “total”, já se encontra realizado para uma parcela dos cidadãos, de certa forma, por alguns complexos organizacionais sociais, de modo que, embora não tenhamos um Estado total, já temos algumas construções partidárias sociais que aspiram à totalidade e reúnem inteiramente seu time ainda na juventude. Dessas construções partidárias, cada uma tem, como diz Eduard Spranger, “todo um programa cultural” e sua convivência lado a lado forma e conduz o Estado pluralista. Pelo fato de existir uma *maioria* de tais complexos, concorrente uma com a outra e que se mantém mutuamente dentro de determinados limites, ou seja, um Estado *partidário-pluralista*, fica evitado que o Estado total se faça valer como tal com o mesmo ímpeto com que já o fez, nos chamados Estados *unipartidaristas*, a União Soviética e a Itália. Mas, por intermédio da pluralização, não se suprime a mudança para

o total, ela apenas se torna, por assim dizer, parcelada quando todo complexo de poder social organizado procura tanto quanto possível – desde o orfeão e o clube desportivo até a autoproteção armada – realizar a totalidade em si mesmo e para si mesmo. O fato de uma expressão como “Estado unipartidarista” ter sido possível para designar aquele outro produto estatal e, sem mais, ter sido acolhida pelo uso geral da língua, talvez seja a prova mais evidente do quanto a palavra “partido” deixou de designar um produto desorganizado e baseado em livre propaganda. O claro e firme crítico liberal dessa evolução, M. J. Bonn, caracterizou a transformação como transição para um Estado feudal e de estamento, um professor de direito público da autoridade de Triepel mostrou a contradição do sistema partidário rigidamente organizado com as normalizações e os pressupostos da Constituição, uma bibliografia abrangente sobre a mudança de forma e estrutura do sistema partidário alemão mostra que a mudança que se esconde por detrás daquela fórmula de “auto-organização da sociedade por meio do partido” entrou, há muito tempo, para a consciência científica como um novo problema.

Apesar disso, o conceito de partido pressuposto na Constituição parece desaparecer com uma inconsciente naturalidade. Não vejo causar uma impressão duradoura além das fronteiras daquela bibliografia científica especializada e além das tristes queixas isoladas, quando um erudito como Max Weber persevera na definição de partido como um “produto baseado” essencialmente “em livre propaganda”. O tribunal do Estado para o Reich alemão, *e.g.*, apresentou, ao contrário, uma definição de partido político que, exatamente devido a sua naturalidade sem complicações, dá a perceber, de maneira impressionante, a profunda transformação do conceito de partido e, assim, todo o nosso sistema político. Em sua sentença de 7 de julho de 1928, o tribunal do Estado diz: “Para o processo perante o tribunal do Estado só podem ser válidos como partidos políticos aquelas associações de pessoas nas quais exista a possibilidade de que sua atividade seja de interesse para o resultado eleitoral. Grupos que não estejam indubitavelmente em condições

de se proporcionarem acesso à representação popular, cuja possibilidade de atividade, então, não seja em absoluto atingida pela configuração do direito eleitoral, não são partidos no sentido parlamentar.” Quando for admitida apenas a propícia propaganda (e apenas aquela comprovada como propícia mediante os sucessos eleitorais anteriores) com igualdade de direitos, está, então, suprimido o princípio normativo anterior da propaganda incondicionalmente livre e o da chance de propaganda incondicionalmente igual para toda opinião política e todo partido.<sup>9</sup> Como critério para os partidos no sentido parlamentar, o tribunal do Estado apresenta uma série de exigências. Em primeiro lugar, um número de membros não baixo demais, o Partido Social-democrata Independente da Saxônia não é considerado partido, com a justificativa de que, nas eleições para o parlamento do Reich em 20 de maio de 1928, teria reunido apenas 2.953 votos nos três distritos eleitorais da Saxônia e, por conseguinte, não teria a menor expectativa de conquistar um mandato nas eleições para o parlamento estadual saxão. Além disso, com a justificativa de que, do contrário, um escrutínio proporcional seria impossível, são admitidos apenas partidos rigidamente organizados, mas não “grupos desarticulados”. Aqueles podem ser reconhecidos pelas seguintes características: um *programa*, uma *base organizacional* relativamente abrangente e *jornais* de que dispõe o partido. Em suma, tem que se tratar de produtos, os quais “não podem ser privados de certa *solidez*” e “nos quais se pode contar com uma *duração* suficiente”. “Um partido pressupõe a união *sólida* de um nú-

<sup>9</sup> A frase citada no texto encontra-se nos fundamentos da decisão do tribunal do Estado de 7 de julho de 1928 e refere-se ao Partido Social-democrata Independente da Saxônia (*Jurisprudência civil do Reich* 121, anexo, p. 8; LAMMERS-SIMONS I, p. 309/310). Não completamente de acordo com esse tratamento do “caráter malpropício” temos a frase na decisão de 17 de dezembro de 1927 referente ao Partido Popular de Direita Associação Nacional de Hamburgo (LAMMERS-SIMONS I, p. 348): “Por isso não é admissível submeter propostas malpropícias de candidatos às eleições a condições diferentes (...) do que as mais propícias”.

mero maior de cidadãos para alcançar objetivos políticos.”<sup>10</sup> Partido, ligação, ordem tornam-se iguais.

Vista de forma mais detalhada, aquela definição de partido do tribunal do Estado é um indício de que não apenas o conceito de partido, mas também o conceito de *eleição* se modificou por total. A consideração de uma realização do sistema de escrutínio proporcional desempenha nos motivos de decisão do tribunal do Estado um papel decisivo, mas que ainda necessita de mais discussão, pois não apenas aquele novo conceito de partido é justificado com as necessidades do sistema de escrutínio proporcional. Até mesmo desvios do princípio da igualdade eleitoral são justificados com o fato de que o sistema de escrutínio proporcional tornaria necessárias tais restrições da igualdade eleitoral, já que igualdade eleitoral não é um conceito lógico-matemático, e, sim, um conceito jurídico e, ademais, seria um objetivo político digno de reconhecimento combater a fragmentação partidária. O tribunal do Estado passa em silêncio por cima do fato de que ambas as coisas por ele negadas – o “caráter matemático” e a fragmentação partidária – só entraram em nossas condições partidárias nessa intensidade por meio do sistema de escrutínio proporcional e de que seus dois pontos de vista justificam, por isso, mais uma restrição do sistema de escrutínio proporcional do que uma restrição da igualdade eleitoral ou da imediatidade da eleição. Porém, direito de escrutínio proporcional e partido rigidamente organizado estão, em realidade, intimamente ligados um ao outro. Mas, também, independentemente do direito de escrutínio proporcional, as atuais condições constitucionais estão caracterizadas por *rígidas* organizações partidárias. A crítica difundida e, frequentemente, muito severa ao direito de escrutínio proporcional não deveria deixar de ver isso, principalmente, ao perguntar quão possíveis são as reformas e o que se conseguiria com a “aboli-

<sup>10</sup> Decisões de 17 de dezembro de 1927, LAMMERS-SIMONS I, p. 346; de 12 de maio de 1928, LAMMERS-SIMONS I, p. 414 e de 7 de julho de 1928 (Partido Social-democrata Independente da Saxônia), *Jurisprudência civil do Reich* 121, anexo, p. 8 e LAMMERS-SIMONS I, p. 311.

ção” do sistema de escrutínio proporcional. Mas o mais importante que pode ser averiguado nesse contexto e que mostra, de forma mais acentuada, a mudança total dos conceitos tradicionais, é o seguinte: na realidade da atual prática eleitoral, não é apenas a igualdade da eleição e não é apenas a imediatidade da eleição que estão restringidas pelo sobrepeso do sistema de escrutínio proporcional e, em parte, abolidas, mas o próprio procedimento qualificado como “eleição” obteve um conteúdo inteiramente novo. A superioridade do antigo parlamento da monarquia constitucional baseava-se no fato de que seus membros eram *eleitos*. Como uma corporação eleita pela totalidade do povo, ele se contrapunha ao rei e a seu governo em nome do povo. A eleição manifestava uma relação imediata entre o eleitor e os deputados. O fato de a minoria vencida nos votos não obter nenhuma representação expressamente organizada era conseqüentemente democrático, pois é destruído o pressuposto fundamental de toda democracia, caso seja abandonado o axioma de que a minoria vencida por maioria dos votos só queria o resultado das eleições (não sua vontade especial) e, destarte, anuiu à vontade da maioria como sua própria vontade. Mas se for organizada, para tornar a derrota por maioria de votos impossível, a representação das minorias por meio do sistema de escrutínio proporcional, tem-se que, conseqüentemente, também admitir a validade de um grande número de partidos menores. Se for combatida a fragmentação partidária, combate-se, então, um efeito do sistema que não mais compreende aquele axioma fundamental democrático da identidade da vontade de *todos* os cidadãos. Se restringirmos ao sistema de escrutínio proporcional a igualdade e a imediatidade da eleição, exprime-se com isso que um processo eleitoral, dominado pelo sistema de escrutínio proporcional e colidente com as duas características básicas do direito eleitoral democrático igual e imediato, precede a essas características básicas, sendo considerado mais importante do que a própria eleição democrática, pois, em última conseqüência, o sistema de escrutínio proporcional conduz com seu sistema de listas a que a massa dos eleitores não eleja mais, em absoluto, nenhum deputado. Pelo contrário, o que

sucede é o seguinte: da escuridão de deliberações secretas de comitês incontroláveis apresenta-se às massas dos eleitores uma pluralidade de listas partidárias com uma longa série de nomes, em que se dividem, então, nas eleições segundo as listas partidárias. Não se trata mais de um eleitor em particular definir diretamente um deputado em particular, existe tão-somente um *agrupamento e uma divisão estatísticos das massas dos eleitores segundo uma maioria de listas partidárias*. Enquanto se tratar dos membros de rígidas organizações partidárias, socialmente ligados, e dos membros dos grupos sociais de poder a elas aliados, esse processo não significa nada mais que uma revista pelos permanentes exércitos partidários, mas desde que a massa dos demais cidadãos ainda não atingida por tais organizações participe do processo, ela flutua, como os desprezivelmente chamados “pedaços de madeira flutuantes” ou como “areia levada pelo vento”, entre essas rígidas organizações, determinando, na maioria das vezes, a decisão. Isso também não pode ser chamado de eleição, embora não contradiga a noção de democracia na mesma proporção que o pluralismo dos complexos rigidamente organizados. Mas também não é mais eleição no sentido da noção tradicional de deputados e representantes, mas, na realidade, um processo semelhante a um *plebiscito*. O processo de uma atual eleição para o parlamento estadual ou do Reich, que ainda continua a ser qualificado de “eleição”, separa-se, assim, em dois lados: por um lado, a averiguação puramente estatística da divisão pluralista do Estado em vários complexos rigidamente organizados e, por outro, um pouco plebiscitário.

O Estado democrático encontra-se freqüentemente qualificado, e até mesmo definido, como Estado *partidário*. Em um sentido especial, o Estado democrático-parlamentar é ainda mais um Estado partidário. De alguma maneira, pode-se talvez qualificar qualquer Estado como Estado partidário, mas com isso prova-se apenas que tal designação é vazia e insignificante, desde que não se acrescente nenhum dado mais detalhado acerca do tipo, da organização, da estrutura e do número dos partidos. Para que um Estado legiferante democrático-parla-



mentar e um Estado que, nesse sentido especial, é partidário possa realizar as funções regulamentadas em conformidade com a Constituição, segundo os pressupostos da Constituição, os partidos têm que corresponder ao conceito de partido pressuposto na Constituição, isto é, como mencionado, ao conceito liberal de partido, o qual o compreende apenas como um produto livre. Isso porque está, no sentido de todas as instituições e todos os métodos constitucionais de uma democracia parlamentar, fazendo parte especialmente, também, do sistema parlamentarista da Constituição de Weimar, que um processo contínuo de transição e ascensão de interesses e opiniões egoístas conduz, por meio da vontade partidária, a uma vontade estatal uniforme. Assim, o enrijecimento do partido não pode ser por demais forte, porque, do contrário, opõe resistência demais à transformação e à refundição. Os partidos são imaginados como meio da volição estatal e sua admissão e seu reconhecimento não têm naturalmente o sentido de que devam utilizar sua participação na volição estatal como objeto de acordos com outros partidos ou até mesmo como meio de chantagem.

O parlamento deve ser muito mais o cenário de um processo de comutação, por meio do qual a pluralidade dos antagonismos, interesses e opiniões sociais, econômicos, culturais e confessionais se transforma na unidade da vontade política. É uma antiga crença, todavia mais liberal do que democrática, o fato de que justamente os métodos parlamentares sejam os mais apropriados a utilizar, dessa maneira, os partidos como transformadores e de que justamente o parlamento seja o local, no qual o egoísmo partidário é trasladado, por força de uma astúcia da idéia ou astúcia da instituição, em um meio para a formação de uma vontade altamente egoísta, suprapartidária e de política estatal. Em especial, deve um partido, quando chega ao *governo*, ser mesmo forçado a fazer valer perspectivas mais elevadas como fundamento de seu estrito caráter partidário. Mas em decorrência do tipo, da composição e do número dos partidos e em decorrência da, há pouco mencionada, transformação dos partidos em grandezas rigidamente organizadas com um sólido aparato administrativo e uma

clientela rigidamente vinculada e, ademais, pelo grande número dos partidos e facções necessários para uma maioria, continua a ser evitada a ascensão da vontade partidária egoísta rumo a uma vontade estatal responsável. Contrariamente aos pressupostos da regulamentação em conformidade com a Constituição, realizam-se apenas aqueles governos que, devido a suas vinculações compromissórias faccionais, sejam fracos demais e impedidos de governar por eles próprios, mas que continuam, por outro lado, a ter tanto ímpeto de poder e posse, a ponto de evitar que outros governem. Assim, aquela "astúcia" da idéia ou da instituição simplesmente não funciona mais e, em vez de uma vontade estatal, dá-se apenas uma adição de interesses momentâneos e especiais, mirando para todos os lados.

A presente situação do parlamentarismo alemão caracteriza-se pelo fato de que a volição estatal depende de maiorias parlamentares de numerosos partidos heterogêneos em todos os aspectos, maiorias estas instáveis e alternantes de caso a caso. A maioria é sempre uma maioria de coalizão e, de acordo com as várias áreas da luta política — política externa, política econômica, política social, política cultural — muito diferente. Esse Estado partidário democrático-parlamentarista é, numa palavra, um *instável Estado partidário de coalizão*. Os defeitos e inconvenientes de tal situação já foram frequentemente apresentados e criticados o suficiente, p.ex., maiorias incalculáveis, governos incapazes de governar e, devido a suas vinculações compromissórias, irresponsáveis, acordos partidários e faccionais ininterruptos e realizados às custas de um terceiro ou do todo estatal, nos quais cada partido partícipe se deixa pagar por sua colaboração, distribuição dos cargos e prebendas estatais, municipais e outros de caráter público entre os adeptos do partido segundo algum código da força da facção ou da situação tática. Mesmo os partidos que, com uma franca atitude político-estatal, queiram colocar o interesse do todo acima dos objetivos partidários, são forçados, em parte por consideração a sua clientela e a seus eleitores, mas ainda mais pelo imanente pluralismo de tal sistema, ou a ajudar a impelir o contínuo movimento compromissório ou, porém, a fi-

car, insignificamente, à parte e, no final, encontram-se na situação daquele conhecido cachorro da fábula de La Fontaine, o qual guarda com a melhor das intenções o assado de seu senhor, mas, quando vê outros cachorros caírem sobre o mesmo, também passa a participar, finalmente, da refeição.

A diferença entre um Estado partidário-parlamentar com partidos livres, ou seja, não rigidamente organizados, e um Estado partidário-pluralista com produtos rigidamente organizados, como os portadores da volição estatal, pode ser maior do que entre monarquia e república ou qualquer outro regime estatal. As rígidas relações sociais que são hoje portadoras do Estado pluralista fazem do parlamento, onde seus expoentes surgem na forma de facções, uma mera imagem da repartição pluralista do próprio Estado. Nessas circunstâncias, de onde deve se originar a unidade na qual estão suprimidas e fundidas as rigorosas vinculações partidárias e de interessados? Não se realiza mais uma discussão e até minha pura alusão a esse princípio ideal do parlamentarismo levou Richard Thoma a falar de uma base “inteiramente bolorecida”. Algumas assim chamadas “relações transversais” que passam pelos partidos políticos (interesses agrícolas, interesses dos operários, funcionários públicos, em casos particulares também mulheres) podem conseguir, em determinadas matérias, uma maioria, mas como no pluralismo não se trata apenas dos partidos e facções parlamentares e, além disso, tais relações transversais podem ser, fatores do agrupamento pluralista, embora signifiquem uma complicação, não significam uma supressão ou eliminação, ao contrário, até mesmo uma confirmação e um reforço dessa situação.

A famosa “solidarité parlementaire”, os comuns e egoístas interesses particulares dos deputados parlamentares, que passam por cima das fronteiras partidárias, principalmente aqueles dos verdadeiros políticos de carreira, podem ser um motivo eficaz e um útil fator de unidade, mas não são mais suficientes, como era de se supor, em uma situação tão difícil como a da Alemanha atual e no forte enrijecimento das organizações. Dessa forma, o parlamento do cenário de uma livre negocia-

ção formadora de unidade entre livres representantes populares e de um transformador de interesses partidários em uma vontade suprapartidária, torna-se um cenário de repartição *pluralista das forças sociais organizadas*. A consequência é que ele se torne, por meio de seu imanente pluralismo, incapaz de ação ou se transformar em maioria ou, porém, que a respectiva maioria faça uso de todas as possibilidades legais, como instrumentos e meios de proteção de sua posse do poder, aproveite o tempo de seu poder em todas as direções e, sobretudo, procure restringir a chance, segundo a possibilidade, ao adversário mais forte e mais perigoso de fazer o mesmo. Seria talvez ingênuo explicar isso apenas a partir da maldade humana ou até mesmo a partir de uma infâmia especial, só possível nos dias de hoje. A história estatal e constitucional alemã conhece processos análogos em séculos anteriores, em número e regularidade inquietantes, e o que imperadores e príncipes da nação alemã fizeram na decomposição do antigo reino romano para proteger seus poderes dinásticos, se repete hoje por numerosos paralelismos.

Também nesse aspecto é fundamental a mudança com relação ao século XIX. Também aqui ela é encoberta pelo véu de palavras e fórmulas inalteradamente conservadas por antigos modos de pensar e falar e por um formalismo a serviço desses resíduos. Mas não se pode deixar enganar pelo fato de que o efeito tanto sobre a atitude política do Estado e da Constituição quanto diretamente sobre o próprio Estado e a própria Constituição seja extraordinariamente grande. Tal efeito consiste principalmente em transformar o Estado em um produto plural e, na mesma proporção, substitui a lealdade ao Estado e à sua Constituição pela lealdade à organização social, àquilo que sustenta o pluralismo estatal, ainda mais que o complexo social tem a tendência de se tornar total, ou seja, de vincular totalmente os cidadãos por ele abrangidos, tanto na esfera econômica quanto em sua concepção de mundo. Assim surge, finalmente, também um *pluralismo* de vinculações morais e *obrigações de lealdade*, uma "plurality of loyalties", pelas quais a repartição pluralista se torna, cada vez mais, fortemen-

te estabilizada e torna-se cada vez mais ameaçada a formação de uma unidade estatal. Em seu conseqüente resultado torna-se, assim, impossível um funcionalismo público compromissado com o Estado, pois mesmo esse tipo de funcionalismo pressupõe um Estado que pode ser diferenciado dos complexos sociais organizados. Mas, além disso, surge um *pluralismo dos conceitos de legalidade* que destrói o respeito à Constituição e transforma a base da Constituição em um terreno inseguro e disputado por vários lados, enquanto é da lógica da Constituição tomar uma decisão política capaz de colocar fora de dúvida o que é a base comum da unidade estatal, posta pela constituição. O respectivo grupo ou coalizão dominante denomina legalidade, com a melhor das consciências, o aproveitamento de todas as possibilidades legais e a proteção de suas respectivas posições de poder, a utilização de todos os poderes estatais e conformes à Constituição na legislação, administração, política de pessoal, direito disciplinar e autonomia administrativa, o que resulta, então, *de per se*, que toda crítica séria ou mesmo uma ameaça à sua situação lhe pareça ilegal, como subversão e como uma infração ao espírito da Constituição, em contrapartida, toda organização adversária atingida por tais métodos de governo baseia-se no fato de que a violação da chance constitucionalmente igual significa a pior infração contra o espírito e as bases de uma Constituição democrática, com o que ela pode rebater a acusação de ilegalidade e inconstitucionalidade, da mesma maneira, com a melhor das consciências. Entre ambas as negações recíprocas, que, na situação de um pluralismo estatal, funcionam quase que automaticamente, a própria Constituição torna-se gasta.

Essa consideração da concreta situação constitucional deve tornar consciente uma realidade, de cuja contemplação muitos preferem se privar pelos mais variados motivos e sob toda a sorte de subterfúgios, mas cujo conhecimento nítido, apesar disso, é totalmente inevitável para um exame de caráter de direito constitucional que se ocupa do problema da salvaguarda e proteção da vigente Constituição do Reich. Não basta, de

modo algum, falar, no geral, de uma “crise” ou menosprezar a consideração anterior, remetendo-a à “bibliografia de crise”. Se o atual Estado deve ser um Estado legiferante, se, ademais, sucede uma expansão tamanha das áreas de vida e atividade estatais, de modo que já se possa falar de uma mudança rumo ao Estado total, mas se, então, concomitantemente, a corporação legislativa se torna cenário e centro da repartição pluralista da unidade estatal em uma maioria de complexos sociais rigidamente organizados, então não ajuda muito falar em “soberania do parlamento” com propósitos e fórmulas contrárias, cunhadas para a situação da monarquia constitucional do século XIX, para responder à questão mais difícil do atual direito constitucional.

## 5.2 A policracia na economia pública

O desenrolar das tendências pluralistas que se concentram e se expressam na corporação legislativa ocorre simultaneamente com a mudança para o Estado econômico. Na área da economia pública, teriam que se distinguir, na verdade, em uma relação conseqüente com sua grande expansão, uma uniformidade mais forte de toda a direção, diretrizes uniformes e, com isso, a possibilidade de um programa financeiro e econômico uniformes. Como toda unidade econômica, mesmo a menor delas, um complexo econômico de tais proporções, como o apresentado pela atual economia pública na Alemanha, necessária, pelo menos, de certo plano, mesmo se for o caso de se querer manter ainda bem distante de uma economia socialista planificada. Mas um parlamento que é tão-somente o cenário e o reflexo de um Estado partidário de coalizão pluralista e instável, não será capaz de tal planejamento, porque dele faz parte uma conseqüência e uma permanência que se estendem por períodos de tempo maiores e situações diversas e com as quais não se pode contar na presente situação partidária e de maioria. Devido à falta de tal uniformidade e coerência, desenvolvem-se, então, na economia pública, uma justaposição e uma desordem de numerosos sustentadores autônomos da econo-

mia pública, amplamente emancipados e independentes uns dos outros. Essa situação foi chamada por Popitz de *policracia*, com a qual se encontra qualificado de forma sumamente acertada um fenômeno de características especiais que, embora esteja estreitamente ligado ao pluralismo de nosso sistema político, não é absolutamente idêntico a ele. Na economia pública da Alemanha, reina hoje uma “pluralidade quase ilimitada de entes detentores de vontade da mais variada espécie e qualificação, não suficientemente ligados entre si”. Popitz enumera: o Reich, os 17 Estados, 65.000 municípios e federações municipais, as instituições de seguro social (7.427 caixas de assistência médica e hospitalar, 106 entidades de classe, 35 institutos de seguro social dos operários, o instituto de seguro social do Reich para empregados, o seguro social de assistência aos mineiros, a instituição para colocação de mão-de-obra e seguro-desemprego), além disso, ainda acrescenta as grandes instituições da economia pública equipadas com os próprios domínios dinásticos, especialmente o banco do Reich, os correios e a ferrovia do Reich e mais outros institutos e empreendimentos públicos mais ou menos autônomos.<sup>11</sup> Pode ser que essa visão geral e essa enumeração necessitem de uma diferenciação mais detalhada e sejam imagináveis algumas complementações e novos pontos de vista. O mérito científico de ter aludido a esse importante fenômeno de nossa atual situação estatal não é, por isso, menor e o valor do reconhecimento dessa constatação, assim como seu grande significado para o quadro concreto de nossa situação constitucional, não ficam diminuídos com isso.

Como consequência de tal policracia, apresenta-se uma falta de diretrizes uniformes, uma desorganização e falta de planejamento, até mesmo uma adversidade ao planejamento, cujo alcance é especialmente grande pelo fato de o Estado ter tomado, há muito, o rumo do Estado econômico. Sua influência econômica aumentou de forma tamanha que a expansão da atividade estatal, como afirma Popitz, “no caminho para o Estado administrativo, já superou há muito com seu equivalente, o

<sup>11</sup> Cf. referência bibliográfica apresentada em nota anterior.

Estado fiscal, o nível do Estado preocupado com o bem-estar social e ameaça tomar, pura e simplesmente, o desenvolvimento rumo ao Estado fornecedor da previdência social". A policracia dos sustentadores públicos da economia ergue-se juridicamente, principalmente, fundado na autonomia e na independência administrativa, sobretudo com base na autonomia administrativa dos municípios. O reconhecido princípio da "universalidade da esfera de atividade" possibilita uma expansão quase ilimitada das atividades econômicas da comunidade.

A forma de direito privado das sociedades municipais possibilita escapar amplamente ao controle estatal (fiscalização pelo Estado, assessoria municipal junto ao ministério das finanças do Reich) e conseguir uma espécie de alódio de direito privado que pode ter significado político semelhante ao alódio medieval para o vassalo que podia, com isso, se esquivar à associação estatal fundamentada na Constituição feudal. Em tudo isso pode ser facilmente reconhecida e explicada a mudança funcional sofrida pelo instituto da autonomia administrativa. Foi mencionado acima que a organização da autonomia administrativa, como transmitida à Alemanha e normalizada em numerosas leis do século XIX ainda vigentes com um texto inalterado, pressupõe a situação concreta deste século com sua diferenciação entre Estado e sociedade e que a autonomia administrativa aí surge essencialmente como uma parte da sociedade diferenciada do Estado. Mas se o Estado se torna auto-organização da sociedade e se as posições da autonomia administrativa são ocupadas pelos mesmos sustentadores do pluralismo estatal que também detêm as posições de poder, a estrutura da instituição jurídica da autonomia administrativa, em especial a relação entre fiscalização pelo Estado e autonomia administrativa, tornou-se, então, problemática. Toda tentativa em estabelecer e impor um programa financeiro e econômico, abrangente com diretrizes uniformes da gestão econômica pública, encontra os empecilhos e obstáculos dessa policracia multifacetada, assegurada por detrás de um forte dique de proteção legal e constitucional. Mas sua resistência não é intransponível por causa de sua própria força, mas só porque policracia



e pluralismo (além disso, também, policracia e o federalismo a ser em breve discutido) se aliam um ao outro.

Será necessário pesquisar e discutir mais detalhadamente essa questão da policracia. Parece-me, sobretudo, necessário, para os interesses da presente investigação no direito constitucional, proceder à seguinte diferenciação dentro do assim designado complexo total. Uma parte daquelas forças da policracia retira seu significado e sua resistência políticos de uma aliança com os sustentadores do pluralismo estatal que têm um interesse na policracia, desde que esta lhes ofereça, simultaneamente, posições de poder para suas organizações. Uma outra parte, em contrapartida, deve sua justificação e talvez também a sua origem a uma tendência oposta, perante a repartição pluralista do Estado, determinados complexos e instituições que carecem, especialmente, de proteção para a totalidade da economia, devem ser subtraídos à influência da política partidária e ser político-partidariamente neutralizados. Nisso, se encaixam, principalmente, o banco e a ferrovia do Reich. O processo de tais neutralizações será discutido mais à frente. Ele tem que ser mencionado aqui, porque seja talvez necessário, dentro da totalidade do fenômeno da policracia, fazer uma diferença sob o ponto de vista de que há portadores da policracia que tão-somente são assistidos e aliados do pluralismo e outros que devem sua existência a um movimento contrário a esse pluralismo.

Com isso, não se nega nem se refuta, de modo algum, o próprio fato e a totalidade do fenômeno que deve ser qualificado com a palavra policracia. Torna-se apenas mais evidenciado que várias orientações divergentes têm que ser consideradas para que seja possível uma descrição exata da atual e concreta situação constitucional e, com isso, possam ser estudadas as numerosas negações e ameaças da unidade política do povo, que são pressupostos em uma democracia. A policracia da economia pública obtém seu verdadeiro significado *da coincidência entre a quebra pluralista de Estado legiferante parlamentar e o desenvolvimento intenso do Estado rumo ao Estado econômico*. No centro da totalidade do problema, aqui

esboçado apenas com poucas palavras, encontra-se uma questão formulada primeiramente da seguinte forma: o quão são compatíveis um com o outro, afinal, parlamentarismo e Estado que atua com economia planificada? A questão foi firmemente negada em uma publicação de H. Göppert, ainda hoje muito atual, "Estado e Economia" (*Staat und Wirtschaft*, Tübingen, 1924). Mas ela pode ser diferenciada de forma mais detalhada considerando a característica concreta do parlamentarismo, pois, para o Estado, cujo parlamento se tornou apenas o reflexo do pluralismo de complexos sociais de poder, ela seria, provavelmente, mais urgente e mais perigosa do que para um Estado que forma sua vontade estatal com um bipartidarismo normalmente funcionando. Um grau ainda mais alto de intensidade alcança a questão, então, quando, simultaneamente com o desenvolvimento rumo ao pluralismo, o Estado exerce não só empreendimentos econômicos isolados, mas ele mesmo já se tornou um Estado econômico que se encontra no ponto de se transformar em um Estado social, subvencionador e assistencial. E atinge-se o ponto mais extremo e mais crítico do questionamento, quando semelhante Estado econômico com semelhante parlamento determinado pluralisticamente, em grandes dificuldades econômicas e em uma situação econômica anormal, se vê obrigado, para continuar a existir, a executar diretrizes uniformes e grandes planos econômicos e financeiros, abrangentes tanto no tocante a suas proporções objetivas quanto à extensão temporal. A pergunta assim especificada, hoje provavelmente respondida negativamente, é de se o parlamentarismo plurista e o moderno Estado econômico são ou não compatíveis um com o outro.

### 5.3 O Federalismo

A pergunta sobre o sistema parlamentarista ser ou não compatível com determinados tipos de organização estatal, foi anteriormente formulada na ciência política alemã apenas com respeito a organização federal e, para tanto, até o ano de 1918,

na maioria das vezes, respondida negativamente. No direito federal alemão da Constituição do Reich da época de Bismarck, era válido como axioma o fato de que parlamentarismo e organização federal são até mesmo opostos que se excluem mutuamente. Erich Kaufmann defendeu durante a guerra (1917) essa tese, em sua publicação sobre a “herança de Bismarck na Constituição do Reich” e afirmou a “estreita relação, fundamentada na natureza do assunto, entre federalismo e impossibilidade do parlamentarismo” de maneira geral e não apenas para o Estado federal monárquico de 1871. Na base dos pensamentos de Hugo Preuß estava uma tese semelhante, pelo menos para o Estado federal monárquico, com valorização inversa, por conseguinte, em seus primeiros projetos constitucionais, ele partia do princípio de que o Estado federal teria que ser substituído por uma ampla descentralização e autonomia administrativa. Em minha “Teoria da Constituição” (*Verfassungslehre*, 1928), defendi o ponto de vista de que o verdadeiro motivo das incompatibilidades que são aqui indubitavelmente perceptíveis, não pode ser encontrado, em primeiro lugar, no antagonismo entre parlamentarismo e federalismo, mas na relação de características especiais entre democracia e federalismo. Como a democracia nacional e aquela organização na forma de uma federação pressupõem uma identidade substancial, torna-se difícil justificar uma maioria de Estados autônomos democráticos existentes dentro da unidade homogênea nacional. Em uma democracia nacional, um Estado federal é possível apenas enquanto deixarem existir, com função essencialmente modificada, as bases firmes de um federalismo transmitido por outras condições constitucionais.

Na assembléia nacional de Weimar, não foi observada a difícil questão do princípio de construção do Estado federal, conservou-se, antes, a organização federal e introduziu-se simultaneamente o parlamento, no nível de uma democracia nacional, não apenas no Reich, mas até mesmo, devido à Constituição do Reich (artigo 17), em cada Estado em particular. Doravante, coexistem, há doze anos, organização federal e parlamentarismo no Reich e nos Estados, de modo que a compa-

tibilidade parece estar comprovada *ipso facto*. Contudo, não se pode esquecer da mudança estrutural e funcional que isso possibilitou. A compatibilidade de tal organização com esse parlamentarismo explica-se, por um lado, pelo parlamento do Reich, ou seja, pelo parlamento alemão, e pela coalização partidária que forma o governo do Reich, que representam os partidos federais influentes, entre os quais o partido restrito a um Estado e que defende seus interesses: o Partido Popular de Baviera; mas, ao mesmo tempo, pelo fato de que, inversamente, os vários complexos sociais de poder que formam o Estado pluralista com suas organizações por meio do Reich e que transcendem as fronteiras estaduais, estão interessados em defender, a todo custo, as posições de poder conquistadas nos Estados em particular, porque, dessa forma, estarão protegidas da melhor maneira contra um partido ou uma coalizão partidária hostil reinante no Reich ou em outros Estados. Assim, instituições e posições federais podem também se tornar aliadas e bases do pluralismo. Mas a "compatibilidade" entre parlamentarismo e federalismo que se origina dessa forma, só é obtida por uma relaxação recíproca da coesão e rigidez da unidade estatal.

Excetuando-se essa possibilidade de que pluralismo e federalismo se aliam, a organização federal pode continuar sendo, apesar disso, um contrapeso especialmente forte para correntes estruturas pluralistas de poder e seus métodos partidários. Uma descentralização territorial eficaz só é hoje talvez possível em um Estado partidário-pluralista com base em uma organização federal. A instituição da autonomia administrativa municipal, herança do século XIX alemão e que pressupõe a oposição entre Estado e sociedade, não tem mais a força dentro de um Estado que se tornou a auto-organização da sociedade, de opor uma resistência eficaz aos poderes pluralistas, quando estes ocupam, indistintamente, todas as posições de poder no Estado e na sociedade, na fiscalização pelo Estado e na autonomia administrativa. A autonomia estatal de um Estado, em contrapartida, oferece tal possibilidade. Democracia e federalismo, se nos ativermos aos exemplos dos Estados Unidos e da

Confederação Suíça, são compatíveis, sob determinados pressupostos concretos e o federalismo, *i.e.*, a organização estatal forme nessa democracia os meios mais seguros para a descentralização. Em uma coletividade estatal que é, ao mesmo tempo, organizada federalmente e governada parlamentarmente no atual Reich alemão, o federalismo obtém, por conseguinte, duas novas justificativas, primeiro, ele é um meio de autêntica descentralização territorial e, segundo, ele pode, de forma análoga às anteriormente mencionadas separações autônomas da economia pública do Reich e às tentativas de “neutralização” ainda a serem discutidas, ser visto como antídoto contra os métodos de um pluralismo político-partidário.

## Remédios e movimentos contrários

# CAPÍTULO

### 6.1 Tentativas de uma Constituição econômica

Diante do intrusivo fato de que o Estado domina ou influência amplamente a área econômica, é natural exigir uma reforma da vigente Constituição do Reich como resposta a problemas como pluralismo e policracia, pois, embora o Estado atual possa ser qualificado como Estado econômico, a constituição estatal, assim como na maioria dos Estados modernos também na Alemanha, não é uma “Constituição econômica”, mas, sim, uma constituição imprecisamente chamada de constituição “política”, a qual ignora as grandezas e poderes econômicos como tais e parece estar “neutra” perante a economia. Naturalmente, toda economia e toda “sociedade”, assim como todo convívio humano, têm em si algum tipo de “constituição”, *i.e.*, algum tipo de ordem, de modo que, em um sentido totalmente diferente, se possa falar, de forma imprecisa e falsa, de constituição social e econômica ao se separar um do outro, à maneira herdada do século XIX, Estado e sociedade, política e economia, e vê-los como diferentes matérias. Mas semelhante “organização”, “econômica” ou “social”, não é a constituição estatal. Para a organização e a construção política do Estado, formações e grandezas não econômicas são utilizadas como tais (empresa, sindicato, associação comercial, câmaras econômicas ou outras representações de interesses) e o cidadão em par-

ticular tem seu posicionamento político e seus direitos de cidadão não em sua propriedade como sujeito econômico, como empregador ou empregado, produtor ou contribuinte fiscal, ou de algum modo com base em uma qualidade ou um serviço econômicos, mas para semelhante organização estatal, ele continua sendo *citoyen* e não *producteur*. Faz parte das decisões fundamentais e positivas da vigente Constituição, o fato de que esta recusou o sistema de uma Constituição econômica, especialmente o sistema “político” de conselhos. Mesmo a “ancoragem do sistema de conselhos”, no artigo 165 da Constituição do Reich, deveria, como expressamente salientado, ter apenas um significado econômico e não de organização estatal. Se concebêssemos aquele artigo de outro modo, a vigente Constituição seria, então, um produto de uma monstruosidade fantástica, pois conteria em si várias constituições contraditórias e fundamentaria em seu último artigo, digamos, uma segunda Constituição adicional que colocaria novamente em dúvida toda a construção organizacional anterior. Por isso, não se admite utilizar o artigo 165 para fazer da Constituição vigente uma Constituição econômica e da Constituição econômica do artigo 165, a organização estatal da Alemanha.<sup>1</sup> Mesmo o conselho econômico do Reich não é *nenhum* órgão estatal *decisivo*,

<sup>1</sup> As exposições de um dos maiores conhecedores dessa área, E. TATARIN-TARNHEYDEN, em *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, Berlin, 1930, p. 13, são apenas aparentemente contraditórias a isso. Todavia, Tatarin diz que o artigo 165, § 1º, daria “a base ideal para a Constituição econômica regulamentada legalmente e delineada nos outros parágrafos”. Essa não deve ser “uma constituição social econômica separada da constituição política”, e, sim, “uma parte integrante da própria constituição política”. Mas, se entendo corretamente, a autonomia administrativa (artigo 127 da Constituição do Reich) possa ser chamado de uma parte integrante da organização política. Embora conste ainda, assim, que a Constituição de Weimar tenha trilhado um “duplo caminho” de volição política – o da democracia representativa e o da cooperação entre classes econômicas e associações profissionais – afirma-se na p. 12 que a democracia representativa foi

transformada pela Constituição de Weimar na “base de seu sistema político” e, além disso, “por sua vez, como freqüentemente na Constituição de Weimar, um produto de acordo. A justaposição de dois sistemas políticos diferentes – do atomístico e do orgânico – a qual só se torna suportável na realidade política pela atribuição ao último importância secundária por meio de seu desvio do puramente político para a área econômica”. Sobre isso resta dizer, *conseqüentemente*. Quando H. Herrfahrdt formulou que o artigo 165, o último artigo da Constituição vigente, seria, ao mesmo tempo, o primeiro artigo de uma futura Constituição, isso passa a ser, no fundo, apenas uma confirmação da tese do texto acima. Nesse aspecto, são de especial interesse e valor as exposições de JACOBIS, E. *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, p. 392-395: “Aqui (o artigo 165 da Constituição do Reich) é, em todo caso, despropositada a idéia de uma Constituição econômica separada ao lado da organização política.” Jacobi não vê “de forma alguma” no artigo 165, § 1º, “uma nova criação de direito público”. Em contrapartida, se o sistema planejado no artigo 165, § 2º, fosse realizado, iria “se tratar, na realidade, de novas criações de direito público”. “Contudo, esse programa não está realizado (...). A Constituição econômica de direito público do artigo 165, § 2º, da Constituição do Reich não existe.” A decisão fundamental sobre tipo e forma da existência política, parte de uma Constituição, torna impossível semelhante justaposição de dois princípios de construção contraditórios, seria, muito provavelmente, a razão mais importante para o fato de que o programa do artigo 165 não pode ser executado, sem pôr, literalmente, às avessas a Constituição de Weimar. Aí também reside, talvez, o ponto essencial da questão se, na vigente Constituição do Reich, possa ou não existir uma representação (diferentemente da pura representação) de interesses econômicos. Insisto em que esse não é o caso; a argumentação de GLUM F. *Der deutsche und der französische Reichs-wirtschaftsrat*, Berlin, 1929, p. 37-38; ademais, o capítulo “O conselho econômico do Reich” em *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. I, p. 582, baseiam-se no fato de que “a economia” é transformada em um todo e, por conseguinte, em algo político, sem deixar de estar “defronte ao Estado”. A partir da representação ela deve, então, ser puxada “para dentro do Estado”. Glum refere-se ao artigo 17 do decreto de 4 de maio de 1920 sobre o conselho econômico interino do Reich: “Os membros do conselho econômico do Reich são representantes de toda a economia do povo alemão”, e continua, “com isso se exprime que os membros do conselho econômico do Reich – mais precisamente os membros permanentes e os não-permanentes – não têm que, absolutamente, defender nenhum interesse, nem os interesses econômicos de todo o povo”.



mesmo se ele, na execução do programa de conselhos do artigo 165, tivesse sido feito definitivo. A primeira parte organizacional da Constituição do Reich permanece sendo a parte politicamente decisiva. Ela contém uma decisão tomada de plena consciência *contra* a construção política do Reich em uma Constituição econômica.

Assim resulta uma evidente discrepância, em que se tem um Estado econômico, mas não uma Constituição econômica. É natural se querer produzir uma harmonia segundo uma das duas direções dadas, ou ao se limpar o Estado de todos os elementos que lhe dão o caráter de um Estado econômico, ou seja, deseconomizar o Estado, ou, inversamente, ao substituir a vigente Constituição não-econômica por uma econômica, ou seja, economizar, resoluta e totalmente, o Estado. A primeira exigência levaria a transformar novamente os atuais partidos políticos, que, em grande parte, são representações de interesses rigidamente organizadas e relações mais ou menos “feudais”, em produtos independentes, orientados pela livre opinião e baseados em livre propaganda, e também tornar novamente independentes os deputados em particular, como correspondente à vigente Constituição (artigo 21). Poder-se-ia tentar isso principalmente ao introduzir rigorosas “incompatibilidades” e não apenas as incompatibilidades tradicionais como a “incompatibilidade” entre mandato parlamentar e posto de funcionário, mas as chamadas incompatibilidades econômicas, *i.e.*, incompatibilidades entre mandato parlamentar e determinadas profissões ou postos econômicos, *p.ex.* de síndico, secretário de associação ou partido, membro do conselho administrativo, banqueiro, fornecedores de materiais para o Estado, etc. Se-

---

Isso só pode significar: ou eles são representantes, representando, então, todo o povo, mas não a economia; ou não o são. O fato de não serem defensores de interesses ainda não os torna representantes. Glum reconhece outra possibilidade de que possa se ter a intenção de um tipo de grêmio independente de especialistas. Mas mesmo o perito independente não é representante. Sobre os diferentes tipos de independência, cuja diferenciação também se mostra necessária aqui.

melhantes incompatibilidades seriam, talvez, em particular, muito valiosas e necessárias e corresponderiam a uma exigência por limpeza moral da vida estatal.<sup>2</sup> Mas elas não poderiam eliminar o sistema no todo, que se baseia na estreita relação entre Estado e economia. Provavelmente, as massas dos atuais eleitores vão continuar a se agrupar segundo interesses econômicos e nenhuma lei pode decretar o fim disso. A introdução de incompatibilidades para determinadas profissões e posições econômicas significaria, em nossas complicadas condições econômicas, uma desigualdade e uma injustiça perante outras posições e profissões igualmente, economicamente determinadas, porém, às atuações indiretas de poderes sociais e econômicos estão abertas tantas possibilidades não-apreensíveis legislativamente, que, dessa forma, só originaria um novo sistema de encobrimientos, mas não seria mudada toda a estrutura da vida estatal.

A outra exigência transforma o Estado em Estado econômico e lhe confere uma autêntica Constituição econômica, pois o Estado econômico diante do Estado sindical, estamentano ou de conselhos tem a vantagem de probidade e de ser real. Porém, essa é apenas uma vantagem de forma abstrata, na verdade, enganadora e perigosa. Não se deve falar aqui das dificuldades práticas da realização – avaliação e diferenciação dos ramos profissionais e grupos em particular, cômputo de votos e distribuição do poder político com base no significado econômico – mas apenas da dúvida fundamental sobre semelhantes exigências aparentemente tão plausíveis. Seu cumprimento não reforçaria a unidade da vontade estatal, apenas a ameaçaria. Os antagonismos econômicos e sociais não seriam resolvidos e suprimidos, mas se distinguiriam de forma mais aberta e mais desconsiderada, pois os grupos disputantes não mais seriam obrigados a tomar um desvio por eleições populares gerais e uma representação popular. É muito notável que

<sup>2</sup> Sobre o problema das incompatibilidades, cf. o estudo de WFER, Werner. *Parlamentarische Unvereinbarkeiten (Inkompatibilitäten)*, AöR. N. F. vol. 19 (1930), p. 161/162; sobre as chamadas incompatibilidades econômicas, p. 239-240; cf. também mais adiante no final da presente obra.

hoje apenas dois grandes Estados tenham tais constituições econômicas, a Rússia comunista com um sistema soviético e a Itália fascista com seu *stato corporativo*. São dois países, em grande parte, ainda agrícolas, que não estão de forma alguma no ápice do desenvolvimento econômico e do progresso industrial e dos quais todos sabemos que sua Constituição econômica se encontra à sombra de uma organização partidária rigidamente centralizada e do chamado Estado unipartidário. O sistema da Constituição econômica não tem aqui absolutamente o objetivo de tornar a economia livre e autônoma, mas, ao contrário, de entregá-la na mão do Estado e de submetê-la a ele. O sistema unipartidário resulta da necessidade de impedir o domínio do Estado por meio de vários partidos, ou seja, uma divisão pluralista do Estado.

## 6.2 O problema da neutralidade da política interna no Estado partidário pluralista

É normal e facilmente compreensível que, perante os métodos pluralistas da volição do Estado partidário, sejam exigidos instâncias e procedimentos neutros, ou seja, independentes dos poderes desse tipo de Estado partidário. Como aqui se objetiva apenas uma breve exposição da presente situação constitucional, não devem ser discutidos planos de reforma, mesmo se, devido a seu especial significado, as diretrizes, os projetos de lei e materiais publicados pela “União para a renovação do Reich” sobre o “problema do conselho do Reich” (Berlim, 1930) tiverem que ser pelo menos mencionados. Mas excetuando-se todas as propostas e exigências, já existem hoje instituições e organizações, cujo verdadeiro objetivo reside no fato de representarem uma reação aos métodos do Estado partidário pluralista. Na maioria dos casos, ainda não tomaram claramente consciência de sua relação, porque são entre si muito diferentes e estão apenas ligadas pela oposição comum ao instável Estado de coalizão partidário, porque algumas delas estão disfarçadas sob vocábulos míticos ou permanecem invisíveis, enquanto outras

se distinguem abertamente e, sobretudo, porque algumas delas, segundo a natureza da coisa, são menos salientes, enquanto os métodos do instável Estado de coalizão partidário dominam o primeiro plano de nossa vida política de forma importuna e evidente. Apesar disso, tais forças contrárias neutras fazem parte do Estado atual e esse Estado seria, sem elas, inimaginável, pois, em verdade, não pode existir nenhum Estado que fosse apenas um Estado partidário pluralista. Além das forças puramente típicas de partido, tem sempre que haver também outras forças imparciais e suprapartidárias, se não quisermos que a unidade estatal se dissolva em uma justaposição pluralista de complexos sociais de poder.

Se, além disso, os órgãos e instâncias constitucionalmente previstos ainda não forem capazes de uma vontade política uniforme, torna-se, assim, inevitável que a substância política emigre para alguns pontos do sistema social ou político. Outros poderes, sejam eles legais ou apócrifos, assumem voluntária ou forçosamente, consciente ou semiconscientemente o papel do Estado, e governam, a bem dizer, sub-repticiamente. Isso porque a “astúcia da idéia”, por força da qual deve se dar justamente no parlamento a unidade volitiva de todo o povo, não depende de modo algum dos partidos coligados e dos *bureaux* dos grupos parlamentares, o parlamento não tem nenhum monopólio imperdível em ser o único cenário da astúcia da idéia e esta pode mudar facilmente seu campo. Por isso, também fazem necessariamente parte de uma visão total da realidade de nossa atual situação estatal, os diversos remédios e forças contrárias. Enquanto estiverem unidos por uma oposição comum à situação do presente e instável Estado de coalizão partidário, podem ser qualificados em sua totalidade como tentativa de um Estado *político-partidariamente neutro*. Nesse aspecto, é naturalmente compreensível que a palavra “neutro”, em si ambígua e, como todo conceito político, determinada por seu antagonismo concreto, significa, nesse contexto, nada mais que a oposição às forças e métodos do instável Estado de coalizão partidário, cujo poder é suficientemente grande e central para reunir uma maioria de forças contrárias, diferentes entre si, mediante a oposição comum. Conforme as exposições acima

sobre os agrupamentos pluralistas, policráticos e federalistas, em parte aliados, em parte opostos uns aos outros, é facilmente explicável que, dependendo da situação tática, não está excluída, de forma alguma, uma aliança ocasional.

Corresponde à tradição histórica do Estado alemão pensar aqui, em primeiro lugar, nas instituições e métodos de um Estado-*funcionário* e procurar, aí, o verdadeiro contrapeso para os desorganizadores efeitos do instável Estado de coalizão partidário, por meio do que o funcionalismo público obtém, simultaneamente, função e tarefa novas que se adaptam à situação modificada do Estado, as quais não podem ser nem compreendidas, nem justificadas com os conceitos do direito público monárquico. A isso vem ao encontro a vigente Constituição do Reich e protege o funcionalismo público alemão, por meio de garantias constitucionais e institucionais, contra os métodos da política parlamentar de saque (artigos 129/130 da Constituição). Ela proíbe, até mesmo expressamente, que os funcionários sejam “servidores de um partido” e dá certas seguranças para sua posição independente (princípio do emprego vitalício, inviolabilidade dos direitos adquiridos, via jurídica ordinária para reivindicações de direitos patrimoniais, etc.).

Sabe-se há muito tempo que, apesar daquela proibição constitucional, os cargos de funcionário, pelo menos em muitos países, são abertamente tratados como objetos de saque e acordo dos partidos governistas. A maioria pensa hoje de forma muito cética e resignada sobre a força de resistência do Estado-funcionário alemão perante o Estado de coalizão partidário. Mas deve se considerar que, no Reich, quando um *presidente* independente dos partidos de coalizão nomeia os funcionários, mais precisamente também os ditos funcionários políticos, a distribuição dos cargos de funcionário entre os adeptos dos partidos de coalizão ainda não se tornou tão natural quanto em países nos quais os ministros dos partidos de coalizão atuam, sem o impedimento contido em tal desvio, como agentes do partido. Ademais, pode-se talvez esperar com algum otimismo que, em consequência do emprego vitalício dos funcionários públicos e outras garantias constitucionais, os adeptos de um partido no-

meados funcionários sejam desligados do partido, sejam atingidos pelo sentimento estatal do funcionalismo público alemão e, pela instituição do funcionalismo público de carreira, sejam transformados de servidores do partido em funcionários do Estado. Os elementos do Estado-funcionário, que ainda podem ser pressupostos hoje na Alemanha, podem, dessa forma, compor um fator considerável no sistema do Estado político-partidariamente neutro e salvar o sentido por uma objetividade imparcial. Mas por mais valiosos e insubstituíveis que indubitavelmente sejam, eles não conseguem sanar o verdadeiro mal do instável Estado de coalizão partidário, ou seja, a falta de um governo estável e capaz de governar. Pela natureza da matéria, o funcionalismo público de carreira está restrito à justiça e à administração. Por conseguinte, ele obtém da legislação ou do governo suas normalizações ou diretivas decisivas. Ele é incapaz de tomar, por si, a decisão política e determinar, sob as normas e critérios de sua tecnicidade, as diretrizes da política. Ele pode obstar, deter e, nesses moldes, acionar seu efeito neutralizador, mas não decidir e governar no sentido verdadeiro da palavra.

Seria ainda muito menos possível basear o Estado neutro na *justiça* e confiar as decisões políticas, sob quaisquer encobrimentos judiciais, aos tribunais ou tribunais do Estado ocupados com juízes de carreira. Já se falou no primeiro capítulo deste livro sobre as exigências e planos de deixar a decisão das difíceis questões de nossa atual situação constitucional por conta de um tribunal sob a aparência da estrutura judicial. Talvez semelhantes tentativas de solução possam parecer plausíveis não apenas aos verdadeiros juristas da justiça, cuja habitação mental está determinada pelas vias do código de processo civil e penal, mas também a certas tendências do caráter alemão, especialmente à freqüentemente citada “necessidade de legalidade” dos alemães. Hoje, tais planos de uma “jurisdicização” da política são avaliados, provavelmente, com mais consciência e se reconhecem melhor as estreitas fronteiras da estrutura judicial que têm que ser protegidas justamente no interesse da justiça independente e do Estado de direito contra a politização partidária. O independente juizado de carreira alemão faz par-

te, como grandeza neutra de política interna, do complexo caracterizado anteriormente de Estado-funcionário. Ameaçariamos tanto esse próprio juizado de carreira quanto a finalidade de uma objetividade imparcial, se quiséssemos utilizá-lo para introduzir um Estado judicante criptopolítico como Estado neutro.

Mais sério e mais expandido dos círculos dos juristas da justiça é o esforço em criar uma espécie de Estado *pericial e parecerista (experto) neutro*, no qual as decisões políticas sejam cedidas aos especialistas de cada matéria em particular, especialmente aos peritos administrativos, técnico-financeiros ou econômicos.<sup>3</sup> Sobre isso, encontram-se numerosos indícios na maioria dos Estados modernos. Como exemplo especialmente elucidativo para a Alemanha pode-se citar aqui, em primeiro lugar, a instituição do *ministro das finanças do Reich*, “pois significa esse instituto, no fundo, além de um *testimonium* do conhecimento de que, para o governo e seus membros, há muita coisa que eles como políticos não podem dizer ou sugerir sem riscos, mas que teria que ser dita ou sugerida e com o que, destarte, um outro deve se ocupar, o qual esteja subordinado apenas a deveres objetivos e cuja *neutralidade* pareça garantida por meio de sua posição e sua personalidade. O conhecimento de que existem antagonismos entre política – *no sentido da política partidária e de coalizão, não*, ou apenas em proporções muito restritas, *no sentido da política estatal pura*

---

<sup>3</sup> Sobre o problema geral do perito político-partidariamente neutro na democracia atual: ZIMMERN, Alfred. “Democracy and the Expert”. *The Political Quarterly*, vol. I (janeiro de 1930), p. 7-25, acentuando-se os *Advisory Committees* na Liga das Nações de Genebra. Da mais recente produção bibliográfica em alemão sobre o *Civil Service* anglo-saxão podem ser mencionados: FRIEDRICH, Carl J. *Das Berufsbeamtentum in den Vereinigten Staaten*, Beamten-Jahrbuch Heft 3, Berlin, 1930, p. 3 *et seq.* (cf. igualmente a interessante observação do mesmo autor sobre a influência do Estado alemão em seu artigo “Deutsche Gedanken beim Aufbau des amerikanischen Staates”, *Festgabe für Carl Schurz*, Berlin, 1929, p. 131); MARX, Fritz Morstein. *Berufsbeamtentum in England*, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, vol. 89 (1930) p. 449-495.

e simplesmente – e rigorosa objetividade em todo regime estatal e, em proporções especiais, talvez em um regime estatal federalista e simultaneamente democrático, é a causa de origem determinante de um instituto tão notável quanto o do ministro das finanças do Reich”.<sup>4</sup> Pela decisão tomada pelo conselho de ministros em 27 de novembro de 1922, ao presidente do tribunal de contas do Reich alemão, o ministro de Estado Dr. Saemisch, foi confiado o cargo de ministro das finanças não com base em determinações legais, mas na maneira em que os ministros, com base em sua confiança especial (que, conseqüentemente, tem que ser proferida por ocasião de toda mudança ministerial), lhe dão a possibilidade de conseguir o material necessário para sua informação e seu parecer. Esse ministro das finanças não tem um poder de comando autônomo e próprio. Na ligação desse cargo público com a posição de presidente do tribunal de contas, há uma *incompatibilidade* típica para a maioria das tentativas de neutralidade político-partidária, pois, segundo o artigo 123 do código orçamentário do Reich (texto de 14 de abril de 1930, *Diário oficial do Reich* II, p. 693), os membros do tribunal de contas não podem fazer parte do parlamento do Reich. A atividade do ministro das finanças como perito e parecerista político-partidariamente neutro é de suma importância e ultrapassa em muito a soma dos pareceres em particular, entre eles os pareceres a respeito das administrações estaduais da Turíngia, Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Schwerin e Lippe, os quais pertencem aos documentos mais eminentes de perícia e objetividade administrativas.

Exemplos de peritos econômicos são, além desse, os doze membros do conselho econômico do Reich, nomeados pelo governo do Reich à discrição, “os quais fomentaram ou estão

<sup>4</sup> POPITZ, J. *Bankarchiv*, 15 Oktober 1930, p. 22; ademais, BILFINGER, Carl. *Der Reichssparkommissar*, Berlin 1928, especialmente p. 13 (a “tarefa de economia despolitizada”); SAEMISCH. *Der Reichssparkommissar und seine Aufgaben* (Finanzrechtliche Zeitfragen Heft 2), Berlin, 1930; BÜHLER, O. *Der heutige Stand der Verwaltungs- und Verfassungsreform*, 2. Aufl., Stuttgart 1931.



aptos a fomentar, por meio de realizações especiais, a economia do povo alemão em excelente medida”. Em certo sentido, toda a instituição de um *conselho econômico do Reich* composto por especialistas em economia e interessados e que colabora com seu parecer para a legislação (também o *Conseil National Economique* francês, o *Economical Advisory Council* inglês e formações semelhantes) pode também ser caracterizada como indício de um Estado-perito, se não se quiser já encontrar aqui um elo de transição para a verdadeira Constituição econômica. Mas a característica de tais instituições ainda reside temporariamente no fato de que exercem sua influência pelo peso de seus pareceres expertos e de que não atuam como poder político. Esse tipo de influência é de grande significado prático, principalmente em *comitês*. Dentro do quadro de funcionamento parlamentar, ela se mostra ocasionalmente, mesmo ainda hoje, na influência extraordinária de alguns comitês parlamentares, dentre os quais se pode citar, em primeiro lugar, o *comitê do orçamento*.<sup>5</sup> Mas, evidentemente, os comitês parlamentares, apesar de tais indícios, em consequência de sua composição político-partidária, geralmente, não estão em condições de obter a neutralidade necessária, embora, teoricamente, se teria que perseverar no fato de que eles, incluindo-se o comitê de investigação, deveriam ser imparciais e “constituir uma representação correta e universal de todas as opiniões”. Contudo, mostra-se aqui mesmo o efeito do fato de que o parlamento, em amplo grau, se tornou cenário de um sistema pluralista, de modo que, pelo modelo inglês que conhece, além dos “Select Committees” parlamentares, as “Royal Commissions” instituídas pela coroa,<sup>6</sup> são formados

<sup>5</sup> Sobre o comitê do orçamento do Reich, cf. a tese da Escola Superior de Comércio de Berlim a ser em breve publicada por B. Rilinger.

<sup>6</sup> A respeito, o relatório de G. Lassar sobre “comitês de investigação segundo o Direito inglês”, remetido pelo ministro do interior do Reich ao parlamento em 11 de novembro de 1926 (Impresso do parlamento do Reich, 3º mandato eleitoral, n. 2690), conforme esse relatório, também a citação retirada de *Todd*, Parliamentary

comitês especiais de investigação, em especial *comitês de inquirição econômicos* político-partidariamente independentes que devem possibilitar uma averiguação objetiva e independente do parlamento. Um exemplo desse tipo de comitê de inquirição político-partidariamente neutro é o "comitê alemão para a investigação das condições de produção e venda da economia alemã" (lei do Reich de 15 de abril de 1925, *Diário oficial do Reich* I, p. 195), cujos membros são nomeados pelo governo do Reich e têm uma ampla independência assegurada pela isenção de responsabilidade. Ainda, de outro modo, fazem parte desse contexto as *câmaras* (câmaras do comércio e da indústria, associações comerciais de vários tipos) e ainda as *juntas consultivas* em vários ramos da administração.

Na esfera da *jurisdição*,<sup>7</sup> excetuando-se a composição dos *tribunais do trabalho*, podem ser mencionados os membros peritos do *tribunal econômico do Reich*, que estão ao lado dos membros juristas e são nomeados pelo presidente a partir de uma lista de candidatos, formada pelo conselho econômico do Reich, "levando-se em consideração os variados grupos profissionais e representações de interesses, além dos Estados em particular", em que, salvo outra regulamentação, o conselho de magistrados do tribunal econômico do Reich decide lotando um presidente e quatro adjuntos peritos (decreto sobre o tribunal econômico do Reich de 21 de maio de 1920). De especial interesse é a lotação do *tribunal anticartel* formado no tribunal econômico do Reich, pela qual o chamado decreto anticartel (artigo 11 do decreto contra o abuso de posições econômicas de poder de 2 de novembro de 1923) determina que devam ser convocados dois adjuntos, considerando-se os interesses econômicos conflitantes, mas ainda um outro

---

Government; ademais, BERTRAM, A. *Hamburg, Wirtschaftsdienst*, de 28 de maio de 1926 (ano 11, p. 701-702).

<sup>7</sup> A respeito de adjuntos peritos em litígios de direito econômico e participação leiga na decisão de tais litígios, os pareceres feitos para a 36ª assembléia alemã de juristas pelo presidente do conselho de magistrados Dr. Köppel e pelo advogado Dr. G. Friedländer (pareceres, p. 321-454).

adjunto como pessoa experta no assunto, “da qual se pode esperar que ela defenderá os interesses do bem comum, independentemente dos interesses econômicos conflitantes”. Por isso, esta última determinação é extraordinariamente instrutiva, porque ela diferencia o *interessado versado na matéria* daquele *perito* independente de interesses, ou seja, de certo modo absolutamente *neutro*, e faz o confronto que é muito necessário, mas que revela, ao mesmo tempo, a dificuldade do problema entre peritos dos interessados (com os quais puderam ser feitas experiências suficientes durante a economia coletivista planificada do período da guerra e de transição) e os peritos não-vinculados a um interesse. No *processo conciliador* estatal repete-se um procedimento de estrutura análoga, mas em sua estrutura peculiar ainda a ser examinado de forma mais detalhada ao final deste livro. Comissão e câmara conciliadoras são compostas de tal modo que um presidente imparcial se defronta com os adjuntos de empregador e empregado representados em igual número (artigo 1º, § 5º, do decreto de 30 de outubro de 1923 sobre o processo conciliador, *Diário oficial do Reich* I, p. 1043), pelo decreto do presidente do Reich de 9 de janeiro de 1931 (*Diário oficial do Reich* I, p. 1), sobre a solução de litígios por conciliação no interesse público, podem ainda ser convocados dois “adjuntos imparciais”.

Além disso, com base no Estado *obrigado a reparações de guerra*, originaram-se no Reich alemão dois institutos, cujo objetivo reside justamente em serem, contrariamente ao Estado de coalizão partidário, grandezas independentes e neutras, o banco e a companhia ferroviária do Reich. São complexos autônomos e separados do governo e administração estatais restantes, equipados com amplas proteções contra a influência político-partidária. O fato de justamente incompatibilidades parlamentares garantirem essa independência é o distintivo para a direção na qual se movimentam tais autonomizações. Mesmo a nova regulamentação das leis do plano Young<sup>8</sup> persistiu

<sup>8</sup> O Plano Young de 1930 lidava com a questão dos pagamentos de reparações impostas à Alemanha depois da I Guerra Mundial, sendo uma reformulação do Plano Dawes [nota do tradutor].

nisso. Para o *banco do Reich*, o presidente do Reich, independente do parlamento, intermedeia a relação com o governo alemão ao homologar a eleição do presidente do banco do Reich pelo conselho geral, a nomeação dos membros da diretoria pelo presidente segundo anuência do conselho geral e a revocação do presidente ou de um membro da diretoria (artigo 6º da lei do banco do Reich no texto da lei de 13 de março de 1930). Os membros do conselho geral do banco do Reich não podem ser nem funcionários diretos do Estado, nem pessoas que recebem pagamento do Reich alemão ou de um Estado do Reich (artigo 17). O controle da emissão de papel-moeda realiza-se pelo respectivo presidente do tribunal de contas do Reich alemão na qualidade de comissário, cercado de todas as garantias da independência judicial e que, da mesma forma, não pode pertencer ao parlamento do Reich (artigo 121, 123 do código orçamentário do Reich). Na fundamentação para as leis sobre a conferência de Haia (2ª parte, Lei Bancária p. 3/4), está reconhecida como necessária a plena “salvaguarda do princípio da independência” e caracterizada como uma “garantia fundamental para a manutenção da moeda”.

No tocante à *companhia ferroviária do Reich*, encontra-se atenuada a rigorosa separação existente consoante à lei ferroviária do Reich de 30 de agosto de 1924. O governo (parlamentar) do Reich obteve amplos direitos de informações e poderes de controle, os membros do conselho administrativo da ferrovia do Reich são agora nomeados pelo governo do Reich (artigo 2º, § 11), um representante permanente do governo do Reich pode participar das reuniões do conselho administrativo e de suas comissões sem direito de voto. Mas, no restante, vale também aqui o princípio da independência e autonomia, continuando a existir as incompatibilidades parlamentares para o conselho administrativo, cujos membros têm que ser “conhecedores experientes da vida econômica ou ser peritos em assuntos da ferrovia” e não podem ser “membros do parlamento do Reich, de um parlamento estadual, do governo do Reich ou de um governo estadual” (artigo 10). A fundamentação salienta (p. 16) que, embora a legislação do Reich possa efetuar

modificações na lei da ferrovia do Reich, ela só o pode fazer sob a condição de que não resulte nenhum encargo novo para a companhia e que “sejam intangíveis” as determinações e garantias das reparações de guerra, “assim como o caráter independente da companhia com sua administração autônoma”. Aqui, torna-se visível a base da independência e neutralidade da política externa e do direito internacional, a última e mais forte garantia contra a intervenção do Estado partidário.

Em ambos os casos, banco e ferrovia, sobreveio uma *cisão* de direitos de soberania estatais e foi formado um sujeito jurídico autônomo que aparece perante o Estado partidário de forma independente e neutra. São ainda também imagináveis outras possibilidades de produtos autônomos e, em parte, já também realizados, seja como patrimônio vinculado sem formação de um novo sujeito jurídico, mas sob a possibilidade de retirada do orçamento nacional geral (assim é o correio alemão do Reich com base na lei das finanças dos correios e telégrafos do Reich de 18 de março de 1924, *Diário oficial do Reich I*, p. 287), seja por meio de monopólios autônomos, seja pelo fato de que produtos existentes autônomos, como, por exemplo, o seguro social, a autonomia administrativa municipal ou econômica, igrejas, sociedades filosóficas ou outras associações transformam-se em titulares de direitos estatais dessa forma cindidos. Para tanto, os produtos autônomos da autonomia administrativa municipal parecem, temporariamente, não mais interessar, pois, em consequência da determinação do artigo 17 da Constituição do Reich, estão incorporados ao âmbito direto de poder do sistema político-partidário e político-faccional, transformaram-se nos titulares mais fortes da “policracia” tratada acima. Em contrapartida, Estados alemães, em particular, podem se tornar titulares de certa função neutralizadora. Embora também sejam Estados partidários governados parlamentarmente, a circunstância de que neles governam coalizões compostas de forma diferente da do Reich, causa já a partir da mera diversidade um contrapeso. Os elementos federalistas da atual Constituição alemã obtiveram por meio disso uma tarefa e função totalmente novas, a saber, a de um

efeito neutralizador perante o instável Estado de coalizão partidário no Reich. Este se torna mais forte na mesma proporção em que a necessidade por uma reação se torna mais forte. Aqui se evidencia uma peculiaridade da mudança funcional mencionada acima que dá ao federalismo do antigo estilo, por motivos e pontos de vista outros, uma nova *ratio essendi* e nova vida à luta contra o unitarismo no Reich e contra o centralismo na Prússia. No *conselho do Reich* une-se o federalismo com elementos do Estado-funcionário, o fato de essa instância ainda não ter se transformado em uma assembléia de funcionários do partido, mas ser um colegiado de peritos administrativos pode também ser explicado por a Constituição perseverar no caráter estatal dos Estados e mostrar que o federalismo pode ser um reservatório de forças estatais. Assim, além do Estado-funcionário, do Estado-perito e do Estado-parecerista e além dos produtos do Estado obrigado a reparações de guerra, também surgem ainda forças do Estado *federal* na série de reações que, em seu concurso nada metódico, mas levando ao mesmo resultado, procuram hoje assumir as funções do Estado político-partidariamente neutro.

### 6.3 Insuficiência da maioria das neutralizações; ambigüidade dos conceitos de neutralidade e despolitização

Em algumas tendências a outras formações e cisões autônomas reside indubitavelmente uma correção forçosa e imprescindível. Mas pode daí ser realmente obtido um princípio geral de estrutura estatal? É legítimo, por exemplo, apelando para o princípio cooperativo autenticamente alemão, levar mais adiante esse desenvolvimento em direção ao pluralismo? Já se tem hoje o direito de proferir o lema sobre evasão geral de capitais de tudo o que ainda existe na Alemanha em substância estatal? Gostaria de negar isso, mais precisamente pelo fato de que vai falhar no objetivo unicamente justificante, ou seja, imparcialidade e objetividade do Estado.

Na atual situação da Alemanha, por meio de uma falsa generalização, são confundidos entre si, muitas vezes, vários objetivos opostos sob palavras como neutralidade, despolíticação e imparcialidade. Isso tem como consequência o fato de que os remédios novamente se suprimem e se paralisam mutuamente. O instável Estado de coalizão partidário leva a um governo incapaz de governar, a um não-governo, e dessa falta de decisão, dos esforços por um governo real e autêntica decisão política, surgem as variadas migrações da substância política. Mas, por outro lado, combate-se simultaneamente essa falta, que reside no fato de que as decisões políticas seriam parciais e sem objetividade. Como é inevitável em toda decisão política que algum interessado a sinta como desvantajosa, pode-se sempre contar com aplausos, quando se proclama uma “luta contra a política em geral” e se exige uma absoluta despolíticação como absoluta imparcialidade. No primeiro caso, *a necessidade por uma decisão política* é o motivo normativo e as formações contrárias surgem do fato de que falta uma decisão política, mesmo porque, na verdade, absolutamente, não se governa e no segundo caso, ao contrário, tenta-se organizar um sistema no qual não mais exista, em absoluto, *nenhuma decisão política*, apenas ainda objetividade e tecnicidade, em que as coisas se governam por si mesmas e as perguntas são respondidas a partir de si mesmas. A primeira tendência parte do princípio de que decisão política e governo são necessários e a segunda de que política e governo são, pela sua essência, algo destituído de objetividade e supérfluo. No clamor por despolíticação, ambas freqüentemente se confundem, porque não se considera a política partidária no geral e a política partidária do instável Estado de coalizão partidário em especial como autêntica política, vendo-as, simultaneamente, como algo sem objetividade, de modo que aqui as negações de duas orientações opostas se unem e dois males opostos, os quais devem ser combatidos por meio de recursos opostos, devem ser atingidos pela mesma divisa imprecisa. Por isso, na verdade, não se atinge nenhum dos dois.

No que toca especialmente ao “Estado-perito e ao Estado-parecerista neutros”, a diferenciação entre peritos interessa-

dos e não interessados conduz a um dilema que torna problemático o valor do Estado-perito neutro, justamente, no caso de difíceis oposições e conflitos: ou o perito é, ao mesmo tempo, interessado, não sendo, então, neutro e o recurso à paridade não conduz à decisão, pois *paridade*, ao contrário, significa exatamente *não-decisão*, ou o perito não é interessado, faltando-lhe, então, freqüentemente o último e mais próprio conhecimento experto. Ocasionalmente, pode ser uma boa alternativa impelir a decisão para peritos independentes, mas não se podem conseguir decisões políticas dessa maneira e, no caso de sérios conflitos, a autoridade do parecerista, o simples peso de seus argumentos, “the mere weight of expert agreement”, na maioria das vezes não basta para superar o poder de fortes interesses contrários. A relação aqui é semelhante à da transmissão de decisões políticas à justiça lotada de funcionários de carreira, com o tempo, isso não conduz a uma objetivação neutra, mas, inversamente, à politização partidária da grandeza, até então, neutra. Os reais detentores do poder político podem proporcionar facilmente a influência necessária para a ocupação dos cargos de juízes e a nomeação dos pareceristas peritos, se conseguirem isso, a resolução judicial ou pericial da questão tornar-se-á um meio cômodo de sua política e isso é o contrário do que se objetivava verdadeiramente com a neutralização e se não o conseguirem, perderão o interesse nas opiniões e pareceres dos peritos, cujos memoriais e votos podem ser facilmente ignorados. O destino de muitas comissões independentes de pareceristas e peritos veio freqüentemente confirmar de forma suficiente, nos últimos anos, essa experiência.

A falta de clareza, em si mesmo contraditória, da maioria das “neutralizações” dirige-se, porém, também em seu resultado prático, contra seus verdadeiros objetivos. A policracia da economia pública seria levada ainda mais adiante mediante novas formações e cisões autônomas e juntamente com o sistema pluralista aproximar-se-ia, finalmente, da situação de um Estado-estamentário medieval, na qual o Estado alemão já pereceu uma vez. O verdadeiro perigo do instável Estado de coalizão partidário, que deve ser combatido com as autonomizações



despolitizantes, reside na mesma direção, pois também o sistema pluralista, com seus contínuos acordos entre partidos e grupos parlamentares, transforma o Estado em uma justaposição de acordos e contratos, por meio dos quais os partidos respectivamente partícipes da operação de coalizão repartem entre si todos os cargos, rendimentos e vantagens segundo a lei da cota-parte e sentem a paridade, que aí observam, ainda, porventura, como algo justo. A Constituição de um Estado dominado por tais métodos da volição política reduz-se à frase *pacta sunt servanda* e à proteção dos “direitos adquiridos”. Isso faz parte da consequência de todo sistema pluralista. O interesse dos partidos e grupos parlamentares, de suas organizações de ajuda e apoio e de suas burocracias não se encontra, de forma alguma, em oposição necessária aos interesses particulares de produtos cindidos e autônomos. Pode se ligar a eles e contrair várias alianças. Como em geral nas relações entre pluralismo, policracia e federalismo são também aqui possíveis muitas imbricações e as chamadas relações transversais. A última consequência de tal pluralismo duplamente fundamentado seria uma total dispersão da unidade alemã. Ficaria, então, a carga da pressão de fora, do interesse dos Estados credores na unidade do devedor das reparações de guerra, se a unidade da Alemanha deve perdurar ou não, e seria uma questão de discricção de governos estrangeiros se um comissário ou uma potestade estrangeiro determina as diretrizes da política interna alemã após o senso político do povo alemão não mais ter sido suficiente para uma própria volição.

Com isso, a situação alemã não estaria despolitizada, apenas teria entrado no lugar de uma política alemã, uma política estrangeira. O erro fundamental de todo o esforço por despolitização já está contido na equívoca e enganosa “despolitização”. Na realidade, compreende-se com essa palavra, desde que se trate de propostas sérias, quase sempre apenas a eliminação de um determinado tipo de política, a saber, da política partidária, ou seja, apenas de uma “despolitização partidária”, e isso também apenas no sentido da política partidária do

instável Estado de coalizão partidário, a qual apresenta características especiais. A palavra atinge, assim, apenas um determinado antagonismo contra determinados métodos, a saber, político-partidários. De resto, deve-se observar que política é inevitável e inextermínável. Pode se diferenciar, com fáceis e cômodos confrontos, entre política e direito, política e economia, política e cultura, mas, nesse aspecto, parte-se comumente da falsa noção do século XIX liberal de que seria possível separar uma área especial de “política” de outras matérias como economia, religião e direito. Contudo, a peculiaridade do político reside justamente no fato de que *toda* área imaginável de atividade humana é, na medida do possível, política e se torna imediatamente política quando os conflitos e questões decisivos se passam nessa área. O político pode se unir a toda matéria e lhe dar – se me é permitido tomar aqui uma fórmula utilizada por Eduard Spranger – tão-somente uma “nova virada”. Assim, constitui-se em um mal-entendido e em um modo de falar ilusório, se não enganoso, sugerir com a palavra despolitização que a incômoda responsabilidade e o risco do político pudessem ser evitados e exterminados. Tudo o que, de alguma forma, for de interesse público, é de alguma forma político e nada do que diz respeito essencialmente ao Estado pode ser despolitizado. A fuga da política é a fuga do Estado. Onde essa fuga termina e onde o fugitivo chega não pode ser previsto por ninguém, em todo caso, é certo que o resultado será ou o declínio político ou, porém, uma outra espécie de política.

## 6.4 Um panorama dos diversos significados e funções do conceito de neutralidade de política interna do Estado

Em vista da ambigüidade da palavra “neutralidade” e da confusão que ameaça tornar um indispensável conceito inútil e inaplicável, é oportuno um esclarecimento terminológico e objetivo. Por isso, tentar-se-á aqui uma exposição resumida, na

qual os diversos significados, funções e orientações polêmicas dessa palavra estão agrupados com alguma sistemática.

I. *Significados negativos da palavra “neutralidade”, ou seja, que se afastam da decisão política.*

1. *Neutralidade no sentido da não-intervenção, do desinteresse, do laisser passer, da tolerância passiva, etc.*

Nesse significado, a neutralidade de política interna do Estado primeiramente entra na consciência histórica, mais precisamente como *neutralidade do Estado perante as religiões e confissões*. Assim diz Frederico o Grande em seu testamento político: *je suis neutre entre Rome et Genève*. Aliás, uma antiga fórmula do século XVII que já se encontra no retrato de Hugo Grotius e que é de suma importância para o processo de neutralização iniciante neste século.<sup>9</sup> Em última consequência, esse princípio tem que levar a uma neutralidade geral perante todos os problemas e concepções imagináveis e a uma igualdade absoluta de tratamento, em que, por exemplo, aquele que pensa religiosamente não pode ser mais protegido do que o ateu, o nacionalista não mais do que o inimigo e contempador da nação. Ademais, disso resulta a absoluta liberdade de todo tipo de propaganda, da religiosa como da anti-religiosa, da nacional como da antinacional, “consideração” absoluta para com “aquele com modo diferente de pensar” pura e simplesmente, mesmo se ele escarnecer o costume e a moral, se minar o regime estatal e se provocar agitação a serviço de um Estado estrangeiro. Esse tipo de “Estado neutro” é o relativístico *stato neutrale ed agnostico* que nada mais diferencia, o Estado vazio ou então apenas restrito a um mínimo de conteúdo. Sua Constituição é, *sobretudo, também neutra perante a economia* no sentido da não-intervenção (liberdade econômica e contratual), com a “ficção do Estado livre da economia e da economia livre de Estado” (F. Lenz). Todavia, esse Estado ainda

<sup>9</sup> Sobre esse processo de neutralização e seus estágios: SCHMITT, Carl. *Europäische Revue*, novembro de 1929.

pode se tornar político, pois ele ainda conhece, pelo menos imaginavelmente, um inimigo, ou seja, aquele não crente nesse tipo de neutralidade no modo de pensar.

*2. Neutralidade no sentido de concepções instrumentais de Estado, para as quais o Estado é um recurso técnico que deve funcionar com objetiva calculabilidade e dar a todos a igual chance de uso.*

Idéias instrumentais de Estado são a base, na maioria das vezes, para as seguintes expressões: o *aparelho* judiciário e administrativo estatal, a “*máquina* governamental”, o Estado como *funcionamento* burocrático, a máquina legislativa, a alavanca da legislação, etc. A neutralidade do Estado como um instrumento técnico é imaginável para a área do executivo e pode se imaginar talvez que o aparelho judiciário ou o aparelho administrativo funcione da mesma maneira e esteja à disposição de todos os usuários que dele se sirvam conforme a norma, com a mesma objetividade e tecnicidade, como o telefone, o telégrafo, os correios e semelhantes institutos técnicos que, sem levar em consideração o conteúdo da comunicação, estão a serviço de todos que se atêm às normas de seu funcionamento. Tal Estado seria completamente despolitizado e não mais poderia diferenciar, de per si, entre amigo e inimigo.

*3. Neutralidade no sentido de chance igual na volição estatal.*

Aqui, a palavra obtém um significado que está na origem de certas interpretações liberais do direito de eleição e voto geral e igual, assim como da igualdade universal perante a lei, desde que essa igualdade perante a lei já não recaia (como igualdade perante a aplicação da lei) sob o número 2 acima. Cada um tem a chance de conquistar a maioria, se pertencer à minoria vencida por maioria de votos, será remetido ao fato de que ele teve a chance e ainda tem de se tornar maioria. Isso também é uma idéia liberal de justiça. Tais idéias de uma neutralidade de igual chance na volição estatal estão também na origem, mas quase sempre de forma pouco consciente, da

concepção dominante do artigo 76 da Constituição do Reich. Segundo ela, o artigo 76 recebe não apenas uma determinação sobre emendas constitucionais (como seria de se supor pelo teor do texto), mas fundamenta também uma absoluta onipotência ilimitada e infinita, assim como um poder legislativo. Assim, p.ex., G. Anschütz em seu comentário sobre o artigo 76 (10ª ed., p. 349/350), Fr. Griese (*Kommentar*, 8ª ed., 1931, p. 190) e R. Thoma (*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, p. 154), que chega até mesmo ao ponto de apresentar a divergente opinião tanto minha quanto a de C. Bilfinger como “de direito a um desejo”, um epíteto que exprime um tipo de insinuação banal, no geral, não-comum. Essa concepção dominante do artigo 76 retira da Constituição de Weimar sua substância política e seu “fundamento” e a transforma em um *procedimento 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, equitativamente, a chance incondicionalmente igual de conseguirem as maiorias necessárias para, com a ajuda do procedimento válido para emendas constitucionais, alcançarem seu 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 respectivos partidos governistas, seja através 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 aos partidos não por demais distantes dele político-partidariamente, proibições de reunião de partidos extremistas, a 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. Na discussão da questão se a lei de 25 de março de

1930 (*Diário oficial do Reich* I, p. 91) para proteção da república é ou não inconstitucional, quase nunca é observada a relação sistemática dessa questão com o artigo 76.

4. *Neutralidade no sentido de paridade, isto é, admisão igual de todos os grupos e orientações de interesse, sob condições iguais e com igual tratamento na contemplação com vantagens ou demais prestações estatais.*

Essa paridade é de significado histórico e prático para sociedades religiosas e filosóficas em um Estado que não se separou rigorosamente de todas as questões religiosas e filosóficas, permanecendo ligado a uma maioria de existentes grupos religiosos ou semelhantes, seja por meio de obrigações de direitos patrimoniais de todo tipo, seja mediante a cooperação na área de educação, bem-estar público, etc. Nessa paridade, surge uma questão que, conforme a situação dos fatos, pode se tornar muito difícil e crítica, a saber, *quais* grupos interessam, afinal, para a paridade. Assim, importa saber, *e.g.*, quando se concebe a neutralidade político-partidária da radiodifusão no sentido da paridade, quais partidos políticos têm que ser admitidos paritariamente, porque não se pode admitir automática e mecanicamente todo partido que se apresenta. Outra questão que surge, então, diz respeito a quando se concebe a liberdade da ciência (artigo 142 da Constituição do Reich) como paridade de todas as orientações científicas e se exige que, da mesma forma, todas essas orientações devam ser consideradas equitativa e proporcionalmente na ocupação das cátedras. Max Weber exigiu que quando fossem um dia admitidas valorações nas faculdades, então, teriam que ser admitidas também *todas* as valorações, o que, teoricamente, pode ser fundamentado tanto com a lógica do Estado relativístico-agnóstico quanto com a exigência liberal por igualdade de chance, mas que de forma prática (para nomeações), no Estado partidário pluralista, leva a paridade dos partidos que respectivamente dominam o Estado. Mas a neutralidade no sentido de paridade só é praticamente exequível perante um número relativamente baixo de grupos legitimados e no caso de uma distribuição de influência

e de poder relativamente incontroversa dos parceiros paritariamente legitimados. Um número por demais alto de grupos que reivindicuem um tratamento paritário ou uma insegurança por demais alta na apreciação de seu poder e importância, ou seja, insegurança no cálculo da quota a que têm direito, impede tanto a realização do princípio da paridade, quanto, também, a evidência do princípio que lhe serve de base.

A segunda dúvida sobre uma paridade realizada de forma conseqüente reside no fato de que ela, necessariamente, conduz ou a um equilíbrio sem resolução (tão freqüente na paridade entre empregadores e empregados), ou, porém, no caso de grupos fortes e claramente definidos, a uma *itio in partes*, como a entre católicos e protestantes desde o século XVI no antigo Reich alemão. Cada partido coloca, então, em segurança para si a parte da substância estatal que lhe interessa e, assumindo um compromisso, está de acordo em que o outro partido com uma outra parte faça o mesmo. Ambos os métodos – igualdade aritmética ou *itio in partes* – não têm o sentido de uma decisão política, mas se distanciam da decisão.

II. *Significados positivos da palavra “neutralidade”, ou seja, que levam a uma decisão.*

1. *Neutralidade no sentido da objetividade e da imparcialidade com base em uma norma reconhecida.*

Esta é a neutralidade do juiz enquanto ele decidir com base em uma lei reconhecida e definível em seu conteúdo. É a vinculação à lei (que contém vinculações materiais) que possibilita a objetividade e, com isso, uma espécie de neutralidade, assim como a relativa autonomia do juiz perante a outra vontade estatal (*i.e.*, expressa de forma outra por uma regulamentação legal). Embora essa neutralidade leve a uma decisão, ela não leva à decisão política.

2. *Neutralidade com base em um conhecimento experto não egoísta e interessado.*

Esta é a neutralidade do parecerista e consultor experto, do adjunto perito, desde que não seja representante de inte-

ressados e expoente do sistema pluralista (*vide acima*), nessa neutralidade se baseia também a autoridade do mediador e conciliador, desde que não recaia sob o número 3.

3. *Neutralidade como expressão de uma unidade e totalidade que abrange os agrupamentos opostos e, destarte, relativiza em si todas essas oposições.*

Esta é a neutralidade da decisão estatal de antagonismos internos de um Estado perante a fragmentação e divisão do Estado em partidos e interesses especiais, quando a decisão torna válido o interesse do todo estatal.

4. *Neutralidade do estrangeiro que se encontra de fora e que, na qualidade de terceiro, provoca, de fora e em caso de necessidade, a decisão e, com isso, uma unidade.*

Esta é a objetividade do protetor perante o Estado sob protetorado e seus antagonismos de política interna, do conquistador perante os diversos grupos em uma colônia, dos ingleses perante os hindus e muçulmanos na Índia, de Pilatos (*quid est veritas?*) perante as contendas religiosas dos judeus.

## 6.5 Procedimento do governo constitucional segundo o artigo 48 da Constituição do Reich. Desenvolvimento do estado de exceção militar-policial rumo ao econômico-financeiro

A solução das dificuldades atuais não pode residir no fato de se continuar a enfraquecer o Estado, nem muito menos no de deixá-lo perecer em um *sauve qui peut* generalizado. A causa dos inconvenientes e da falta de imparcialidade e objetividade é exatamente a fraqueza resultante, em um Estado econômico, dos métodos pluralistas do instável Estado de coalizão partidário e não se pode remediar essa falta por meio de mais



enfraquecimentos e cisões. A maioria das propostas e exigências por despolitização esquece a simples verdade de que, para a neutralidade no sentido de uma imparcialidade independente, são necessárias uma robustez e uma força que possam oferecer resistência a agrupamentos e interesses poderosos. Se faltarem ao Estado, uma outra força tem que intervir a seu favor, força esta que se transforma, assim, no Estado. Neutralidade no sentido de imparcialidade e objetividade não se constitui em fraqueza e apolitismo, mas em seu contrário. Assim, a solução não reside em uma imparcialidade apolítica, mas em uma política objetivamente informada e que não perde de vista o interesse do todo.

É o objetivo de toda Constituição sensata dar um sistema organizacional que possibilite uma volição estatal e um governo capaz de governar. É, sobretudo, a intenção consciente e bem refletida da vigente Constituição do Reich alcançar esse objetivo e todos os seus institutos de uma democracia parlamentar e plebiscitária devem, em primeiro lugar, criar um governo eficiente. Parte-se do princípio de que um governo apoiado em camadas populares e que encontra a anuência e a aclamação do povo é mais forte e mais intenso do que os demais tipos de governo. Por essa razão, a primeira parte organizacional da Constituição do Reich contém, fora as determinações de direito federal, um equilíbrio, em princípio, bem refletido da democracia parlamentar para com a plebiscitária. No centro da parte constitucional plebiscitária está o *presidente do Reich* e é de grande significado que esse, nos esforços de neutralização que conduziram a formações autônomas, apareça em um ponto especialmente importante, pois é ele que estabelece a relação entre o Reich alemão e o banco do Reich ao homologar a nomeação do presidente do *banco do Reich*, eleito pelo conselho geral do banco, e que assina o título de nomeação (artigo 6º, § 4º, da lei do banco do Reich de 13 de março de 1930). Da mesma forma, na sociedade ferroviária do Reich, a escolha do presidente do conselho administrativo (artigo 12 do estatuto) e a nomeação do diretor geral e dos diretores (artigo 17 do estatuto) necessitam da homologação pelo presidente do Reich.

Porém, o reconhecimento teórico de sua posição central e de suas possibilidades constitucionais ainda sofre sob as interpretações, as quais, com os velhos clichês surgidos no período pré-guerra, transformam a Constituição de Weimar em uma caricatura ao verem nela nada além de uma anti-Constituição contra a antiga Constituição do Reich. Mais atingida com isso é a compreensão dos artigos 25 (dissolução do parlamento do Reich, conceito de “unicidade” e de “igual motivo”<sup>10</sup>), 54 (voto de desconfiança) e 48. Contudo, a prática desses artigos já produziu uma série de precedentes reconhecidos, os quais não podem ser juridicamente ignorados.

A questão que aqui interessa – quais remédios são constitucionalmente possíveis perante as dificuldades e os métodos destrutivos de Constituição do sistema pluralista – encontrou, assim, uma outra resposta mais eficaz e que melhor corresponde ao espírito da Constituição do que as cisões e autonomizações levadas cada vez mais adiante. A prática das leis de plenos poderes, especialmente em ambos os casos das leis do Reich de 13 de outubro de 1923 (*Diário oficial do Reich I*, p. 943) e de 8 de dezembro de 1923 (*Diário oficial do Reich I*, p. 1179), mostra que, no caso crítico, é possível um afastamento do parlamento. É característico que, na primeira lei de plenos poderes para os decretos do governo do Reich, a lei que admite

<sup>10</sup> Igual motivo, no sentido do artigo 25 da Constituição do Reich, é apenas o objeto concreto da diversidade de opinião entre Presidente do Reich (governo) e parlamento, ou seja, o tema de um conflito que o povo decide por meio de nova eleição. Mas se um parlamento incapaz de atingir maioria é dissolvido, essa condição não é aplicada e seria absurdo dar a um parlamento posterior, por sua vez incapaz de atingir maioria, por assim dizer, um direito a 4 anos de incapacidade de atingir maioria; cf. SCHMITT, Carl. *Einmaligkeit und gleicher Anlass bei der Reichstagsauflösung nach Art. 25 RV.*, Arch. d. öff. Rechts, Neue Folge, vol. 8 (1925), p. 162. Recentemente, isso foi novamente incompreendido em GLUM, F. *Parlamentenkrise und Verfassungslücke*, Deutsche Juristenzeitung 1930, p. 1415; BÜHLER, O. *Die Grenzen verfassungsmäßigen Vorgehens der Regierung bei Erledigung des Sanierungsprogramms*, Reichsverwaltungsblatt, vol. 51 (1930), p. 780.

divergências dos direitos fundamentais constitucionais, não estava prevista uma participação do parlamento do Reich, e, sim, apenas para informação e reivindicação de anulação, enquanto na segunda lei de plenos poderes, antes da promulgação do decreto, tinha que ser *ouvida* apenas uma comissão do parlamento composta por 15 membros (e uma comissão do conselho do Reich). Um outro sintoma a ser citado aqui são *ministros-funcionários* e *gabinetes-funcionários*.<sup>11</sup> Mas o exemplo decisivo se encontra na *prática do artigo 48*. Ela é especialmente significativa para a estrutura da atual situação constitucional, porque era obrigada a se mover em território econômico e financeiro, pois o desenvolvimento rumo ao Estado econômico se encontrou com o desenvolvimento simultâneo do parlamento rumo a um cenário do sistema pluralista e é aí mesmo que se têm fundamentadas tanto a causa da perturbação de cunho jurídico-constitucional quanto a necessidade por remédios e movimentos contrários.

1. O desenvolvimento de cunho jurídico-constitucional conduziu, para várias questões importantes do estado de exceção e do direito de baixar decretos de emergência, a resultados que, na prática dos governos, em decisões de supremos tribunais e também na literatura específica, são aceitos e reconhecidos a ponto de se ter que partir deles como componente de nosso atual direito constitucional. A interpretação do artigo 48 da Constituição do Reich contém, todavia, uma série de questões jurídicas especialmente difíceis, mais precisamente conforme a situação do caso, se existe ou não uma considerável ameaça da ordem e segurança públicas no Reich – a decisão da questão se de fato está ou não dado o pressuposto para os poderes extraordinários, é, naturalmente, assunto de um governo consciente de seus deveres – mas, sobretudo, para o problema jurídico-constitucional do *conteúdo* dos poderes e autorizações do presidente do Reich contidos no artigo 48,

<sup>11</sup> A respeito, KOELLREUTTER, O. *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat* (Recht und Staat, Heft 51), Tübingen 1927, p. 31-32.

§ 2º. As divergências de opinião explicam-se, naturalmente, primeiramente a partir da diversidade dos interesses e concepções político-partidários que não nos cabe aqui discutir mais. A isso se acresce o fato de que, justamente no “estado de exceção”, termos e divisas do direito público da monarquia constitucional continuam a produzir efeitos por muito tempo e perturbam os conceitos e pontos de vista de um direito constitucional republicano, principalmente quando ainda surge o fato de se justificar os poderes do presidente do Reich com a palavra “ditadura”. Por fim, muitas vezes não se observa que as determinações do artigo 48, § 2º, são pensadas pela assembléia nacional legislativa como um *provisório* redigido de forma intencionalmente ampla, ao qual somente a *lei de execução* a ser promulgada segundo o artigo 48, § 5º, dá sua limitação definitiva mais precisa. Até lá, a interpretação jurídica, fora as dificuldades gerais de toda questão de alta política, tem ainda que observar as particularidades resultantes da provisoriedade que se prolongou por muitos anos.

Mas, apesar dessa dificuldade e perturbação totalmente extraordinárias, pode-se constatar que uma praxe que conta agora com dez anos, desenvolveu, juntamente com uma abrangente literatura específica, alguns preceitos sobre a interpretação do artigo 48, § 2º, pelos quais não se pode mais negar, em uma consideração imparcial, a imposição de seu reconhecimento geral. Isso é válido, pelo menos, para os dois pontos seguintes:

a) O poder do presidente do Reich em promulgar *decretos substitutivos de leis* segundo o artigo 48, §2º.

A até então abrangente praxe de decretos jurídicos do artigo 48, §§ 2º e 4º, não necessita de mais provas, basta lembrar dos panoramas apresentados por Poetzsch-Heffter (*Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 13, 1925, p. 141-157; vol. 17, 1929, p. 99-101). O tribunal do Reich homologou plenamente essa praxe e tratou o presidente do Reich, para tanto, como legislador no sentido da “ressalva da lei”; por exemplo, *Jurisprudência penal do Reich* 56, 115 (poder para decretos jurídicos, especialmente dispositivos penais); igualmente, 56,

163; 56, 188 (“uma espécie de direito do presidente do Reich de baixar decretos de emergência”); 56, 420 (“não se pode duvidar” do direito de baixar decretos jurídicos); 57, 384; 58, 269 (decretos segundo o artigo 48, § 2º, são “indubitavelmente” disposições legais no sentido dos artigos 105, 151, 152 da Constituição do Reich); 58, 360 (nenhum direito de exame por parte do juiz para condições e duração dos decretos); mas, em especial, 59, 41: “Pois a alteração dos dispositivos penais conforme tipo delitivo ou margem entre as penas máxima e mínima cominadas ao delito recai na área do poder legislativo e fica, portanto (!), como este em geral (!), por conta do presidente do Reich por meio do artigo 48, § 2º, da Constituição do Reich sob a condição lá apresentada e para o objetivo lá designado.” Ademais, *Jurisprudência civil do Reich* 123, 409 (semelhança com o direito de baixar decretos de emergência); ou corte de finanças do Reich 17, p. 73. Na literatura específica, a doutrina predominante foi formulada pelo comentário de Anschütz (p. 250) da seguinte maneira: “Estes decretos (pelo artigo 48, § 2º) podem tudo prescrever ou proibir, para o que é necessária e suficiente uma lei ordinária do Reich e não de emenda à Constituição.” Analogamente, Poetzsch-Heffter, *Kommentar*, p. 237; Giese, *Kommentar*, 8ª ed., p. 138.

Consoante isso, no artigo 48, § 2º, além dos demais poderes extraordinários, está em todo caso *também* contido o poder de promulgar decretos jurídicos com força de lei nos moldes dessa determinação constitucional. Pode-se aqui primeiramente deixar em suspenso se esse poder estava dado pelo artigo 48 desde o início (como suposto pela doutrina dominante na teoria e na prática) ou se ele só foi acrescentado mediante o desenvolvimento dos últimos 10 anos. Uma outra questão é até que ponto esse direito de baixar decretos pode ser qualificado como direito de baixar decretos de emergência. Em um sentido geral, pode-se qualificar todo decreto publicado com base em poderes extraordinários como decreto de emergência e, nesse significado, conceber todos os decretos do presidente do Reich, publicados segundo o artigo 48, § 2º, como decretos de emergên-

cia. Em um sentido mais estrito e específico, em contrapartida, o direito constitucional da monarquia constitucional só admitiu o decreto de emergência para o caso, desenvolvendo-o para uma típica normalização, de o parlamento não estar reunido.<sup>12</sup> Se forem publicados decretos de emergência pelo presidente do Reich em tal situação, poderemos então falar, em um sentido mais estrito, de decretos de emergência. Ambos os tipos de decretos podem ser diferenciados eles têm também muitos traços em comum e o poder para sua promulgação recai sob o amplo conceito dos poderes extraordinários.

b) O desenvolvimento de um Estado de emergência e de exceção *especificamente econômico e financeiro*. Tanto a praxe do artigo 48, § 2º, da Constituição do Reich quanto, em especial, aquela do artigo 55 da Constituição prussiana reconheceu como admissível, sob a pressão do caráter essencialmente econômico e financeiro de atuais situações de emergência, a aplicação dos poderes extraordinários sobre situações de emergência e perigos de cunho econômico e financeiro. Os resultados da praxe do artigo 55 da Constituição prussiana podem, sem problemas, ser transferidos, nesse aspecto, ao artigo 48 da Constituição do Reich, não importando o tamanho que possa ter, ademais, a diversidade de ambas as disposições

<sup>12</sup> Uma notável e clara contradição reina hoje entre a concepção do conceito de “estar reunido” no Reich (artigo 24 da Constituição do Reich) e a da Prússia (artigo 55 da Constituição prussiana); cf. a respeito meu artigo no *Jornal Jurídico Alemão* de 15 de outubro de 1930 (p. 1285 *et seq.*). A decisão do tribunal do Estado do Reich alemão de 13 de julho de 1929 sobre o direito de baixar decretos de emergência na Prússia (*Jurisprudência civil do Reich* 125, anexo, p. 1; LAMMERS-SIMONS II, p. 66, 69) não se deu conta dessa questão de direito público. Mesmo o tratado de W. Jellinek, de 6 de dezembro de 1930, no *Diário administrativo do Reich*, p. 779, dirigido contra meu artigo há pouco mencionado, não solucionou a contradição entre a prática do artigo 24 da Constituição do Reich e a do artigo 55 da Constituição prussiana. Em todo caso, caso se queira abolir o até então conceito (como tal absolutamente não duvidoso) de “estar reunido”, todo o problema do atual direito parlamentar teria que ser sistematicamente colocado sobre uma nova base.

constitucionais e institutos jurídicos. Em todo caso, o artigo 48 da Constituição do Reich contém hoje *também* um direito de baixar decretos que preenche as funções de um direito de baixar decretos de emergência. Nesse único aspecto que interessa aqui, uma transferência dos pontos de vista e argumentos normativos não é apenas admissível, mas injuntiva (também dessa forma *Jurisprudência civil do Reich* 123, p. 409). Isso tem um duplo significado: a *condição* para os poderes extraordinários (estado de emergência, considerável ameaça da segurança e ordem públicas) pode estar fundamentada em uma situação de emergência econômica e financeira ou em um perigo que surge de circunstâncias econômicas e financeiras e o caráter primeiramente só econômico e financeiro da situação de partida não exclui a aplicação dos poderes extraordinários.<sup>13</sup> Ademais, do *conteúdo* dos poderes extraordinários faz, tam-

<sup>13</sup> São muito numerosos os exemplos de decretos de conteúdo econômico e financeiro, publicados com base no artigo 48, § 2º. Pode-se mencionar aqui apenas os decretos de novembro de 1923 sobre divisas e o *Rentenmark*, a moeda de transição alemã, decreto de 5 de novembro de 1923 (*Diário oficial do Reich* I, p. 1082) relativo à recusa momentânea de serviços devido à cotação externa do *Reichmark*. Ademais, do mesmo dia: decreto para complementação do decreto sobre a mobilização de fundos por meio de empréstimo e de emissão de títulos da dívida pública (*Diário oficial do Reich* I, p. 1083, tendo que se observar que o decreto complementado de 20 de outubro de 1923 fora publicado com base na lei de plenos poderes; decreto de 13 de outubro de 1923 (revogação da lei de impostos sobre o carvão de 20 de março de 1923, *Diário oficial do Reich* I, p. 945, publicada novamente como decreto com base na lei de plenos poderes em 18 de outubro de 1923, *Diário oficial do Reich* I, p. 979); decreto de 5 de abril de 1924 (*Diário oficial do Reich* I, p. 397) sobre taxas de embarque, de 10 de novembro de 1924 (*Diário oficial do Reich* I, p. 737) sobre abrandamentos fiscais economicamente necessários, etc. Exemplos de decretos econômicos dos governos dos Estados conforme o artigo 48, § 4º, estão especialmente assinalados no panorama de Poetzsch-Heffter mencionado acima. A praxe de decretos de emergência do governo prussiano segundo o artigo 55 da Constituição da Prússia perseverou, sob constante aprovação do tribunal do Estado (decisões de 21 de novembro de 1925, *Jurisprudência civil do Reich* 112, anexo, p. 10; de 23

bém, parte o direito de publicar decretos de conteúdo e caráter econômico e financeiro, substitutivos de leis.<sup>14</sup>

Ambos os resultados – direito de baixar decretos substitutivos de leis pelo presidente do Reich conforme o artigo 48, § 2º, e o caráter (admissivelmente também) econômico e financeiro do estado de exceção e dos poderes do estado de exceção – baseiam-se em uma interpretação do artigo 48 que se impôs em uma evolução do direito por 10 anos e que faz justiça às particularidades concretas da situação de emergência de um Estado em apuros financeiros, tributário e que, ao mesmo tempo, toma a seu cargo prestações sociais. Embora sejam ainda possíveis e existentes muitas divergências de opinião e litígios interpretativos no tocante àquela difícil disposição constitucional, já há uma praxe inequívoca para ambos os resultados citados. Não é necessário tratar das controvérsias e distinções teóricas sobre direito consuetudinário, mudança constitucional, evolução constitucional, etc., para poder fazer a simples constatação de que aqui existe há anos um *constante exercício suportado por uma rígida convicção jurídica*. Ele deu ao provisório do artigo 48, o qual perdura até a lei de execução a ser publicada consoante o artigo 5, seu conteúdo a ser observado conforme o direito positivo. Para tanto, quatro fatores cooperaram: 1. a concepção do artigo 48, § 2º, dominante na *teoria do direito público*, a qual equipara o presidente do Reich, nesse aspecto, ao “legislador ordinário do Reich”; 2. os numerosos *precedentes* da praxe do governo do Reich, desde que se trate do caráter substitutivo de leis dos decretos e – essen-

---

de março de 1929, *Jurisprudência civil do Reich* 129, anexo, p. 19; de 13 de julho de 1929, *Jurisprudência civil do Reich* 125, anexo, p. 7), também Estados de emergência urgentes e incomuns de cunho financeiro no Estado e até mesmo em suas associações autônomas justificam a promulgação de decretos de emergência.

<sup>14</sup> Dessa forma, os decretos mencionados anteriormente conforme o artigo 48, § 2º, e, especialmente, o decreto de emergência do governo prussiano de 8 de maio de 1929, sobre a regulamentação do imposto industrial para o exercício contábil de 1929, aprovado na decisão de 13 de julho de 1929 do tribunal do Estado, *op. cit.*



cialmente colaborando – a praxe de decretos de emergência do governo prussiano, desde que se trate da realização de poderes de exceção, econômicos e financeiros, devendo se observar que o efeito de um precedente no direito público que permanece incontestado costuma ser mais forte e mais decisivo do que no direito privado, mas o precedente no direito constitucional e no direito internacional pode ter uma força, por sua vez, especialmente intensa; 3. as numerosas decisões preliminares, nesse aspecto, totalmente claras e seguras, do tribunal do Reich, da corte de finanças do Reich, de todos os outros supremos tribunais, sobretudo do tribunal do Estado para o Reich alemão, as quais homologaram tanto o caráter econômico dos poderes de exceção quanto o poder do governo de recorrer, no caso de um parlamento incapaz de atingir maioria ou de trabalhar, aos poderes extraordinários (decisão de 13 de julho de 1929, *Jurisprudência civil do Reich* 125, anexo, p. 8); 4. o reconhecimento daquela praxe por meio do comportamento do parlamento do Reich, o qual não exigiu a revogação dos decretos substitutivos de leis publicados segundo o artigo 48, § 2º, em que está contida, pelo menos, uma anuência a sua validade jurídico-constitucional.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Na teoria do direito constitucional, a equiparação do poder extraordinário em tomar medidas com um direito de baixar decretos substitutivos de leis por parte do presidente do Reich foi freqüentemente contestada, especialmente por Erwin Jacobi e por mim, na exposição sobre a ditadura do presidente do Reich durante a conferência de professores de direito público em 1924 (*Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, vol. 1, 1924, p. 99, 110/111); ademais, mesmo se com outra fundamentação até mesmo contraditória, por GRAU, R. *Die Diktatur des Reichspräsidenten*, 1923, p. 102-103, assim como no estudo “Poder ditatorial e Constituição do Reich” (*Gedächtnisschrift für Seckel*, Berlin, 1927, p. 490). Até que ponto os decretos jurídicos do presidente do Reich de 26 de julho e de 1º de dezembro de 1930 (*Diário oficial do Reich I*, p. 311 e p. 517) seriam admissíveis quanto a seu conteúdo, é uma questão em si que, em larga escala, poderia ser respondida afirmativamente, porque, afinal, toda aplicação da lei e todo poder executivo decorrem por meio de medidas. Diante da evolução do direito que se

## 2. Para a relação das *determinações constitucionais de direito financeiro* com os poderes extraordinários do presi-

processou nesse ínterim, a controvérsia está, em todo caso, resolvida, contanto que o direito de baixar decretos substitutivos de leis por parte do presidente do Reich, se não estava contido no poder em decretar medidas, *doravante, se junte a ele*. De resto, a controvérsia sobre as proporções da autorização do artigo 48, § 2º, alínea 1, permanece em aberto, pois na constatação de que o presidente do Reich tem, hoje, indubitavelmente aquele direito de baixar decretos, não reside nenhuma restrição a seu poder fundado no artigo 48, § 2º, alínea 1, em tomar medidas necessárias, tampouco reside na limitação natural do direito de baixar decretos substitutivos de leis a leis ordinárias (não de emenda à Constituição) *uma restrição do poder em tomar medidas necessárias no sentido de que toda determinação constitucional, em particular, sobre medidas para proteção da Constituição constituiria um obstáculo intransponível, assim, não se encontra aí nenhum reconhecimento das opiniões doutrinárias teóricas, as quais declaram cada uma das numerosas particularidades da lei constitucional como sendo mais importante do que a própria Constituição*. A diferenciação entre decretos jurídicos substitutivos de leis e medidas continua a existir, mantendo seu significado (para o caso de que, por desconhecimento da essência de uma garantia institucional, a redução salarial ordenada via decreto substitutivo de lei fosse declarada inadmissível, ter-se-ia que considerar admissível, como *medida*, a ordem dada às caixas públicas para pagar, sem prejuízo dos direitos legítimos dos funcionários, uma parte do salário), o poder do presidente do Reich em tomar todas as medidas necessárias continua a existir, em sua plena escala constitucional, *junto* ao direito de baixar decretos substitutivos de leis, até que a lei de execução tenha estabelecido uma regulamentação mais detalhada. A recusa do direito de baixar decretos substitutivos de leis poderia apoiar-se, sobretudo, no caráter provisório da regulamentação do artigo 48, § 2º, e na necessidade de produzir, por meio da lei de execução prevista no artigo 5, uma regulamentação definitiva *do estado de exceção* e, aí, também autorizações para decretos jurídicos em curtíssimo tempo. Na mesma medida em que foi continuada a praxe do artigo 48, § 2º, em que não se realizou a lei de execução e, com isso, a determinação constitucional desistia, a cada dia mais, de seu caráter provisório, tornou-se necessário incluir um autêntico direito de baixar decretos substitutivos de leis nos poderes extraordinários do presidente do Reich, embora, de resto, enquanto a lei de execução não for

dente do Reich, conclui-se que decretos com base nos poderes extraordinários são admissíveis também com conteúdo de direito financeiro, desde que, de resto, respeitem os limites constitucionais dos poderes extraordinários. Mas importa saber se a *ressalva de direito financeiro da lei* – para impostos e taxas, artigo 134 da Constituição do Reich, para lei orçamentária, artigo 85 da Constituição do Reich, para autorizações de crédito e prestações de caução, artigo 87 da Constituição do Reich – é cumprida por um decreto substitutivo de lei com base nos poderes extraordinários do artigo 48 ou se essa ressalva de direito financeiro da lei é a ressalva de uma lei *formal*.

À concepção do artigo 48, § 2º, dominante na literatura específica corresponde o fato de se equiparar, de forma bem generalizada, os poderes extraordinários em baixar decretos por parte do presidente do Reich ao poder em criar leis ordinárias (cf. a formulação do comentário de Anschütz, comunicada acima). Destarte, não poderia ser para ela duvidoso que a ressalva de direito financeiro da lei, nada diferente da ressalva normal da lei no caso dos direitos fundamentais e de liberdade, possa também ser preenchida por um decreto consoante o artigo 48, § 2º. No que tange à prática de até então, ela não vê de forma alguma, na ressalva de direito financeiro da lei, a ressalva de uma lei *formal*. A imposição de impostos e taxas, a fixação das taxas aduaneiras e outras normalizações de direito financeiro, há muito tempo, não estão mais hoje restritas a leis no sentido formal, existe, aqui, uma antiga praxe de decretos que não necessita de outra comprovação e cuja validade jurídica não pode ser seriamente contestada. Contudo, o artigo 2 do código fiscal do Reich determina expressamente que *lei* no sentido do código fiscal do Reich, é *qualquer norma jurídica*. Mas também para autorizações de despesas, assim como para autorizações de crédito e prestação de fiança, a praxe do governo do Reich tomou, sem oposição, o ponto de vista de que a

---

publicada, continua o caráter provisório da regulamentação e tenha que continuar a se impor.

ressalva de direito financeiro da lei não exige uma lei formal, podendo ser preenchida por um decreto substitutivo de lei.<sup>16</sup>

Se for uma vez reconhecido que o presidente do Reich pode promulgar decretos substitutivos de leis, consoante o artigo 48, § 2º, e se, ademais, for admitido que decretos substitutivos de leis sejam também admissíveis na área do direito financeiro e tributário, então decretos substitutivos de leis não podem mais, com base no artigo 48, § 2º, serem inadmissíveis para o plano orçamentário e as autorizações de crédito e prestação de fiança, porque o que para impostos e taxas é lícito, não pode ser ilícito para outros procedimentos de direito financeiro, haja vista que a *ressalva de direito financeiro da lei só pode ser apreciada de forma uniforme*. Todo o sistema financeiro estatal, desde que efetuadas separações e isolamentos, não exatamente delineados, de determinadas áreas e patrimônios – como para o banco do Reich, a ferrovia do Reich ou para os correios e telégrafos do Reich como empresa autônoma – é dominado pelo princípio da unidade e totalidade. O fato de que, para empréstimo, há necessidade de uma lei de finanças autorizadora de crédito, é justificado em virtude de os empréstimos terem uma repercussão no sistema fiscal (G. Jèze, *Allg. Theorie des*

<sup>16</sup> Assim o decreto do governo do Reich de 20 de setembro de 1923 (*Diário oficial do Reich I*, p. 386), assinado por Hilferding, ministro das finanças do Reich, cuja validade jurídica não foi colocada em dúvida, sobre aumento da autorização de crédito, publicado com base no artigo 6º, § 1º, n. 2, da lei de emergência de 24 de fevereiro de 1923 (*Diário oficial do Reich I*, p. 147). Ele acrescenta, com referência à autorização muito geral da lei de emergência, a autorização de crédito de 14 de agosto de 1923 (*Diário oficial do Reich II*, p. 329) prevista na lei, sobre a fixação de um segundo adendo ao plano orçamentário do Reich para o exercício contábil do ano de 1923, acrescenta a quantia correspondente às receitas do orçamento extraordinário, aumenta a autorização concedida ao ministro das finanças em emitir títulos da dívida pública com o objetivo de fortalecer temporariamente os recursos ordinários do caixa principal do Reich e determina, por fim, que as autorizações concedidas por meio desse decreto só cessam de vigorar quando tiverem sido conferidas via legislação ordinária.

*Budgets*, Tübingen, 1927, p. 93), o primário é, assim, a lei fiscal e não a lei de empréstimos. A estreita relação de todas as receitas e despesas do Estado fez valer e ser reconhecido o princípio da unidade financeira justamente no embate constitucional do direito orçamentário do século XIX e declarou todas as tentativas de uma diferenciação partindo do governo monárquico (p.ex., as tentativas em se separar, em Estados do tipo orçamentário bávaro-saxão, concessão de impostos e direito orçamentário) inexequíveis e insustentáveis. Mesmo hoje a quase que universalmente reconhecida interpretação do artigo 73, § 4º, da Constituição do Reich (inadmissibilidade de todas as vontades do povo relativas às leis monetárias), foi decisivo o princípio da unidade de todo o plano orçamentário estatal. Por conseguinte, não é possível fazer ressalvas legais no direito financeiro e para o plano orçamentário e as autorizações do artigo 87 fazer uma ressalva quantitativamente diferente daquela essencial ao orçamento, a saber, os impostos e as taxas.

A dúvida que poderia conter, quanto ao direito formal, o cerne da argumentação jurídica contra decretos substitutivos de leis de finanças, baseia-se em uma consideração que, a meu ver, em geral, não é detalhadamente apresentada.<sup>17</sup> mas que, em todo caso, necessita de discussão e esclarecimento. A ressalva da lei relativa ao direito financeiro (artigo 85, 87 da Constituição do Reich) diferencia-se, de modo especial, da ressalva da lei relativa aos direitos fundamentais (artigos 114, 115, etc. da Constituição do Reich). Quando, no caso de um direito fundamental ou de liberdade, estiverem ressalvadas exceções e intervenções ocorridas “com base em uma lei”, embora as exceções e intervenções decorrentes de um decreto substitutivo de lei não se baseiem em uma lei formal, elas se baseiam – segundo a definição de lei do liberalismo do século XIX, pela qual a lei, no sentido material, é uma intervenção na liberdade e

<sup>17</sup> GRAU. *Op. cit.*; NAWIASKY. *AöR. N. F.* 9, p. 53; LUKAS, J. *Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Heft 6, 1929, p. 46; HENSEL, A. *DJZ.* 35 (1930), p. 1058.

na propriedade – pelo menos em uma lei no sentido material, já que o decreto intervém na liberdade e na propriedade. Logo, em tal definição da lei, existe, se não uma lei formal, uma material e, de algum modo, está satisfeita a ressalva da lei. Diferentemente é o caso da ressalva da lei no tocante ao direito financeiro. Na verdade, leis fiscais e tributárias valem hoje, igualmente, como leis no sentido material, embora essa concepção só tenha se imposto no século XIX, mais precisamente em consequência do direito orçamentário constitucional, destarte, para ela não existiria nenhuma particularidade. Em contrapartida, a concessão do plano orçamentário com autorizações de despesas ou a outorga de uma autorização para tomadas de empréstimo ou prestações de caução não é, pela concepção dominante, lei no sentido material, e, sim, um ato administrativo no campo do sistema financeiro. Mas enquanto no caso daquelas intervenções em um direito fundamental, decorrentes de um decreto, é satisfeita a ressalva da lei por meio de uma lei no sentido material, no caso de uma fixação orçamentária decorrente de um decreto ou autorização de concessão de crédito e de prestação de fiança (aliás, pela concepção original também no caso de arrecadação de impostos e taxas), não existiria nem uma lei formal nem uma material, portanto, nenhuma lei, então, a ressalva da lei não estaria de modo algum satisfeita e o ato cairia no vazio. Dessa forma, a ressalva legal de direito financeiro, diferentemente da ressalva legal de direito fundamental, surge como uma ressalva de especial rigor formal. Ela torna-se a *ressalva absolutamente formal* que exclui todo decreto e autorização e que só pode ser satisfeita por uma lei formal.

Porém, esse raciocínio desconhece o sentido constitucional da diferenciação entre lei material e formal, como, aliás, também o do duplo conceito material de lei, o qual define a lei ora como regra jurídica geral, ora como intervenção na liberdade e na propriedade. Mais à frente, entraremos em maiores detalhes sobre o significado constitucional do conceito de lei. Em todo caso, a diversidade da ressalva de direito financeiro

não é tão grande como parece consoante aquela argumentação, pois trata-se, em ambos os casos, de proteção da propriedade, mas, além disso, tanto no caso da ressalva de direito fundamental quanto naquela de direito financeiro, trata-se de uma regulamentação de competência de caráter organizacional e a ressalva de uma lei de direito financeiro não contém mais do que tal determinação organizacional. Seria evidentemente incorreto considerar toda regulamentação de competência, como tal, como “absolutamente formal” e explicar a partir dela que ela exclui toda outra via também admissível constitucionalmente. Isso, em todo caso, não é acertado segundo a vigente Constituição do Reich. A regulamentação de competência do artigo 68 da Constituição do Reich, *e.g.* (as leis do Reich são deliberadas pelo parlamento do Reich), também traz em si caráter organizacional e, apesar disso, não exclui decretos jurídicos com base em uma lei de plenos poderes, nem aqueles segundo o artigo 48, § 2º.

Excetuando-se isso, aquele raciocínio contém um notável ponto de vista relativo ao Estado de direito, ao fazer uma diferenciação fundamental entre puras medidas e atos jurídicos. Contudo, a interpretação hoje dominante do artigo 48, § 2º, recusou a diferenciação entre medidas e atos jurídicos e equiparou o presidente do Reich, para o artigo 48, § 2º, ao legislador ordinário. Defendi, juntamente com Erwin Jacobi, a diferenciação entre medidas e atos jurídicos e tentei fazê-la valer perante a doutrina dominante. Ainda insisto hoje na exatidão teórica da diferenciação e sou da opinião de que a diversidade entre decretos substitutivos de leis e medidas também se faz valer na atual praxe do artigo 48 (cf. nota anterior). Mas a resistência de opiniões doutrinárias relativas justamente ao direito público foi naquela época tão violenta, que a não-diferenciação teórica se impôs como doutrina dominante. Assim, na formação do reconhecimento, hoje existente, do direito em baixar decretos substitutivos de leis, essa teoria concorreu não só de forma incentivadora, ela acabou, verdadeiramente, por possibilitar o exercício de um direito, pois ela forneceu o erro teórico-jurídico típico e indispensável para o surgimento de tais formações jurídicas, sem o qual teria faltado uma convicção

jurídica que se junta ao mero exercício e praxe. Como acertadamente diz Richard Thoma (*Der Vorbehalt des Gesetzes, Festgabe für O. Mayer, 1916, p. 213*), justamente no direito público constitui-se em “um fenômeno bem usual” o fato de que “o erro se torna o pai de um direito consuetudinário”. Como mostrado acima, tem-se que aceitar, hoje, como direito positivo do artigo 48, § 2º, que as ordens do presidente do Reich podem ser decretos substitutivos de leis, pois, com isso, eles contêm caráter jurídico diretamente com base em uma determinação constitucional, em que eles são equiparados à lei e param de ser medidos no sentido específico do termo, os quais, como tais, não poderiam, naturalmente, satisfazer a ressalva da lei. Agora caiu a limitação dos direitos extraordinários contida no fato de estarem restritos a medidas. Seria inútil se a doutrina dominante quisesse tentar agora anular a formação jurídica que, nesse ínterim, se consumou por intermédio dela, tão logo reconheça, *a posteriori*, os efeitos e conseqüências advindos de seu erro teórico. Mas ela também não tem mais a possibilidade de fazer valer, perante o decreto substitutivo de lei do artigo 48, § 2º, o rigor formal da ressalva legal de direito financeiro.

3. Uma outra dúvida a respeito de decretos concernentes à lei orçamentária e à autorização de concessão de crédito, segundo o artigo 48, § 2º, da Constituição do Reich poderia talvez ser extraída do fato de que o poder de controle do parlamento – *i. e.*, aqui o direito do parlamento em exigir revogação segundo o artigo 48, § 3º – praticamente se tornaria sem valor se, com base no decreto, se fossem efetuados gastos ou fechados contratos de empréstimo. A exigência por anulação por parte do parlamento viria, então, por demais tarde e não mais poderia acabar com os efeitos e conseqüências jurídicos e efetivos daqueles decretos.

Mas essa objeção refuta apenas aparentemente a admissibilidade constitucional daqueles decretos. Na realidade, ela é acertada, sem exceções, para *todos* os efeitos e conseqüências jurídicos e efetivos de toda aplicação dos poderes extraordinários e, destarte, para os decretos que aqui interessam, não tem nenhuma força comprobatória especial. Toda medida to-



mada com base no artigo 48, por mais cuidadosa que se mantenha no limite mais estrito e indubitavelmente admissível desses poderes, provoca algum tipo de efeito fático e também jurídico. São promulgados dispositivos penais e tribunais são instituídos sem que sejam consideradas as consequências de prisões, condenações e execuções podem sempre ser anuladas, jornais passam a ser proibidos e, até a supressão da proibição, não podem aparecer, as forças armadas do Reich entram em ação e provocam destruições de todo tipo, talvez até mesmo com a morte de pessoas, etc. O fato de que tudo isso não mais pode ser desfeito se o parlamento do Reich exigir a revogação da medida, não justifica a conclusão de que a medida não poderia ter sido em absoluto tomada, ou de que ela, apenas devido à dificuldade ou impossibilidade de eliminar eventuais consequências, era, desde o início, inconstitucional. Senão seríamos levados ao absurdo resultado de que o artigo 48, § 2º, só admitiria medidas ineficazes e inoperantes, o poder extraordinário, como o tribunal do Reich (*Jurisprudência civil do Reich* 123, 409) acertadamente diz, “praticamente não cumpriria seu objetivo se tivesse que contar, regularmente, com uma revogação”. Mas o que se reconhece natural e geralmente para dispositivos penais e para os efeitos freqüentemente terríveis do procedimento à mão armada, deveria, pelo menos da mesma forma, valer para ordens de caráter monetário.

Houve na história constitucional européia uma época que parecia conceber a primazia da lei, principalmente como a primazia da lei formal das finanças, acima de todos os demais valores estatais, constitucionais e humanos, pois estava dominada pela ficção de uma economia livre do Estado e de um Estado livre da economia. Isso não pode ser imputado à vigente Constituição do Reich. Ela acolheu, no artigo 48, § 2º, alínea 2, a propriedade privada (artigo 153) entre os direitos fundamentais passíveis de suspensão e, assim, quis possibilitar, no geral, intervenções na liberdade contratual e econômica. Por meio disso, ela entrou em oposição à tradição liberal de até então, a qual não conhecia uma anulação das garantias de pro-

priedade no geral. O motivo para o acentuado desvio da tradição liberal residiu no fato de que se queria possibilitar não apenas a confiscação de armas (nesse sentido, H. Preuß, relatos estenográficos, p. 1332), mas também medidas eficazes de caráter econômico e financeiro, por exemplo, determinação dos preços de gêneros alimentícios, ordem de vendas, etc. (declaração de Heine, ministro prussiano, na 47ª reunião da assembleia nacional em 5 de julho de 1919). Já se sentia, em 1919, que, correspondente ao desenvolvimento econômico e social, a continuação da formação do Estado de sítio e de guerra, anteriormente apenas policial e militar, rumo a um Estado de emergência e de exceção econômico tinha que ser mantida em aberto. Fica, hoje, por conta da devida discricção do presidente do Reich determinar se o artigo 153 deve ser temporariamente anulado e seria necessário, para tanto, um gesto, caso ele se decida a isso, já que a *declaração* da “anulação” é apenas uma formalidade. Nesse aspecto, também não resta a menor dúvida para a interpretação mais estrita do artigo 48, § 2º. Assim, durante o período da anulação, o presidente do Reich poderia, para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, proceder a desapropriações livres de indenização, a fim de proporcionar o dinheiro necessário para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, poderia ordenar confiscos e impor contribuições. Diante de tais possibilidades constitucionais incontroversas e incontestáveis, privá-lo do poder de arranjar o dinheiro necessário por meio de crédito corresponderia ao espírito de um constitucionalismo dos primórdios do liberalismo, que aparentemente, sacrificava todo o Estado e a Constituição restante à sacralização do direito financeiro formal.

4. Mas a verdadeira razão de todas as dúvidas contra os decretos substitutivos de leis de finanças poderia ser procurada menos em considerações relativas ao direito formal do que em lembranças da história constitucional e nas repercussões de anteriores conflitos constitucionais. Eles provêm de situações passadas de características constitucionalmente diferentes e são o que a sociologia denomina “*résidu*”. Destarte, é necessário se lembrar de que não mais existe a situação da

monarquia constitucional do século XIX com suas separações entre Estado e sociedade, política e economia. Isso é de imediata importância constitucional. A interpretação jurídica da Constituição não pode suceder sem uma consciência crítico-histórica, se não quiser cair em um formalismo irrefletido e em vãs contendas. No geral, o conceito de lei formal e, dentro dele, por sua vez, justamente o conceito de lei formal de finanças carece de esclarecimento. Ele está vinculado a uma determinada situação constitucional e caracterizado pela mais estreita relação com uma determinada estrutura constitucional, relação esta que também abrange o conteúdo de direito positivo da normalização. Em seu caráter “formal”, possui uma determinação inteiramente política e a formalização significa aqui, como já mencionado anteriormente, o contrário de uma despolitização. Ela é a expressão de uma ampliação de poder e de competência puramente política autodenominada “formal”, porque se liberta, perante um determinado adversário, de um conceito legal material restrigente de seu poder. Uma lei no sentido formal, como o são alguns atos administrativos do direito financeiro, não deve ser uma lei devido a seu conteúdo objetivo, mas apenas devido ao órgão que a promulga ou que dela participa. O caráter “formal” desenvolvido (não manifestado no teor das constituições escritas) pela teoria de direito público da monarquia constitucional não significa nada mais além do que o poder ou a competência em efetuar determinadas ações ou delas participar, isso compete ao parlamento sem qualquer consideração objetiva com a outra regulamentação de competência. Com esse simples esclarecimento não se diz que o termo lei formal seja injusto ou errado. O que se tenta é privá-lo de uma correção ao transferi-lo a situações constitucionalmente heterogêneas. O termo lei incondicionalmente formal é conveniente e compreensível como meio de pressão da burguesia na luta contra a monarquia constitucional sob a condição de uma separação entre Estado e sociedade. A formalização tem aqui o sentido exclusivamente de uma politização, *diante de um governo não-parlamentar*, ela deve estender a área de poder do parla-

mento a importantes procedimentos e ações relativos ao direito financeiro. Assim, a ressalva da lei dirige-se polemicamente contra um adversário político bem definido, contra a monarquia constitucional alemã, governo independente da representação popular, e a ressalva da lei exprime nas constituições alemãs do século XIX que, do poder do rei, restrito apenas por meio das exceções listadas na Constituição, são retiradas determinadas matérias e questões reservadas ao legislador, isto é, à participação do *parlamento*. A lei orçamentária é qualificada geralmente como um *acordo* entre governo real e representação popular (assim, ainda, Meyer-Anschütz, *Staatsrecht*, p. 890, 897, cf. acima), o que corresponde exatamente à construção dualística de semelhante sistema político, assim como ao tratamento da Constituição como se ela fosse um contrato (entre príncipe e representação popular). É somente em semelhante estrutura constitucional que cabe o termo lei incondicionalmente “formal”.<sup>18</sup> Na luta contra o governo real independente do parlamento, desenvolveu-se a lei formal do direito orçamentário e a luta contra o direito real de baixar decretos é uma luta contra o poder do rei, segundo a suposição, continuamente ilimitado, não é uma luta contra um direito de baixar decretos, delegado constitucional ou legalmente. Destarte, em Estados democráticos, a ressalva relativa a direito financeiro não é de modo algum concebida como ressalva absoluta e incondicionalmente formal.<sup>19</sup>

Na medida em que surge uma ressalva da lei de finanças incondicionalmente formal, sempre se pressupõe, então, que o

<sup>18</sup> O conceito “formal” conduz a uma restrição do poder e da competência da representação popular – por exemplo, na aplicação ao direito escrito pré-constitucional que, formalmente, não seria lei no sentido constitucional e, por conseguinte, no conceito formal de lei realizado de forma conseqüente, continuaria a pertencer à área de poder do governo real – ele será imediata e naturalmente abandonado e se recorre novamente a um conceito material de lei (lei = intervenção na liberdade e na propriedade). R. Thoma apresentou com clareza exemplar esse procedimento em seu estudo sobre a ressalva da lei (*Festgabe für O. Mayer*, 1916).

<sup>19</sup> Por exemplo, a lei francesa de 14 de dezembro de 1879, na qual se baseia a regulamentação atualmente vigente do direito público

parlamento como representação popular se defronte com um governo independente dele, o qual não pode, de maneira nenhuma, se reportar ao povo. Mesmo o direito da coroa em dissolver o parlamento não tinha na monarquia constitucional alemã o sentido constitucional de apelar para o povo, ele tinha apenas o dever de assegurar a estrutura dualística e o equilíbrio entre Estado e sociedade. A situação constitucional do atual Reich alemão da Constituição de Weimar é essencialmente diferente disso. *Primeiramente*, o Estado de hoje não se baseia em um contrato entre representação popular e governo e a lei orçamentária não é nenhum “acordo” entre parlamento e governo. *Em segundo lugar*, o governo não é mais um poder independente do parlamento, sendo os meios de influência e controle do parlamento, desde que exista um parlamento capaz de atingir maioria e de agir, tão fortes que, já por esta razão, é impossível reivindicar os pontos de vista que faziam sentido perante o governo real da monarquia alemã. *Em terceiro lugar*, o presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão, de modo que ele é, igualmente, um representante do povo, caindo o *monopólio* da representação popular pressuposto no parlamento nas normas e termos do direito constitucional monárquico. Finalmente, *em quarto lugar*, a Constituição de

---

francês. Segundo ela, em determinados casos, podem ser abertos créditos por meio de decretos (*par décret*) também no caso de parlamento reunido, para o caso no qual o parlamento não se reúna, estão regulamentadas, em seus pormenores, as possibilidades de decreto relativas ao direito orçamentário. O princípio da ressalva de uma lei formal de finanças não está assim, de modo algum, executado de forma absoluta e sem exceções. O teórico francês do direito orçamentário, G. Jèze – conhecido tanto como autoridade jurídica em matéria de sistema financeiro, quanto como bom republicano democrata – declara a respeito dessa questão fundamental (*Allg. Theorie des Budgetrechts*, 1927, p. 191): “Qualquer caminho (ou seja, o da regulamentação de gastos urgentes e não previstos pelo governo) que evidentemente que se siga, é certo que em sérios períodos de crise – por exemplo, no caso de ameaça de perigo de guerra – o governo não hesitará em contrair despesas sem autorização parlamentar (...) *Salus populi suprema lex*”.

Weimar é uma Constituição democrática e baseia-se em um equilíbrio de elementos parlamentares e plebiscitários, sua estrutura é essencialmente determinada pelo fato de que o povo decide da mesma forma perante o parlamento quanto perante o governo e o presidente como o terceiro superior (por meio de reeleição, plebiscito ou outras votações). Um conflito constitucional na forma do monárquico século XIX, é hoje tão impossível e inimaginável quanto são intransferíveis os argumentos e conceitos de semelhante conflito.

Quando aqui, diante de repercussões e transferências do direito constitucional monárquico, faz-se valer a peculiaridade da vigente Constituição do Reich e se afirma a admissibilidade do direito de baixar decretos substitutivos de leis de finanças, isso significa tudo, menos um pleno poder ilimitado e incontrolado do presidente do Reich. Isso porque, com isso, se afirma simultaneamente que pressupostos, conteúdo e limites dos poderes extraordinários, desde que não especialmente regulamentados mediante uma lei de execução, têm que ser desenvolvidos a partir das normas e pontos de vista da Constituição vigente. Nesse aspecto, deve-se observar o que Hugo Preuß já expressamente acentuou como o essencial na comissão constitucional (protocolo p. 277) e o que está exposto em minha palestra sobre a ditadura do presidente do Reich (Conferência dos professores de direito público, 1924, p. 103; *Die Diktatur*, 2ª ed., p. 254), que o verdadeiro limite dos poderes extraordinários do presidente do Reich e a verdadeira proteção contra um abuso de seu poder residem nos *poderes de controle do parlamento do Reich*, não em normatividades ou inibições judiciais. Não será difícil para um parlamento capaz de atingir maioria e de agir fazer valer sua concepção perante o presidente e o governo do Reich por meio da exigência por anulação e, em caso de necessidade, por meio de uma expressa resolução de desconfiança. A Constituição vigente do Reich confere a um parlamento capaz de atingir maioria e de ação todos os direitos e possibilidades de que carece um parlamento, a fim de se impor como o fator normativo da volição estatal. Se o parlamento que se transformou em cenário do sistema pluralista não esti-

ver em condições disso, ele, então, não tem o direito de exigir que também todos os outros órgãos responsáveis se tornem incapazes de agir.

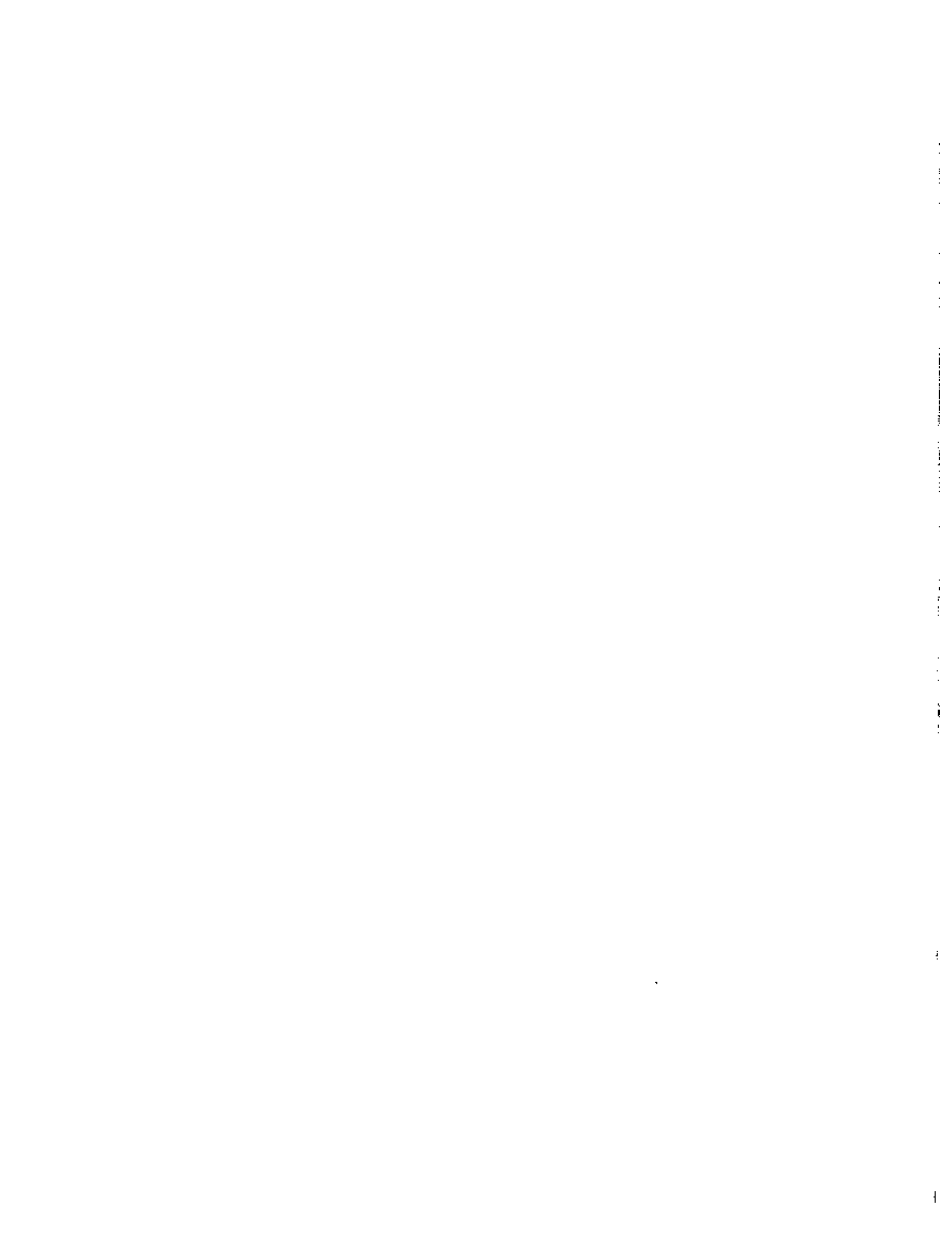
Seria não só historicamente impossível e moralmente insuportável, mas também juridicamente errado justificar hoje tal direito a uma incapacidade geral de ação com argumentos, com os quais um parlamento liberal do século XIX, composto por notabilidades, procurava colocar fora de combate seu adversário monárquico. Se, na presente situação constitucional da Alemanha, se formou justamente uma praxe do estado de exceção econômico-financeiro com um direito de baixar decretos substitutivos de leis, isso, então, não é arbitrariedade nem acaso, nem mesmo “ditadura” no sentido da divisa vulgar e político-partidária, mas a expressão de uma relação profunda e internamente legal. Corresponde ao rumo que um Estado legiferante toma para o Estado econômico e que não mais pode ser executado por um parlamento pluralisticamente dividido. O estado de exceção revela, como mostrado anteriormente, o núcleo do Estado em sua particularidade concreta e o Estado judicante desenvolve a lei marcial, um processo judicial sumário, o Estado militar e policial a transição do poder executivo como típico meio de seu estado de exceção. O direito econômico-financeiro de baixar decretos substitutivos de leis da atual praxe do artigo 48 permanece, analogamente, de acordo com a ordem existente e, diante de um pluralismo inconstitucional, procura salvar o Estado legiferante constitucional, cuja corporação legislativa está pluralisticamente dividida. A tentativa de produzir um antídoto e um movimento contrário só pode ser empreendida constitucional e legalmente pelo presidente do Reich, dá a perceber, simultaneamente, que o presidente do Reich precisa ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional.

**Terceira parte**  
**O PRESIDENTE DO REICH COMO**  
**GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**

---







# A teoria do direito público do “poder neutro” (*pouvoir neutre*)

## CAPÍTULO

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro *superior* – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro *neutro* – este é o sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas, sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é conseqüente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Ele tornar-se-ia, por meio disso, senhor da Constituição. Destarte, é necessário colo-

car um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com eles por intermédio de poderes específicos.

Na história constitucional do século XIX surge, com Benjamin Constant,<sup>1</sup> uma teoria especial do *pouvoir neutre*, *intermédiaire* e *régulateur* na luta da burguesia francesa por uma Constituição liberal contra bonapartismo e restauração

<sup>1</sup> Primeiramente nas *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, publicadas em 24 de maio de 1814, impressas na *Collection complète des ouvrages de Benjamin Constant*, Paris, 1818, p. 14/15; ademais, *Cours de politique constitutionnelle*, edição de 1818, I, p. 13/14, edição de Laboulaye, I, p. 18/19; *Œuvres politiques*, edição de Charles Louandre, Paris, 1874, p. 18. Falta, até então, um tratamento monográfico dessa importante questão. Isso se explica, para a França, a partir do destino político da monarquia francesa e do chefe de Estado, para o desenvolvimento de até então na Alemanha, a partir da falta de uma teoria constitucional. Benjamin Constant mesmo remete, sem indicação mais detalhada de tempo e lugar, às idéias constitucionais de Clermont-Tonnerre (p. 14, nota), mas se contenta em dizer que se encontrariam lá "os germes" de sua teoria (*on en trouve les germes*, etc.). Esse foi provavelmente o único embasamento para a referência a Clermont-Tonnerre na *Allg. Staatslehre* de Georg Jellinek, p. 590, pois, de resto, a relação histórica da doutrina do *pouvoir neutre* com as construções constitucionais de Clermont-Tonnerre ainda não está, até então, examinada de forma mais detalhada. Embora a teoria de Benjamin Constant corresponda à teoria moderadamente liberal de uma monarquia que repousa na diferenciação dos poderes, como já encontrada em Mounier e Clermont-Tonnerre – Clermont-Tonnerre caracteriza também a posição do rei como *pouvoir régulateur* ("Œuvres complètes de Stanislas de Clermont-Tonnerre", vol. IV, Paris, anexo III, p. 316) –, eu, até agora, não pude constatar nos seus pormenores de que modo Constant está influenciado por Clermont-Tonnerre e se este já utilizou a importante e característica fórmula "pouvoir neutre". No que tange às relações biográficas, não se encontra nem no livro de RUDLER. *La jeunesse de Benjamin Constant* (1767-1794), Paris, 1909, nem na detalhada bibliografia de RUDLER. *Critique des œuvres de Benjamin Constant*, Paris, 1909, uma referência a Clermont-Tonnerre. Ambas as biografias de Léon e Dumont-Wilden, surgidas no ano de 1930, também não contêm, nesse aspecto, nenhuma outra informação.

monárquica. Essa teoria faz parte, essencialmente, da teoria constitucional do Estado civil de direito e não influi apenas sobre as duas constituições, nas quais foi adotada de forma bastante literal.<sup>2</sup> A ela remonta, muito mais, o catálogo, típico para todas as constituições do século XIX, de prerrogativas e poderes do chefe de Estado (monarca ou presidente), todos imaginados como meio e possibilidades de atuação de tal *pouvoir neutre*, como, por exemplo, inviolabilidade ou, pelo menos, posição privilegiada do chefe de Estado, assinatura e promulgação de leis, direito de indulto, nomeação de ministros e funcionários públicos, dissolução da câmara eleita. Em quase todas as constituições de Estados maiores, desde que correspondam ao tipo do Estado civil de direito, tanto em monarquias quanto em repúblicas, pode-se reconhecer essa construção de alguma forma, não interessando se a situação política possibilita ou não sua aplicação. Tanto do ponto de vista constitucional quanto da

<sup>2</sup> *Constituição brasileira de 25 de março de 1824*, artigo 98: "O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos". Da mesma forma a Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826, artigo 71: O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e compete privativamente ao Rei, etc. Também na Itália e na Espanha a influência da teoria de Benjamin Constant foi muito grande, como pude constatar a partir de conversas com colegas italianos e espanhóis, porém, falta também aqui um exame monográfico. No projeto de uma nova Constituição espanhola, publicada pelo governo da época em julho de 1929, foi imaginado um *Consejo del Reino* como: *instrumento del Poder armónico; garantía de la independencia judicial; moderador de la Camera legislativa; "salva guarda de la constitucion", frente al Gobierno o a las Cortes; posible organo de soberanía en circunstancias culminantes; clave y ornamento de todo el organismo político, al cual presta estabilidad y decoro*. É uma tentativa interessante de relacionar o rei (cuja tarefa essencial no artigo 43 é definida como *funcion moderadora*) com a autoridade de um conselho de Estado e da coroa política-partidariamente neutro. Nas constituições espanholas mais antigas (1812, 1837, 1845, 1869, 1876), as expressões que aqui interessam, ainda não estão utilizadas.

teoria do Estado, a teoria é de maior interesse. Ela baseia-se em uma instituição política que reconhece claramente no Estado constitucional a posição do rei ou do presidente de Estado, manifestando-a mediante uma fórmula exata. Ela faz parte inteiramente da teoria clássica do Estado de Direito e também a ela se refere o que Lorenz von Stein disse a respeito desta época (1789 a 1848), decisiva não só para a França, mas também para toda a história constitucional da Europa continental: “Em lugar algum conhece o mundo uma fonte mais profunda e mais inesgotável de maiores verdades sobre Constituição e sociedade.”<sup>3</sup> Seu autor merece para essa doutrina inteiramente o louvor, o qual lhe foi conferido por Georg Jellinek quando este enaltece seu “olhar livre de parcialidade doutrinária” e lhe adjudica o incontestável mérito “de ter mostrado primeiramente ao desenvolvimento continental o caminho para a correta posição constitucional dos ministros”.<sup>4</sup> Barthélemy admira a clareza de seu raciocínio (*l'admirable lucidité du raisonnement*) e diz com razão que Constant foi o verdadeiro defensor do parlamentarismo liberal, o qual educou a burguesia francesa rumo ao parlamentarismo.<sup>5</sup> É um sinal considerável que seu

<sup>3</sup> *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, vol. I, *Der Begriff der Gesellschaft*, edição de G. Salomon, München, 1921, I, p. 502. Stein menciona expressamente a teoria de Constant do poder neutro, *op. cit.*, II, p. 51, e diz que esse poder neutro teria surgido na França com a monarquia de julho, a qual representa para ele, em geral, a forma clássica do verdadeiro constitucionalismo.

<sup>4</sup> *Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie*, Revista de Grünhut para o direito público e privado X (1883), p. 340, 342. Cf. também *Allgemeine Staatslehre*, p. 590. Considero como injusta e como falsa avaliação do admirável construtor constitucional o julgamento proferido por G. Jellinek sobre Sieyès nessa oportunidade.

<sup>5</sup> *L'introduction du régime parlementaire en France*, Paris, 1904, p. 184/185. Também de forma correta MICHEL, Henry. *L'idée de l'Etat*, Paris, 1896, p. 304: “On n'a jamais mieux défini, avec plus de délicatesse et de sûreté dans l'expression, le rôle d'un roi constitutionnel.” (“Nunca se havia definido, com mais delicadeza e segurança na expressão, o papel de um rei constitucional.” NT).

nome, após longo esquecimento, seja novamente citado agora também na Alemanha e que se distinga, repetidas vezes, em um documento tão significativo da ciência alemã de direito público como o relatório de H. Triepel.<sup>6</sup> Para a história de conceitos da teoria do Estado, parece-me ser especialmente de interesse o fato de que a bipartição entre *auctoritas* e *potestas*, a qual considero uma diferenciação fundamental de pensamento estatal europeu, também possa ser reconhecida nessa doutrina de Benjamin Constant.<sup>7</sup>

O valor prático da teoria da posição do chefe de Estado neutra, intermediária, reguladora e defensora reside primeiramente no fato de que, doravante, pode ser respondida a pergunta sobre qual o significado do chefe de Estado em Estado civil de direito, seja ele monarquia constitucional ou democracia constitucional, e qual o sentido de seus poderes, se o poder de legislar fica totalmente com as câmaras, se os ministros nomeados pelo chefe de Estado são totalmente dependentes da confiança das corporações legislativas, se o próprio chefe de Estado está vinculado em tudo à confirmação dos ministros e se, por conseguinte, se puder dele dizer: *il règne et ne gouverne pas*.<sup>8</sup> Na Alemanha, a diferenciação entre *régner* e *gouverner* não foi compreendida nem de forma teórica, pois a diferenciação entre *auctoritas* e *potestas* estava há muito esquecida, nem de forma prática, pois o monarca da monarquia constitucional de estilo alemão realmente reinava e "governava". Segundo a conhecida diferenciação de F. J. Stahl, nisso se baseava até mesmo a oposição entre monarquia constitucional (*i.e.*, que governa realmente) e monarquia parlamentar, uma antíte-

<sup>6</sup> Caderno 5 das publicações, *op. cit.*, p. 10 e p. 19: "Vê-se que Benjamin Constant estava com a razão, não interessa tanto punir o ministro quanto torná-lo inofensivo."

<sup>7</sup> Cf. logo adiante em nota.

<sup>8</sup> Assim consta na frase de Thiers do ano de 1829: "Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent" (em que *jugent*, naturalmente, não significa justiça). Sobre a origem dessa célebre fórmula, G. Jellinek na revista de Grünhut, 1883, *op. cit.*, p. 343, ESMEIN-NÉZARD. *Éléments du droit constitutionnel*, 7<sup>a</sup> ed., I, p. 231.

se que habilmente une uma adaptação a exigências e modos de se expressar da época com sua neutralização e que só tem que ser compreendida como diferenciação política de fim.<sup>9</sup> Contra a construção dos liberais franceses foi colocado, desde o início em vigor, na ciência política alemã do século XIX, que o rei teria também que agir e realmente executar, senão seria uma mera sombra.<sup>10</sup> Para tanto, Max von Seydel encontrou uma argumentação concludente: o monarca teria que, em todo caso, realmente governar e ter um poder real, pois não sobriaria nada mais do *régner* se subtraíssemos o *gouverner*.<sup>11</sup> Citava-se freqüentemente um dito deveras rude de Napoleão<sup>12</sup> e tinha-se razão enquanto a monarquia constitucional alemã era, até 1918, de fato, um poder superior e mais forte, que justificava a diferenciação entre Estado e sociedade, não sendo apenas um terceiro “nada mais que neutro”. Mas com isso não está resolvido o problema da ciência política geral que reside na diferenciação entre *auctoritas* e *potestas*, nem o problema

<sup>9</sup> *Rechts- und Staatsphilosophie*, 2ª ed., artigo 97/98; sobre o esclarecimento da oposição entre constitucional e parlamentar, SCHMITT, C. *Verfassungslehre*, p. 289. As dificuldades insolúveis mostram-se no artigo de Binding sobre a responsabilidade ministerial (*vide* anteriormente neste livro) que, sem a teoria da posição neutra do chefe de Estado, é incompreensível e não construtivo.

<sup>10</sup> Assim, por exemplo, já ROTTECK, C. v. *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 2ª ed., vol. 2, Stuttgart, 1840, p. 219: sem uma esfera própria de poder, sem agir e sem executar, o rei seria uma “mera sombra”.

<sup>11</sup> SEYDEL, Max von. *Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung* (1887); em *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg e Leipzig, 1893, p. 140; ademais, p.ex., SAMUELY. *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit*, Berlin, 1869, p. 15; FRISCH. *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, Berlin, 1894, p. 186; contra, acertadamente, DOLMATEWSKY, L. C. *Der Parlamentarismus in der Lehre B. Constants*, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, vol. 63, 1907, p. 608.

<sup>12</sup> Tal homem seria tão-somente um “cochon engraisé”, citado, p.ex., em BLUNTSCHLI. *Allgemeine Staatslehre* I, p. 483; JELLINEK, Georg. *Op. cit.*, p. 341.

da neutralidade político-partidária do Estado, nem o problema de cunho teórico-constitucional do chefe de Estado no Estado constitucional parlamentar, nem, por fim, o problema especial da posição do presidente do Reich na vigente Constituição de Weimar. No geral, aquela pergunta de Seydel sobre o que restaria, caso se subtraísse do *régner* o *gouverner*, pode ser respondida com o fato de que o chefe de Estado em semelhante Constituição representa a *continuidade* e a *permanência* da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos.<sup>13</sup> Isso é de especial interesse

<sup>13</sup> Sobre a oposição entre *potestas* e *auctoritas*: *Verfassungslehre*, p. 75, nota; sobre a difícil construção da posição do chefe de Estado no Estado parlamentar com diferenciação dos poderes, mas construção que corresponde à realidade social e política: STEIN, Lorenz von. *Begriff der Gesellschaft*, op. cit., vol. I, p. 498, e, além disso (sobre a teoria de Benjamin Constant), II, p. 51. É de se considerar nesse contexto que Benjamin Constant, em suas exposições sobre o *pouvoir neutre*, também menciona a *auctoritas* do senado romano como exemplo (*Euvres* I, p. 17/18). Sobre esse senado como guardião da Constituição, cf. no início deste livro. O fato de se falar em *pouvoir* "neutre" e *poder neutro* se explica pela razão de que a diferenciação entre *auctoritas* e *potestas* desapareceu da consciência teórico-estatal e *pouvoir* tornou-se um conceito incolor. O próprio Benjamin Constant fala, em local decisivo, em *autorité* e não em *pouvoir*: "Le Roi est au milieu de ces trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) *autorité neutre et intermédiaire*" (*Cours de politique constitutionnelle*, I, p. 15). De resto, também nele a terminologia não é empregada de forma conseqüente, o que não é de causar surpresa, pois a diferenciação, já no século XVIII, praticamente ainda não era conhecida. Na frase de Hobbes por mim varias vezes citada ("auctoritas, non veritas facit legem" – *Leviathan*, edição em latim, Cap. 26), *auctoritas* ainda pode ser diferenciada de *potestas*, mas o próprio Hobbes reduz essa *auctoritas* exclusivamente à *summa potestas*. O fato de Montesquieu, em um dito muito discutido, poder qualificar a *puissance de juger* de "en quelque façon nulle" (*Espirit des lois* XI, 6), encontra-se



para a teoria do poder neutro, porque a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa. Apesar disso, ela existe e é indispensável, pelo menos no sistema do Estado de direito com diferenciação dos poderes. Aqui ela é, como já sabia Benjamin Constant, mesmo que essa parte de sua teoria tenha passado despercebida, um *pouvoir préserveur*, um “poder preservador”. Evidentemente, a tal posição autoritária compete tanto quanto competiu para seu reconhecimento e formulação a intuição de Benjamin Constant, o qual assinalou, com essa teoria, a posição do chefe de Estado em geral e man-

---

igualmente em uma relação objetiva com aquela diferenciação, pois o juiz tem muito mais *auctoritas* do que *potestas*, contudo, Montesquieu não mais se lembra disso. A tradição ainda relaciona, por mais tempo, um *senado* com o conceito específico da *auctoritas*, por meio do que a oposição que aqui interessa transforma-se frequentemente na oposição entre *deliberare* e *agere*. Com a noção de um senado ligam-se diversos tipos de autoridade, como o da idade, o da experiência, o da sabedoria e o do conhecimento experto apenas *como conselho*. BODIN. *Six livres de la République*, III, Cap. 7, p. 365-366, 2ª ed. de 1580, ainda conhece bem a diferença: “et quoy qu'on dit de la puissance du Sénat Romain, ce n'estoit que *dignité, autorité, conseil et pas puissance*”, pois para ele a oposição se transforma naquela entre *conseil et commandement*. Exemplos para o fato de que se perde toda sensibilidade pela diversidade objetiva só encontro a partir da revolução francesa, especialmente característica é uma declaração de Gautier (1792) no *Dictionnaire de la Constitution* sobre o vocábulo “Autorité”: “Ce mot signifie pouvoir, puissance, empire.” Com isso também começam as cômодas alternativas, nas quais se revela a falta de tradição da moderna ciência política: autoridade e liberdade, autoridade e democracia, etc. até que, por fim, na peleja das divisas político-partidárias, a própria ditadura e autoridade ou autocracia e autoridade não sejam mais diferenciadas.

teve viva uma antiga sabedoria, fundada na tradição da estrutura estatal romana. A maioria dos chefes de Estado dos séculos XIX e XX soube ficar atrás de seus ministros, sem perder com isso em autoridade. Mas uma norma constitucional não pode prescrever e forçar as características pessoais necessárias para desempenhar por completo o papel de *pouvoir neutre*, nem tampouco pode prescrever, por exemplo, que o primeiro-ministro do Reich seja um grande líder político e determine, ele próprio, as diretrizes da política. Porém, com isso não se refuta nem o significado prático nem o teórico de tal conceito.

Conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulador e preservador. O presidente do Reich está munido de poderes que o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros dependentes da confiança do parlamento. Os poderes constitucionais a ele destinados (nomeação de funcionários públicos conforme artigo 46, direito de indulto conforme artigo 49, promulgação de leis conforme artigo 70) correspondem tipicamente ao catálogo de poderes do chefe de Estado, já apresentado por Benjamin Constant.<sup>14</sup> O peculiar equilíbrio, freqüentemente discutido, do elemento constitucional plebiscitário com o parlamentar, a relação de uma independência do parlamento do Reich devido aos poderes autônomos com uma dependência devido à exigência geral da referenda ministerial (artigo 50 da Constituição do Reich), a execução pelo Reich, *i.e.*, proteção da Constituição do Reich perante os Estados e, por fim, a proteção da Constituição (diferentemente da norma constitucional em particular) conforme o artigo 48 da Constituição do Reich, tudo isso seria uma mistura contraditória e absurda de determinações incompatíveis, se não se tornasse compreensível por intermédio dessa teoria. Os autores da Constituição de Weimar, na medida em que empreenderam sua obra com consciência

<sup>14</sup> *Œuvres politiques, op. cit.*, p. 18.

sistemática, eram provavelmente conscientes disso. Hugo Preuß disse na comissão constitucional (protocolo p. 277) que seria “apenas uma das funções do presidente do Reich” formar um contrapeso para o parlamento do Reich. “Além dessa existe a mais importante, formar um centro seguro, um pólo jacente na Constituição.” A essa frase Preuß anexa a seguinte outra observação, que pressente os fracionamentos e dissoluções de um sistema pluralista e a necessidade de um antídoto eficaz: “Quanto mais colegiados cooperantes os senhores tiverem, quanto mais votações em massa por intermédio de referendos, conselho do Reich, conselhos operários, etc., maior será a necessidade de se ter, *além disso tudo*, um *ponto fixo* no qual, pelo menos na idéia, os fios irão convergir”. Por conseguinte, F. Naumann explicou (protocolo p. 277/278) que ele gostaria de se “expressar em sentido semelhante sobre a questão presidencial”. Ele prevê, de forma ainda mais evidente do que Preuß, o Estado de coalizão partidário pluralista e diz, então, literalmente: “O direito de voto proporcional válido para a eleição do parlamento do Reich e a pluralidade dos partidos daí resultante levam ao fato de que o Primeiro-Ministro do Reich será o ministro de coalizão. Exatamente por este motivo far-se-á valer de forma especialmente intensa a necessidade por *uma* personalidade que tenha *o todo* em vista.” Nesse contexto encontra-se tanto a caracterização do presidente do Reich como uma “grandeza intermediária”, um *pouvoir intermédiaire*, quanto a referência à possibilidade, que nesse ínterim se tornou prática de um parlamento do Reich incapaz de atingir a maioria: “O motivo pelo qual eu creio que precisamos de um presidente, reside, sobretudo, no fato de que, na Alemanha, diante da pluralidade das jurisdições, não podemos chegar à completa unidade sem o presidente. Temos também que ter alguém que cumpra deveres representativos, que mantenha relações com *todas as partes do país*, com *todos os partidos* e (!) com os Estados estrangeiros e que represente uma *grandeza intermediária* entre o parlamento e o governo. Existe a *possibilidade de que, no parlamento do Reich, não possa ser encontrada uma maioria* e que, por conseguinte,

não possa, sem mais, ser formado um governo. Então o presidente tem que se tornar eficiente. (...) Toda a questão presidencial não é nenhuma questão partidária, mas, sim, uma questão de técnica política e harmonia."

Isso também se confirmou, em larga escala, na realidade prática da vida estatal. Uma grande parte da atividade tanto do Presidente Ebert, que, em um momento politicamente significativo, se credenciou como guardião da Constituição, quanto do atual presidente Hindenburg, pode ser caracterizada pela conciliação neutra e intermediária de conflitos e teremos que reconhecer que ambos os presidentes do Reich, cada um a seu modo, melhor cumpriram sua difícil tarefa do que alguns chefes de Estado que não souberam compreender o que sobriaria de *régner*, caso se subtraísse o *gouverner*. Posso ainda acrescentar às exposições de minha *Verfassungslehre* (p. 351/352), que também pôde ser justificado, sob esse ponto de vista, o fato de Simons, o então presidente do tribunal do Reich, ter se dirigido ao presidente do Reich por ocasião de seu conflito com o governo do Reich em dezembro de 1928. Certamente, o presidente do Reich não era "competente" para receber e decidir "recursos" formais do presidente do tribunal do Estado contra o governo do Reich e se quiséssemos julgar aqui sob os pontos de vista de um juiz do registro de imóveis, ele não poderia ter dado outra resposta a não ser que seriam inadmissíveis tanto um recurso em geral quanto sua invocação. Ouve-se ocasionalmente que o presidente do Reich teria que ter remetido o reclamante "aos trâmites de serviço ordinários", via ministro da justiça do Reich ou ministro do interior, e chamado a atenção para o caráter inconstitucional de seu procedimento. Mesmo em jornais que, fora isso, mostravam grande compreensão pela personalidade e pelos esforços de Simons, o presidente do tribunal do Reich, encontra-se a observação de que "a invocação do presidente do Reich pelo presidente do tribunal do Reich simplesmente não corresponde à Constituição".<sup>15</sup> Quando o pre-

<sup>15</sup> FEILER, A. *Frankfurter Zeitung*, 10 de janeiro de 1929, n. 24. Com relação a isso, é correto quando GIESE, *Jornal Jurídico*

sidente do Reich, em vez disso, em sua resposta junto à declaração de que “por razões constitucionais, não se julgaria competente para uma decisão formal sobre o recurso”, também acaba por tomar posição frente ao assunto e dá razão ao governo do Reich, mas respondendo simultaneamente ao presidente do tribunal do Reich de modo pessoalmente transigente, isso corresponde a uma correta concepção da posição neutra, intermediária, reguladora e defensora do chefe de Estado e tem que ser compreendido e justificado a partir dessa teoria.<sup>16</sup>

---

*Alemão* 34, 1929, col. 134, diz que não seria “possível privar o presidente do tribunal do Estado, como um órgão superior do Reich, do direito de promulgar recursos desprovidos da forma prescrita sobre violações constitucionais reais ou supostas” – mas por que exatamente ao presidente do Reich, se este não deve ser “guardião da Constituição”? O próprio Simons, o antigo presidente do tribunal do Reich, se posicionou a respeito dessa questão na introdução ao segundo volume da coleção “Die Rechtssprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich” (p. 9 e 11) publicada por ele e H. H. Lammers. Suas exposições culminam na seguinte passagem extremamente acertada: “A posição do presidente do Reich não está delimitada na Constituição de forma tão estrita e rigorosa a ponto de a atividade de intermediário a ele proposta ser proibida por meio de uma norma jurídica, ao contrário, ela teria totalmente correspondido, segundo os artigos 42 e 48 da Constituição do Reich, pelos quais o presidente do Reich é o supremo guardião de seu direito e de sua Constituição, ao objetivo e ao sentido da posição do órgão.” Com isso e por meio das exposições do texto acima também poderiam estar resolvidas as objeções de GLUM, F. *Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem “Konflikt” zwischen dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und der Reichsregierung*, *Zeitschr. für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, I, 1929, p. 466. Aliás, o próprio Glum qualifica, em seu artigo *Parlamentskrise und Verfassungslücke*, *Jornal Jurídico Alemão* de 15 de novembro de 1930, p. 1417/1418, o presidente do Reich de “guardião da Constituição” e retira daí conclusões práticas tão amplas que, em comparação com elas, aquela atividade de intermediário do presidente do Reich em dezembro de 1928 pareceria de uma naturalidade diretamente anódina.

<sup>16</sup> POHL, H. *Handbuch des deutschen Staatsrechts* I, p. 502. Como exemplo da época de função de Ebert, cf. a carta ao governo da Baviera de 27 de julho de 1922 (conflito entre o Reich e a Baviera

Com isso cai também a crítica, feita nesse sentido, de que o presidente do Reich, ocasionalmente, exercia influência sobre o curso de negociações por meio de cartas pessoais não referendadas pelo primeiro-ministro do Reich e mediante outras declarações. Em um Estado de organização complicada como o Reich alemão e no caso da atual situação constitucional concreta – o Reich alemão não é apenas um produto federativo, mas também, concomitantemente, um produto pluralista e policrático – a função intermediária e reguladora do *pouvoir neutre* obtém um significado central, ao qual não se pode fazer justiça nem por meio de um formalismo subalterno, nem por meio de argumentos do período monárquico do pré-guerra.<sup>17</sup>

---

no verão de 1922), aqui diz o presidente do Reich a respeito de si mesmo: "De minha função como *guardião da Constituição do Reich* e do pensamento do Reich resulta, destarte, meu dever em agir no sentido de anular o decreto da Baviera" (essa missiva, assim como a resposta do primeiro-ministro da Baviera, encontram-se impressas em JOECKLE, R. *Bayern und die große politische Krise in Deutschland im Sommer 1922*, Politische Zeitfragen, caderno 7/11, p. 237, Munique, 1922). Também aqui é característico para a lógica de impasse do formalismo, dizer que o presidente do Reich tinha que dar ou não razão à Baviera e, então, faz-se uso de seus poderes constitucionais conforme o artigo 48 da Constituição, porém, caso ele considerasse o procedimento da Baviera inadmissível, deixar de lado tal carta.

<sup>17</sup> Segundo a natureza do assunto, o artigo 50 da Constituição do Reich (referenda pelo primeiro-ministro do Reich ou pelo ministro competente do Reich), geralmente, não chega a ser empregado para o exercício do *pouvoir intermédiaire*, porque não se trata aí de "ordens e disposições" do presidente do Reich, mas de influência pessoal, sugestões e intermediação; cf. BIBERSTEIN, F. Freiherr von. *Marschall Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. I, p. 531. Retirar do artigo 50 a conclusão de que o presidente do Reich como tal só poderia fazer declarações a respeito de si mesmo, que seriam "ordens e disposições", seria ilógico. Cf. POHL, H. *Op. cit.*, p. 484 e (indistintamente) THOMA, R. *Id.*, p. 508.



# Significado especial do “poder neutro” no Estado partidário pluralista, exposto por meio do exemplo do conciliador público de contendas trabalhistas

## CAPÍTULO

A posição que o presidente do Reich toma, conforme o atual direito positivo da Constituição de Weimar, no sistema global da organização do Reich alemão pode ser explicada, portanto, com a ajuda da teoria do “poder neutro, intermediário, regulador e defensor”. Além disso, a fórmula de um “poder neutro”, que foi primeiramente imaginada apenas para o chefe de Estado e, para isso, mantém seu especial significado constitucional, também pode ser ainda expandida para a teoria geral do Estado e aplicada para o *Estado em sua totalidade*. Em certo sentido, pelo menos em alguns Estados, o destino do Estado seguiu o destino do chefe de Estado e o Estado transformou-se, em larga escala, perante os antagonismos sociais e econômicos da sociedade, em uma instância meramente “neutra”. Isso reside na consequência de uma “auto-organização da sociedade”, por meio da qual a questão da unidade estatal tomou um rumo totalmente novo, mas também a “neutralidade” se tornou um novo problema. Os “métodos de integração funcionais” (eleições, votações, coalizões), assim chamados por R. Smend, impuseram-se no Estado legiferante atual, para a área da atividade legislativa, com o efeito mostrado acima (*vide* anteriormente na presente obra): a corporação legislativa tornou-se o reflexo da pluralidade de complexos sociais de poder organizados. Mas se o Estado não fosse nada mais do que esse sistema pluralista, ele seria, então, de fato, apenas um



acordo contínuo, sua Constituição seria um contrato entre os complexos sociais de poder que formam o sistema pluralista e repousaria na expressão *pacta sunt servanda*, e assim as partes vinculadas pelo contrato conservariam em suas mãos a sua obra, a Constituição, permanecendo senhores do pacto constitucional, que poderiam alterar por intermédio de novos acordos da mesma forma como o fecharam, e se defrontariam como grandezas políticas autônomas. O que ainda existe de unidade estatal seria, então, o resultado de uma aliança (como todas as alianças e contratos) fechada com ressalvas existenciais. “O contrato tem, então, apenas o sentido de um acordo de paz entre os grupos pactuantes e um acordo de paz tem, queiram as partes ou não, sempre uma referência à possibilidade, mesmo talvez distante, de uma guerra.”<sup>1</sup> Mas isso seria, caso os agrupamentos amigos-inimigos estivessem definidos na política interna em vez da política externa, uma guerra civil. O que é, em tal situação, o “Estado” e o “todo” da unidade política de um povo?

A resposta mais próxima, dada hoje freqüentemente de forma inconsciente a partir de pontos de vista partidários bem diversos, corresponde a uma construção liberal que encontrou em J. St. Mill (no 6º capítulo das *Considerations on Representative Government*, 1861) sua expressão clássica. Em sua plausível clareza e devido a sua conseqüência sistemática, com a qual resulta dos raciocínios de uma metafísica liberal, ela é um ponto de partida especialmente apropriado para uma discussão da teoria do Estado. Segundo ela, surgem dentro de uma sociedade, por assim dizer, sempre dois partidos ou coalizões partidárias aproximadamente iguais um ao outro e que se equilibram. Os interesses e paixões parciais e egoístas anulam-se, assim, mutuamente, formando um contrapeso, com o efeito de que o espírito da objetividade e perspicácia, um terceiro neutro, fraco em si e, comparativamente aos poderosos complexos de interesse face a face um ao outro, sem forças, está em condições de dispor sobre o destino do prato da balança em favor do relativamente

<sup>1</sup> SCHMITT, Carl. *Staatsethik und pluralistischer Staat*, Kant-Studien, vol. XXXV, Berlin, 1930, p. 41.

correto e justo e proporcionar a vitória à razão. O próprio J. St. Mill diz que, na moderna sociedade industrial, os empregadores (*employers of labour*) e empregados (*labourers*) formam os grupos que mutuamente se equilibram e que, por meio disso, torna-se possível uma decisão neutra. Ainda hoje, sua construção de equilíbrio tipicamente liberal é muito difundida, e não apenas junto aos liberais burgueses. Friedrich Engels já havia falado que haveria (somente excepcionalmente) períodos de luta de classes, "em que as partes beligerantes manteriam o equilíbrio uma com a outra". Assim, após o ano de 1919, Otto Bauer desenvolveu a teoria da "estrutura social de equilíbrio" do moderno Estado industrial,<sup>2</sup> que foi aproveitada por Otto Kirchheimer para uma notável construção da teoria constitucional e do Estado.<sup>3</sup> As relações partidárias na Alemanha e as relações numéricas dos diversos agrupamentos de interesses parecem confirmar, em geral, a imagem de um equilíbrio, seja entre empregadores e empregados, seja entre burgueses e socialistas, tanto no Reich quanto nos Estados.<sup>4</sup> Por meio disso,

<sup>2</sup> BAUER, Otto. *Bolschewismus und Sozialdemokratie*, 3ª ed., Viena, 1921, p. 114; *Die österreichische Revolution*, Viena, 1923, p. 196 (a época do equilíbrio das forças de classe); *Der Kampf*, XVII, p. 57-58; KAUTSKY, K. *Die proletarische Revolution und ihr Programm*, Berlin, 1929, p. 100; ADLER, Max. *Politische oder soziale Demokratie*, Berlin, 1926, p. 112-113; sobre a crítica, em especial: GURLAND, Arkadij. *Marxismus und Diktatur*, Leipzig, 1930, p. 95-96. De forma semelhante à definição liberal de democracia de Kelsen mencionada anteriormente, também essa construção de equilíbrio social-democrata há muito esqueceu suas relações sistemáticas e não tem absolutamente nada mais da "clareza ofensiva" de Mill.

<sup>3</sup> *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, Zeitschrift für Politik, XVII, 1928, p. 596-597: "O paradoxo tornou-se fato, o valor da decisão reside no fato de que é uma decisão jurídica, de que é proferida por uma instância universalmente reconhecida, mas de que é, apesar disso, o menos possível, decisão objetiva."

<sup>4</sup> A comprovação estatística está um pouco dificultada devido à distribuição em muitos partidos e às chamadas ligações transversais, mas o fenômeno sempre pode ser distinguido; cf. DIX, A. *Reichstagswahlen und Volksgliederung*, Tübingen (Recht und Staat n. 77), 1930, p. 37; SAEMISCH, E. *Wer vertritt das*

litígios entre empregadores e empregados podem se transformar, em geral, em um típico retrato da estrutura estatal, pois a “sociedade” que se desenvolveu no século XIX e se fez vitoriosamente valer, era, sobretudo, como já sabiam Saint-Simon e Lorenz von Stein, a “sociedade industrial”. Por conseguinte, também os juízes e conciliadores imparciais obtêm em litígios trabalhistas, perante os adjuntos que são os representantes dos empregadores e empregados, uma posição quase simbólica, mediante a qual se torna visível a situação de todo o Estado (e do todo estatal).

Nesse aspecto, se não levarmos em consideração o tribunal do trabalho incumbido da decisão do processo, já que se trata de um procedimento de justiça, pode raramente ter no Estado atual um significado típico para a estrutura estatal, e se nos limitarmos ao conciliador, este surge, assim, *no primeiro estágio*, como mero ajudante e incentivador de uma negociação e de um entendimento comuns entre os complexos de interesses conflitantes, mas que, na realidade, se ajustam entre *si próprios*. Enquanto durar esse estágio ele conduzirá a um resultado, isto é, a um acordo entre as duas partes, a uma autoconciliação, o representante do Estado é apenas um *agente intermediador* e sua neutralidade conciliadora é a de um típico intermediário. Ainda não se torna ativa nenhuma superioridade, ou até mesmo autoridade, especificamente estatal, essa neutralidade é

---

*Volk?*, na revista *Die Tat*, março de 1930, p. 920/921. Para a Saxônia, que, como Estado industrial, é aqui de especial interesse, esse fenômeno encontra-se manifesto, talvez não com uma intenção sistemática, mas, em compensação, de forma ainda mais característica, na seguinte formulação no artigo de THÖRNIG. *Das sächsische Polizeiwesen*, na coletânea *Sachsen, Kultur und Arbeit des sächsischen Landes*, Berlin, 1928, p. 38: “A Saxônia é um Estado industrial com população extraordinariamente densa. Em parte considerável, esta pertence à classe operária e cultiva a concepção marxista de mundo. Seus partidários equilibram numericamente, aproximadamente, a população de outra orientação. Isso manifesta-se especialmente nas eleições. Dependendo das relações momentâneas e políticas, no parlamento estadual saxão alterna uma maioria fraca de esquerdistas com uma semelhante do centro”.

determinada, na forma negativa, como a neutralidade do terceiro não-parcial, que tira do caminho inibições da autoconiliação e que, exatamente por meio disso, obtém a possibilidade e a capacidade para "bons serviços" (*bons offices*) e "intermediação" (*médiation*). No direito internacional, cujas analogias fazem-se aqui valer para o direito trabalhista,<sup>5</sup> isso encontra-se desenvolvido em uma bibliografia pormenorizada e uma grande praxe, em que os bons serviços representam o primeiro subestágio, ou seja, a mera reunião das partes litigantes, para que possa haver, no geral, uma negociação entre as partes, enquanto o mediador já tem uma certa liderança ao conduzir a negociação e fazer propostas. Ambos são tarefa do conciliador estatal, correspondendo na típica estrutura de sua posição a uma determinada concepção estatal, se não justamente àquela da vigente Constituição do Reich. As negociações para acordo teriam, então, no atual Estado industrial, um significado análogo àquele destinado ao parlamento no Estado constitucional burguês do século XIX, a saber, ser o fundamento de uma vontade efetuada mediante negociação e persuasão recíproca, em cujo cerne reside um consenso, não uma decisão.

Se esse estágio não levar a nenhum resultado, o conciliador estatal surge em uma *segunda função*, na qual ele dá a *decisão* quando ambos os complexos de interesses, iguais entre si, não chegam a um acordo, mas se mantêm opostamente em equilíbrio. Nesse caso, o conciliador estatal produz uma decisão ao se colocar de um ou do outro lado do balanço. Ele é, assim, um terceiro formador de maioria, mas esse papel pode ser novamente de dois tipos diversos. Primeiramente parece corresponder àquela construção estatal de J. St. Mill: ambos os poderes confrontados e determinados de forma parcial equilibram-se mutuamente, com isso, torna-se possível ao terceiro,

<sup>5</sup> As analogias entre direito internacional e direito constitucional foram destacadas anteriormente. SCHINDLER, Dietrich. *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, p. 400-401 (direitos emergentes, considerações sobre contendas e resolução de litígios no direito internacional e no direito trabalhista), chamou a atenção para as relações entre direito internacional e direito trabalhista.

objetivo e imparcial, mesmo sem uma própria superioridade, provocar uma decisão em favor daquele relativamente correto. O poder ou autoridade pertencente a este tipo de decisão pode ser muito pequeno e mínimo, pois os verdadeiramente poderosos, os dois complexos de poder e interesse litigantes, paralisam-se reciprocamente e, considerados aritmeticamente, resultam em zero. O processo de uma *vitória por maioria de votos* pela formação de uma maioria é, em todo caso, no assunto, sob o ponto de vista da parte, um processo compulsório, especialmente se o terceiro formador de maioria vier de fora e for acrescido às partes.<sup>6</sup> O acordo assim realizado, segundo o fundamental conceito formado por H. Triepel, é um *acordo compulsório*. Contudo, o Estado, formador de maioria, só se torna um terceiro que decide *de fora* sob a influência da concepção pluralista estatal que cada vez mais se expande. A concepção estatal democrática (não a liberal) tem que perseverar no axioma democrático fundamental, freqüentemente mencionado, de que o Estado é uma unidade indivisível e de que a parte vencida por maioria de votos, na verdade, não é violentada nem forçada, mas apenas conduzida a sua própria vontade real. Logo, não existe *nenhuma vitória por maioria de votos*, mas apenas um *acordo* dado desde o início, sempre existente e livre de desvios errôneos mediante *votação*. Mas essa idéia se vê-se cada vez mais destruída pelo sistema pluralista, o qual é oligárquico e não-democrático, pois o Esta-

<sup>6</sup> Nesse contexto, são de grande interesse as diferenciações estabelecidas por Carl Bilfinger para o acordo continuamente necessário dentro de um Estado federal entre União e Estados-membros e entre os Estados-membros, a representação no conselho do Reich como conciliação de interesses e como representação. Em Bilfinger encontra-se também o acertado pensamento, ainda a ser aproveitado adiante, de que, em tal constelação, o princípio da *vitória final por maioria de votos* representa o *momento da coação*, de modo que, no caso da vitória por maioria de votos, já se possa falar de um "acordo compulsório" no sentido de Triepel. Eu só não entendo por que Bilfinger acrescenta a essa constatação, sumamente correta e objetiva, o aditivo "formalmente compreendido" (*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. I, Tübingen, 1930, p. 550, nota 30).

do lhe parece como um complexo de poder ao lado dos outros complexos sociais de poder, que se alia ora a um lado, ora a outro, provocando, com isso, uma decisão. Assim, a formação da maioria torna-se um meio de sobrepeso e coação externos, em que o Estado não é neutro no sentido da objetividade e da razão, como o terceiro decisivo em J. St. Mill, mas como um fator de poder acessório que proporciona a uma parte a vitória sobre a outra.

O tribunal do trabalho do Reich persiste fundamentalmente na idéia da *soberania* estatal e não quer, de modo algum, transformar o próprio Estado em um mero terceiro formador de maioria. Porém, na decisão, muito discutida, de 22 de janeiro de 1929 (no caso da associação patronal para a região do grupo noroeste da União dos Industriais do Ferro e do Aço de Düsseldorf contra as três associações de metalúrgicos), o referido tribunal concebeu o presidente da câmara de conciliação como uma grandeza apenas formadora de maioria, todavia, com a fundamentação de que, consoante o regulamento de conciliação vigente (artigo 1, § 5º, n. 4, do decreto de 23 de outubro de 1923 sobre o processo conciliatório, *Diário oficial do Reich* I, p. 1043), a câmara de conciliação, na qualidade de colegiado, teria que fazer a proposta de um acordo geral e, consoante os princípios gerais de uma decisão colegiada, seria necessária a maioria dos membros pertencentes ao colegiado (“órgãos individuais”) para a decisão do colegiado como tal, caso a lei não determinasse expressamente o contrário. Com isso, o problema está delimitado ao da decisão colegiada e tornou-se, aparentemente, menos fundamental. De resto, o tribunal do trabalho do Reich acentua precisamente nessa decisão que, segundo o projeto de um novo decreto conciliatório (artigo 83 do projeto de um decreto conciliatório apresentado ao parlamento do Reich em 11 de março de 1922 e, além disso, a motivação oficial), não poderia ser duvidoso que o presidente, sem levar em consideração a proporção de votos que se distingue para as opiniões individuais, deveria *decidir por meio de seu voto*. É expressamente recusada a concepção, que surge tanto na literatura especializada, quanto na praxe, de que o presidente

teria sempre proporcionado a vitória, pelo seu voto, ou à opinião do adjunto dos empregadores ou à do adjunto dos empregados.

A partir da referência aos princípios gerais de uma decisão colegiada, fica protelada a questão, mas ela não cessa de ser fundamental e típica para toda a concepção estatal. Se partirmos da tese de que esses adjuntos das partes interessadas, componentes de um colegiado formado paritariamente, seriam assim tanto “órgãos” quanto um presidente imparcial, teremos, por intermédio da confusa palavra “órgão” e de um ser estatal e objetividade fictícios, resolvido o problema de forma tão rápida quanto a do parlamentarismo atual, ao dizermos simplesmente que o deputado individual, “juridicamente”, não seria, em absoluto, “parte”, ele seria, antes, segundo o artigo 21 da Constituição do Reich, um representante do povo e seria também um “órgão individual”, pois o parlamento seria um “órgão”, o Estado um “organismo”, etc. Aqui podem se aliar teorias de órgãos com um formalismo sem fundamento, a fim de negar o problema com a ajuda de ficções, ao invés de solucioná-lo. Perante a sentença do tribunal do trabalho do Reich, Erwin Jacobi aludiu com razão a que, na sentença arbitral da instância de conciliação, não se trata de uma decisão judicial, mas de uma conciliação de interesses, e a ocupação colegiada de tal posto teria um sentido bem diferente da ocupação colegiada efetuadas por juízes. Todavia, Jacobi invoca, simultaneamente, contra F. Haymann, o fato de que esse trataria os adjuntos da comissão de conciliação “por demais, unilateralmente, como

<sup>7</sup> E. JACOBI, *Hebdomadário Jurídico*, vol. 58, 1929, p. 1278; HAYMANN, E. *Die Mehrheitsentscheidung in Rechtsprechung und Schlichtung und der Schiedsspruch im Ruheisenstreit*, Berlin e Leipzig, 1929, p. 9, 14, 15; SCHINDLER, D. *Op. cit.*, p. 416. A progressão estabelecida por H. Herrfahrdt – autonomia administrativa, grupo de trabalho, comando arbitral – tem o mérito de destacar o novo problema estatal, contudo, eu não a considero expressiva ou completa, principalmente a composição “comando arbitral” é, em si, obscura. Sobre a sentença do tribunal do trabalho do Reich datada de 22 de janeiro de 1929, *vide*, de resto, a coletânea de GRAUERT; MANSFELD; SCHOPPEN. *Der Rechtsstreit im*

representantes das partes".<sup>7</sup> Mas Haymann vê com precisão o significado objetivo do procedimento e acentua, por isso, com razão que a conciliação, além da tarefa do "agente honesto", tem ainda a segunda tarefa autônoma de "preparar, eventualmente, a paz forçada". Então, o voto do presidente estatal neutro, isto é, do não delegado por interesses das partes seria o de um "órgão imparcial da justiça" e deveria oferecer uma garantia "para que a opinião da maioria represente um acordo *justo* dos interesses". Isso é inteiramente correto e acertado. Eu só gostaria de fazer a distinção, perante a bipartição da tarefa do conciliador e no interesse do esclarecimento teórico-estatal geral, ao todo, dos quatro graus: após o primeiro grau, ou seja, aquele do agente honesto, um segundo, o do terceiro formador de maioria que é decisivo no sentido daquela idéia de Mill devido a sua neutralidade (no sentido da objetividade). Depois segue um terceiro grau, no qual o Estado aparece, de uma outra espécie, como terceiro formador de maioria, ou seja, como terceiro no sentido de um sistema imaginado pluralisticamente, em que ele se junta, assim, aos complexos sociais de poder existentes como um outro complexo de poder, sendo, de uma maneira novamente especial, formador de maioria e decisivo. Porém, esta última interpretação contradiz a concepção ainda dominante no pensamento estatal alemão, mas quase não se pode negar que ela reside praticamente na consequência de um comportamento das partes dominadoras do Estado, determinado de forma meramente político-partidária. Essas partes, sem qualquer consideração a nenhum princípio, sempre somente

---

*Arbeitskampf*, Mannheim, 1929. O lado teórico-estatal do problema não é levado em conta na maioria das discussões. Quando Hoeniger (*Magazin der Wirtschaft*, 14 de fevereiro de 1929, p. 223) diz que se poderia "dizer muitas coisas a favor e contra a fundamentação jurídico-formal", isso está correto, mas mostra apenas que a questão não pode ser solucionada dessa maneira. A própria referência de Hoeniger ao artigo 196, § 2º, da norma constitucional judiciária alemã sofre de semelhante "formalismo", pois, no cálculo da maioria de votos em um colegiado judiciário, se parte da igualdade e homogeneidade dos votos dados, mas não de um agrupamento de interesses pressuposto dentro do "colegiado" com um presidente "neutro".



com vista ao interesse tático do momento, ora proclamam o Estado como autoridade, quando ele está exatamente do lado de seu interesse como parte, ora o apresentam como intruso, quando se coloca no caminho de sua vantagem momentânea, intruso que perturbaria a lei própria do conflito econômico e coletivo do trabalho. Esse método de uma auto-contradição de curta percepção e de uma falta de princípios aparentemente a mais tosca não se apresenta, apesar disso, sem um princípio próprio, ele faz parte dos típicos meios do sistema pluralista, o qual, como já mostrado acima, não tem nenhum interesse em se declarar abertamente partidário de si mesmo e de seu verdadeiro princípio, mas aproveita sua influência sobre a volição estatal de forma tanto mais eficaz para o interesse da parte.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> A tese aqui apresentada da tipologia da estrutura teórico-estatal, a qual se mostra na posição do conciliador estatal, também não é refutada, por isso, de forma alguma pelo fato de se aludir a tais contradições na imprensa partidária e nas demais declarações partidárias. É totalmente natural que, em um Estado partidário pluralista, toda parte faça valer a "autoridade" do Estado quando ela tem o Estado momentaneamente a seu lado e, inversamente, que faça repicar todo o *pathos* da liberalidade dos liberais e fale da ditadura, do Estado autoridade, da reação, do fascismo ou do bolchevismo, etc., quando a decisão estatal for favorável à parte contrária. Isso tudo faz parte da natureza do Estado partidário pluralista que possibilita aos detentores do sistema pluralista, dependendo da situação, ora fazer o papel de organizações sociais, não-estatais, não-oficiais, i.e., não-responsáveis, seguindo, de sua consciência, seu egoísmo partidário e não expostas a nenhum risco político, mas da parte do Estado que mantém ocupada no momento, de se identificar com o Estado, de se passar por autoridade estatal e tratar a parte contrária como inimiga do Estado. Essa política a duas mãos tem, para as organizações dos interessados, a grande vantagem de que elas se fazem passar, a qualquer hora, por algo diferente de política (por economia, propriedade privada, cultura, etc.), mas podem usufruir de todas as vantagens do ser estatal. Todavia, isso só é possível enquanto não for proferida uma decisão partindo de algum lado, seja das forças do todo estatal ainda existentes apesar disso, seja por meio da transição para o Estado unipartidário, que impõe a um partido o risco do ser político.

Se esse sistema conseguir impor para o processo conciliatório o mesmo resultado que conseguiu para o parlamentarismo, isto é, transformar as instâncias conciliatórias, assim como o parlamento em um cenário do pluralismo e torná-las, com isso, incapazes de ação, surge, então, para o Estado uma alternativa inevitável ou deixar de existir como unidade e como todo ou, porém, tentar provocar a decisão necessária a partir da força da unidade e do todo. Assim estaria alcançado o *quarto grau da neutralidade*, o de uma decisão aberta e publicada pelo Estado, na qual tanto a proposta da instância conciliatória quanto sua declaração de obrigatoriedade são apenas obra do Estado. O fato de este também se esconder, assim, por detrás da formação majoritária e, como no decreto do presidente do Reich de 9 de janeiro de 1931 (*Diário oficial do Reich I*, p. 1), preferir aumentar, em caso de necessidade, o número de membros neutros da câmara de conciliação e convocar mais dois adjuntos imparciais para o colegiado, nada muda na essência deste procedimento: que se trata de uma decisão estatal, a qual não é o resultado do entendimento entre os interessados e também não se realiza por mera formação majoritária entre Estado e interessados. O fato de que a convocação dos juízes imparciais para formação majoritária só deve sobrevir quando "parecer urgentemente necessária no interesse do Estado" (de acordo com o decreto de 9 de janeiro de 1931) e, como consta na fundamentação oficial, "só deve ser usada em casos excepcionais", comprova exatamente a relação com a decisão estatal, cuja imparcialidade só pode ter seu ponto de vista na base da unidade e totalidade políticas e cuja força se prova no caso excepcional.

Tal ponto de vista é possível enquanto o sistema pluralista ainda não tiver ocupado todas as partes do todo estatal, enquanto, ademais, a multiplicidade dos partidos os impedir e restringir reciprocamente e sua heterogeneidade filosófica, econômica, etc. reforçar ainda mais essa restrição recíproca, mas, sobretudo, enquanto ainda existirem forças em um povo diferentes daquelas que estão compreendidas e colocadas a serviço da organização partidária e essas forças contrárias da

Constituição estatal forem colocadas em contato com um sistema de instituições relativamente estáveis. A vigente Constituição do Reich isso tentou com a ajuda dos elementos plebiscitários de sua parte organizacional. Já se faz referência a tal processo quando foi descrita a oposição entre as tendências centrífugas que se ocultam sob a palavra “neutralidade”, a unidade política do povo imediatamente existente, desejada e pressuposta pela Constituição, e a unidade, e o presidente do Reich eleito por todo o povo.

# O funcionalismo público e as diversas possibilidades de uma “independência” do Estado partidário pluralista

## CAPÍTULO

Quando o funcionalismo público surge, tanto com relação às grandezas ambigualmente chamadas de “neutras”, quanto na questão da unidade estatal, em um posto de decisão – pois os conciliadores, assim como os juízes de nossa jurisdição trabalhista e de nosso sistema de conciliação, são, no geral, retirados do funcionalismo público – apresenta-se aí uma grande mudança de função que, também nesta área, sobrevém de forma inevitável. Dissolve-se o confronto, tradicional e estático, entre Estado, *i.e.*, Estado-funcionário monárquico de um lado, e, de outro, sociedade, *i.e.*, esfera social “livre” e fundamentalmente diferente do Estado. O funcionalismo não mais se encontra *acima* de uma “sociedade” dele separada, ele não mais deve, como no Estado monárquico, ter uma posição transcendente perante a sociedade. Apesar disso, é mantido conscientemente como grandeza imparcial, pois ele também *não* deve, consoante a vontade da Constituição, estar *abaixo da sociedade*. A Constituição do Reich contém, nos artigos 129 e 130, uma garantia institucional do funcionalismo de carreira e, com isso, um elemento constitucional de estática e permanência que não deve ser usado pelos métodos há pouco mencionados de “integração funcional”. Os funcionários são “servidores da coletividade”, mas sua neutralidade não é a de um mero “Civil Service” ou de um funcionário técnico. Pelo contrário, a grande tradição do funcionalismo de carreira alemão deve também

ser continuada no Estado democrático.<sup>1</sup> Após terem caído a base monárquica e a separação entre Estado e sociedade, isto

<sup>1</sup> Sobre a “moderna missão do funcionalismo público” na Alemanha: KÖTTGEN, A. *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin, 1928, p. 243; *Sächsische Schulzeitung* ano 96, Dresden, novembro de 1929, p. 757/758 e 825/826 (contra a dissolução da situação de funcionário em uma situação de contrato trabalhista social politicamente assegurada, como defendido por H. Potthoff); e *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II, 1930, p. 15; ademais, ZWEIGERT, E. *Der Beamte im neuen Deutschland*, em “Volk und Reich der Deutschen”, publicado por B. Harms, Berlin, 1929, vol. II, p. 467: “Nossa ética profissional não se tornou menor por meio da Constituição de Weimar. Ao contrário, ela se encontra aprofundada e enobrecida pela idéia de dedicação à coletividade.” Zweigert também fala do “nexo interno com a coletividade, que não apenas se encontra mais alto do que o nexos com um partido, mas também se encontra eticamente mais alto do que o antigo nexos com a pessoa do monarca” e que permaneceu intocado mediante a subordinação do funcionário a “poderes políticos alternantes”. LEISEGANG, H. *Die Ethik des Berufsbeamtentums* (na série de palestras: *Berufsbeamtentum, Volksstaat und Ethik*, Leipzig, 1931, p. 32) até mesmo diz: esta ética do funcionalismo público “é a única substância ética que sustenta esse Estado, no qual, fora isso, tudo o que liga os homens entre si, especialmente concepção de mundo e religião, tornou-se assunto privado”. As duas palestras de KASKEL, Walter. *Beamtenrecht und Arbeitsrecht*, Berlin, 1926, e GIESE, F. *Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaat*, Berlin, 1929 (ambas publicadas pela casa editorial da Liga Alemã de Funcionários) devem ser aqui especialmente citadas. De maior interesse é também a exposição de MICHEL, Ernst. *Das Beamtenproblem*, na revista “Deutsche Republik”, ano 3, agosto de 1929, p. 1501-1502, pois Michel reconhece e observa a expressão descrita anteriormente que reside na “auto-organização da sociedade” e não tem nenhuma ilusão de que vivemos em um “Estado social completamente politizado”. Nesse, eu diria, “Estado total”, ele considera o funcionalismo público destinado a “tornar-se, em meio à revolução social, órgão da paz acima dos conflitos econômicos, sociais e políticos, e exercer, em detalhes, o enorme trabalho de *apaziguamento* em diária colaboração responsável” (os destaques foram feitos por mim). Sobre a questão tratada por A. Köttgen, com novos e muito notáveis argumentos, na discussão de LEIBHOLZ, G. *Der Begriff der Repräsentation*, Arch. d. öff. Rechts, vol. 19, 1930, p. 307,

só é possível sobre uma nova base. A nova base distingue-se pelo fato de que é o presidente do Reich quem, de acordo com o artigo 46 da Constituição do Reich, nomeia e exonera os funcionários do Reich. Essas duas determinações constitucionais – o artigo 130 e o 46 – estão correlacionadas. Visto de forma prática, ainda assim é um obstáculo notável quando não é o correligionário, tornado ministro, que nomeia diretamente os funcionários, mas um chefe de Estado independente do parlamento, *i.e.*, de um partido. Mas ainda mais importante do que essa vantagem prática é a relação sistemática entre Estado-funcionário garantido constitucionalmente e um presidente do Reich que se encontra sobre base plebiscitária e que domina o elemento plebiscitário da Constituição do Reich.

Com isso tem-se criada a única possibilidade imaginável em uma Constituição democrática de uma instância *independente*, sem a qual não pode haver nenhum guardião da Constituição. “Independência” é a condição fundamental e todas as propostas de um guardião da Constituição baseiam-se na idéia de criar uma instância *independente e neutra*. Mas, geralmente, não fica nítido e não sistematicamente claro o suficiente, quantas “independências” existem na atual vida estatal e porque novas instituições continuam a ter que ser retiradas do funcionamento político-partidário e do sistema pluralista. É que há tipos muito diversos de independência, como, *p.ex.*, uma independência do *juiz*, uma independência diferente dessa do *funcionário de carreira* e uma independência, composta das duas, do *funcionário de carreira judiciário* e, além dessas, uma independência do presidente e dos membros do tribunal de contas para o Reich alemão.<sup>2</sup> Há, ademais, a independência do *deputado parlamentar* conforme o artigo 21 da Constitui-

---

sobre se os funcionários alemães são ou não hoje representantes do Estado, ainda quero me posicionar de forma especial. Por enquanto, insisto em dizer que os funcionários, como dito pela Constituição, são *servidores*, cf. *Verfassungslehre*, p. 213.

<sup>2</sup> Artigo 118 e 119 do código orçamentário do Reich.

ção do Reich<sup>3</sup> e a independência e liberdade, por sua vez de características especiais, do *professor de escola superior*, a quem está garantida a liberdade de ensino consoante o artigo 142 da Constituição do Reich,<sup>4</sup> além disso, uma independência do *parecerista e perito*, como resultante da natureza do caso.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> A respeito, *Verfassungslehre*, p. 255.

<sup>4</sup> No relato para a conferência alemã de professores de direito público em Munique, 1927, ROTHENBÜCHER, Karl. *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, caderno 4, p. 32/33; R. Smend, *op. cit.*, p. 56/57; SCHMIDT, W. A. E. *Die Freiheit der Wissenschaft (Abhandlungen zur Reichsverfassung)*, ed. por W. Jellinek, caderno 3), Berlin, 1929, p. 126/127; BIEBERSTEIN, F. Freiherr Marschall von. *Die Gefährdung der deutschen Universität* na revista "Die Tatwelt", Jena, julho/setembro, 1929, p. 92/93. Muito instrutivo para o problema do Estado, religiosa e filosoficamente neutro, e sua relação com a educação e a escola é o artigo de GIESE, G. *Staat, Staatsgedanke und Staatserziehung*, na revista "Die Erziehung", ano 5, 1929, especialmente p. 153, porém, teriam que ser diferenciados aqui, de forma mais detalhada, os diversos tipos de imparcialidade, suprapartidarismo e neutralidade (cf. anteriormente). De forma especialmente acertada sobre a *ratio* da ciência autônoma, SPRANGER, E. *Das Wesen der deutschen Universität*, "Akademisches Deutschland", 1930, II, 1, p. 5: "Trata-se, mais precisamente, na norma da liberdade da ciência, não de um direito fundamental individualista como o da livre expressão de opinião, mas do direito vincutivo supra-individual que resulta da *objetividade supra-individual da procura pela verdade*." A garantia da liberdade de ensino científico do artigo 142 da Constituição do Reich é uma garantia institucional (*Verfassungslehre*, p. 172, aquiescendo ANSCHÜTZ. *Kommentar*, p. 572; GIESE, F. *Kommentar*, p. 299; KÖTTGEN, A. *Mitteilungen des Verbandes der Deutschen Hochschulen*, janeiro de 1931). Sobre a relação dessa liberdade acadêmica de ensino com o princípio da livre discussão e sobre o privilégio das taxas universitárias, *vide* as interessantes exposições de STEIN, Lorenz von. *Lehrfreiheit, Wissenschaft und Kolleggeld*, Viena, 1875 (liberdade de ensino como liberdade de discussão, taxas universitárias como garantia da independência e liberdade).

<sup>5</sup> BERTRAM, A. *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 28, 1928, p. 421: "Mas no âmbito da administração em geral, justamente o parecer ocupa uma posição especial, contanto que não suporte conceitualmente uma instrução. Certamente, o cargo superior

Os esforços de neutralização tratados anteriormente e os produtos *autônomos* e independentemente separados da soberania do Estado, como o *banco do Reich* e a *companhia ferroviária do Reich*, conduziram igualmente a formas e garantias singulares de independência, entre as quais podem ser citadas, ao lado de incompatibilidades e outras particularidades, sobretudo, a complementação do conselho geral do banco do Reich por intermédio de *cooptação* e a decisão de litígios entre o governo do Reich e a companhia ferroviária do Reich por meio de um especial *tribunal ferroviário do Reich*. Por fim, há a independência do *chefe de Estado*, seja do monarca na monarquia constitucional, cuja independência se baseia na hereditariedade da sucessão ao trono e na inviolabilidade de sua pessoa, seja a independência do presidente do Estado em uma democracia constitucional, como a que garante a Constituição de Weimar por meio de eleição por todo o povo alemão (artigo 41 da Constituição do Reich), por seu mandato de sete anos (artigo 43, § 1º, da Constituição do Reich) e sua difícil revogação (artigo 43 da Constituição do Reich).

A independência judicial é, assim, apenas uma dentre as características especiais e, de modo algum, é independência pura e simples, pois, como dito, trata-se de um caso *composto* de independência. Pensa-se, comumente, na independência do funcionário de carreira judicial. A partir das garantias de sua posição juridicamente protegida, o funcionário de carreira, de cargo vitalício ou por tempo maior e que não pode ser destituído ou demitido à discrição, é refirado do conflito dos antagonismos econômicos e sociais. Ele se torna “independente” e, por isso, está em condições de ser neutro e imparcial, consoante o regido pelo artigo 30 da Constituição. A independência do juiz no Estado atual baseia-se, em sua peculiaridade, no fato de

---

pode instruir o subordinado a ele para a apresentação de um parecer a respeito de questões indicadas de modo mais ou menos geral ou preciso, mas ele não pode, sem suprimir o conceito de parecer, instruí-lo a chegar a um determinado resultado, ou seja, o conteúdo do parecer é sempre uma atividade autônoma do parecerista, livre de instrução.”



que aquelas garantias gerais relativas ao direito do funcionalismo público ainda são mais reforçadas ao prescrever o artigo 104 da Constituição, que os juízes da jurisdição ordinária são nomeados para um cargo vitalício, que, *contra sua vontade*, só podem ser permanente ou temporariamente exonerados do cargo, transferidos ou aposentados por força de decisão judicial e pelos motivos e sob as formas que a lei determina. Logo, no caso da independência judicial garantida pela Constituição de Weimar, estão interligados dois tipos de independência. Primeiro, a independência especificamente *judicial* de instruções e ordens oficiais no exercício da atividade judicial (artigo 102), independência essa que vale, porém, também para os juízes não funcionários públicos (jurados, juízes e adjuntos leigos) e, segundo, a independência reforçada do *funcionário público* judicial. A independência do funcionário público judicial com cargo vitalício, cujo cargo só pode ser declarado perdido em um processo formal que corre perante colegas de função, não pode ser compreendida apenas como garantia da independência judicial primeiramente citada, pois, para juízes não funcionários públicos (jurados, juízes do tribunal do comércio, adjuntos, etc.), ela não interessa, e, em seu conteúdo, significa apenas um reforço das garantias dos artigos 129 e 130 da Constituição, previstas para todos os funcionários, mesmo aqueles não-judiciais. Essa parte da independência judicial é apenas um caso qualificado da independência geral do funcionário público. Ninguém consideraria independente e neutro um tribunal composto por políticos partidários, mesmo se seus membros “não estivessem vinculados, no exercício de sua atividade judicial, a ordens e instruções”, cada um lembrar-se-ia do destino da independência dos deputados consoante o artigo 21 da Constituição e suporia que semelhante tribunal – tanto em sua ocupação, quanto em sua atividade – tornar-se-ia cenário do sistema pluralista da mesma forma que se tornou o parlamento e todo cargo influenciado pela “confiança do parlamento”.

Um colegiado de juízes de carreira, não-destituíveis e dotados com as especiais garantias da independência judicial, surge, em escala especialmente alta, como uma instância independente, neutra e objetiva, e é por demais fácil entender que

se acredita ter despolitizado todos os conflitos constitucionais quando a decisão é conferida a um colegiado de juízes funcionários públicos. Mas se for exigido, por tais motivos, um tribunal do Estado ou constitucional para todos os conflitos constitucionais, esquece-se quase sempre que a independência judicial é apenas o outro lado da vinculação judicial à lei e a Constituição não pode realizar, geralmente, tal vinculação.<sup>6</sup> Também não se vê comumente as experiências tidas na última década na área dos litígios trabalhistas e que conduziram a uma clara separação entre juiz e conciliador. Na verdade, o anseio não é tanto por uma instância judicial, mas por uma independente e neutra, desejando-se utilizar o caráter judicial apenas como o meio mais seguro e mais nítido de uma independência garantida constitucionalmente. Por isso, também na maioria dos casos, não se pensa, de modo algum, apenas na independência judicial no sentido estrito do termo, *i.e.*, na independência perante instruções de um outro cargo que atingem o exercício de uma atividade judicial, mas na independência do *juiz de carreira judicial*, reforçada pela independência do funcionalismo de carreira. Destarte, diante de tais exigências, pensa-se comumente em reforçar ainda mais, possivelmente, as garantias do funcionalismo de carreira judicial. Semelhante tribunal do Estado ou constitucional teria, por exemplo, que ser protegido contra o fato de que o número ou a composição dos juízes ou o processo podem ser mudados por meio da lei ordinária, para que um impulso do juiz ou influências semelhantes não sejam possíveis como ocorre, por experiência, em casos politicamente importantes e como são talvez também conhecidos da história do supremo tribunal dos Estados Unidos.<sup>7</sup> Por fim, seria inteiramente conseqüente exigir que tal instância seja ocupada

<sup>6</sup> Cf. anteriormente neste livro.

<sup>7</sup> Dessa forma, o caso *Dred-Scott* da época da luta pela abolição da escravatura (WARREN, Charles. *The Supreme Court in the United States*, Boston, 1924, III, p. 22/23) ou os *Legal Tender Cases* da época da desvalorização monetária durante as guerras de secessão (*op. cit.*, p. 244), *cf.* no início deste livro; também a sentença de Gneist sobre os funcionários é também digna de nota neste contexto.

apenas por *sugestão* do presidente ou até mesmo de todo o colegiado<sup>8</sup> ou que se complemente, no geral, apenas mediante *cooptação*.<sup>9</sup> O fato de serem exigidas garantias cada vez mais fortes prova apenas que jurisdição e estrutura judicial em sugestões de um tribunal do Estado ou constitucional só servem, na verdade, ao esforço de, perante o funcionamento e a negociação político-partidários, criar uma instância neutra e independente e uma certa “permanência”,<sup>10</sup> ou seja, estática.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Direito de sugestão do presidente do tribunal de contas para o Reich alemão, código orçamentário do Reich, artigo 119, § 2º. Para o planejado tribunal administrativo do Reich (projeto de lei sobre o tribunal administrativo do Reich de 26 de agosto de 1930, impresso do Conselho do Reich n. 155), Lassar recomendou um direito de sugestão semelhante, na publicação LASSAR, G. *Das Reichsverwaltungsgericht, eine Kritik des Regierungsentwurfs*, Berlin, 1930, p. 14. O direito de sugestão das faculdades em nomeações é um resto de sua autonomia que pressupõe a independência da ciência.

<sup>9</sup> Em seu relato, KELSEN. *Veröffentlichungen Deutscher Staatsrechtslehrer*, caderno 5, p. 56. Até agora no Reich alemão, só se pôde impor tal cooptação para o conselho geral do banco do Reich e apenas sob a pressão da política externa dos Estados credores. A respeito de uma outra tentativa (frustrada), empreendida na França, para introduzir uma cooptação, *vide* nota abaixo.

<sup>10</sup> Expressão de R. Gneist em seu parecer sobre o direito de exame judicial, *op. cit.*, p. 23. Gneist rejeita o exame judicial das leis, exercido nos Estados Unidos da América, quanto a sua razoabilidade e justiça (sua racionalidade) com a seguinte fundamentação, especialmente interessante para o contexto das exposições do texto acima: “Como falta aqui (leia, nos Estados Unidos da América), nos fatores da legislação, a permanência necessária para conceder uma garantia contra resoluções precipitadas e determinadas por interesses diversos do corpo legislativo, tentou-se, então, mediante uma superioridade dos tribunais como guardiões para certos limites do tratado fundamental, manter algumas vantagens da monarquia hereditária. Certamente, esse poder transcendente não cabe para a organização judicial alemã. Antes, aquela *última garantia* na monarquia hereditária, um segundo corpo permanente e um terceiro eleito, reside de forma mais segura, em sua cooperação, na legislação, ela pelo menos permanece tanto tempo quanto instituições humanas puderem assegurar, no geral, tal garantia.”

<sup>11</sup> Esse objetivo seria alcançado, todavia, da forma mais segura, mediante uma segunda (ou primeira) câmara baseada em

Todavia, o guardião da Constituição tem que ser independente e político-partidariamente neutro. *No entanto, abuse-se dos conceitos de estrutura judicial e jurisdição, assim como da garantia institucional do funcionalismo de carreira alemão, quando, em todos os casos, nos quais, por motivos práticos, surgem independência e neutralidade como oportunas ou necessárias, pretende-se logo introduzir um tribunal e uma estrutura judicial lotados com juristas funcionários de carreira.* Tanto a justiça quanto o funcionalismo de carreira receberão uma carga insuportável se todas as tarefas e decisões políticas, para as quais forem desejadas independência e neutralidade político-partidária, se amontoarem sobre eles. Além disso, a instituição de semelhante guardião da Constituição seria diretamente confrontada com a consequência política do princípio democrático. Perante o direito real em baixar decretos, o direito de exame judicial pôde ter sucesso político no século XIX, tanto na França quanto nas monarquias constitucionais alemãs.<sup>12</sup> Hoje, a frente da justiça não estaria mais direcionada contra um monarca, mas contra o par-

---

hereditariedade. Como seria pouco possível, nos atuais Estados democráticos, introduzir de novo uma câmara de pares segundo o modelo inglês, só se poderia repetir a tentativa de um senado inamovível no todo ou em parte e que se complementa por cooptação. A tentativa foi frustrada na França republicana. Pela norma constitucional de 24 de fevereiro de 1875, foram nomeados pela assembléia nacional primeiramente 75 dos 300 senadores para cargo vitalício, os quais deveriam, depois, ser complementados por cooptação, enquanto, de resto, a maioria do senado resultava das eleições. Mas uma norma constitucional de 9 de dezembro de 1884 afastou essas restrições do princípio democrático da eleição. Porém, os membros nomeados vitaliciamente permaneceram em sua posição inamovível, só que, no caso de sua ausência, não foram complementados novamente. O último desses senadores inamovíveis morreu há apenas alguns anos.

<sup>12</sup> Para a França, cf. a observação sumamente acertada de LEROY, Máxime. *Les transformations de la puissance publique*, Paris, 1907, p. 97: os tribunais franceses ocuparam em 1829 o lugar vago do *Sénat conservateur*, para a Alemanha, o muitas vezes citado parecer de R. Gneist, em especial também o local informado logo atrás em nota anterior.

lamento, isso significa uma grave mudança funcional da independência judicial. Também aqui caiu a antiga separação entre Estado e sociedade e não se pode simplesmente transferir as fórmulas e os argumentos do século XIX à situação política e socialmente totalmente transformada do século XX. A necessidade de instituições estáticas e de um contrapeso para o parlamento é hoje na Alemanha um problema de características bem diferentes do controle do monarca naquele tempo. Isso é válido tanto para o direito judicial de exame, geral e difuso, quanto para o controle concentrado em uma única instância. A partir da concentração de todos os conflitos constitucionais em um único tribunal composto por funcionários de carreira inamovíveis e, nessa base, independente, seria criada uma segunda câmara, cujos membros seriam funcionários de carreira. Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma *aristocracia da toga*.

# O embasamento democrático da posição do Presidente do Reich

## CAPÍTULO

A independência dos juízes não tem, no Estado atual, de forma alguma o objetivo de criar um titular da correta volição política, mas de delimitar e garantir uma esfera da justiça vinculada à lei dentro de um ser estatal ordenado. Outros tipos de independência têm outras funções, entre elas, como mostrado anteriormente, também precisamente a de possibilitar uma forte volição política, independente dos métodos do Estado partidário pluralista, métodos estes de dissolução do Estado. Isso, frequentemente, não é levado em conta em virtude da confusão entre neutralização, despolitização partidária e despolitização,<sup>1</sup> mas se distingue de imediato quando é observado que às diversas independências correspondem diversas *inamovibilidades*, mesmo se nem sempre sistematicamente refletidas e realizadas, *imunidades* e – para o que, porém, parece existir na Alema-

<sup>1</sup> Especialmente, o tratado de WITTMAYER, L. *Reichsverfassung und Politik*, Tübingen, 1923 (“Recht und Staat”, caderno 24) sofre com a infeliz equiparação entre “despolitização” e “despolitização partidária”; sobre essa equiparação, *vide* anteriormente no presente livro. Também é um erro quando Wittmayer crê que “ancoramentos” na Constituição seriam “despolitizações”, eles podem conduzir justamente a um novo tipo de ação político-partidária; a respeito, POPITZ, J. *Verfassungsrecht und Steuervereinheitlichungsgesetz*, Deutsche Juristen-Zeitung, 1929, p. 20. Política e política partidária não são a mesma coisa.

nha pouca compreensão e inclinação – *incompatibilidades*.<sup>2</sup> Sobretudo, em todo caso, o direito público alemão conhece uma incompatibilidade da posição do presidente do Reich com a de um deputado do parlamento (artigo 44). Seu sentido político reside no fato de que, aqui, a autonomia do sistema plebiscitário introduzido pela Constituição se manifesta perante o parlamentar. Ela alude a uma independência político-partidária, mas não apolítica.<sup>3</sup> Em contrapartida, a incompatibilidade introduzida para os membros do tribunal de contas (artigo 118 do código orçamentário do Reich) tem o sentido de uma despolitização. Em outros casos de incompatibilidades já tratados deve ser alcançado um afastamento da máquina político-partidária, assim o é no banco e na companhia ferroviária do Reich. Enquanto em outras democracias ainda existe, de maneira muito natural, uma série de incompatibilidades de funcionários públicos, na Alemanha são pouco conhecidas. No entanto, merece menção o fato de que, recentemente, foi proposta, por um lado conceituado, uma incompatibilidade parlamentar geral para funcionários públicos judiciais.<sup>4</sup> Evidentemente, para membros de um tribu-

<sup>2</sup> Trata-se, aí, principalmente, de incompatibilidades parlamentares, mencionadas por WEBER, Werner. Arch. d. öff. Rechts, N. F., vol. 19, 1930, p. 161-254.

<sup>3</sup> Muito bom é o escrito de WEBER, W. *Op. cit.*, p. 205, nota 116: “Na Alemanha, pode até ser que a idéia da diferenciação dos poderes e a tendência por neutralidade se equilibrem mutuamente para justificar a incompatibilidade presidencial, contudo, ambas não se defrontam isoladamente, mas se complementam e se condicionam reciprocamente.”

<sup>4</sup> SCHIFFER, Eugen. *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des deutschen Rechtswesens*, 1928, p. 1 (artigo 16): “Juizes não são elegíveis, nem para o parlamento do Reich, nem para o parlamento estadual. Eles não podem ser membros de organização política e não podem ser politicamente ativos de modo publicamente perceptível.” A isso se acrescenta a fundamentação na p. 29 sobre a retirada da função judicial da política. Cf., ademais, KÖTTGEN, A. *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin, 1928, p. 105-106 e *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. II, p. 17/18. Bibliografia adicional em WEBER, W. *Op. cit.*, p. 208/209.

nal constitucional estão dispostas as mais rígidas incompatibilidades mesmo onde, de resto, o sentido por claras separações é pouco desenvolvido.<sup>5</sup>

Nos diversos casos de "independência", portanto, tem-se que observar em primeiro lugar se a independência deve conceder, somente defensiva e negativamente, uma proteção *contra* a volição política ou se, ao contrário, é garantida uma *participação positiva* autônoma na determinação ou influência da volição política. A independência judicial é tão-somente o outro lado da vinculação judicial à lei e, nesse ponto, apolítica.<sup>6</sup> Mas, de resto, é de grande importância que tanto a independência do funcionário de carreira quanto a independência do deputado parlamentar e, por fim, também a posição do chefe de Estado, protegida por uma difícil revocabilidade e por pri-

<sup>5</sup> Artigo 4º, § 2º, da Lei do Reich de 9 de abril de 1921 sobre o tribunal do Estado, *Diário oficial do Reich*: "Elegíveis são alemães que completaram os 30 anos de vida. Membros do governo do Reich, do parlamento do Reich, do conselho do Reich, do conselho econômico do Reich, de um governo estadual, de um parlamento estadual ou de um conselho estadual não podem ser adjuntos." Além disso, o artigo 61 da Constituição do Estado de Baden, artigo 67 da Constituição do Estado de Mecklenburg-Schwerin, Lei tcheco-eslovaca de 9 de março de 1921 sobre o tribunal constitucional, artigo 1º, § 6º: "Membros do tribunal constitucional, assim como substitutos, só podem ser pessoas juristas, elegíveis para o senado, que não sejam membros de uma das citadas corporações legislativas" (EPSTEIN, p. 21); artigo 147, § 4º, da norma constitucional federal austríaca no texto de 7 de dezembro de 1929 (*Diário oficial federal*, 1929, p. 1323). De maneira diferente, o artigo 70 da Constituição da Baviera e artigo 2º, n. 3, da lei de 11 de junho de 1920.

<sup>6</sup> Em minha opinião vai-se longe demais, apesar disso, quando SMEND. Rudolf. *Verfassungsrecht*, p. 69-70, diz que a atividade do juiz serviria, diferentemente da atividade de outras repartições públicas estatais, não à integração da comunidade jurídica política, mas, primeiramente, à integração de uma comunidade jurídica especial. Isso também poderia, certamente, conduzir a uma dissolução pluralista do Estado. Os muitos ramos e áreas especiais do direito material, aos quais correspondem, novamente, inúmeras jurisdições de exceção, representariam então, igualmente, muitas comunidades.



vilégios especiais, estejam estritamente ligadas com a idéia do *todo* da *unidade* política. A Constituição de Weimar diz: “Os funcionários públicos são servidores da *totalidade*, não de um partido” (artigo 130). “Os deputados são representantes de *todo* o povo” (artigo 21). “O presidente do parlamento do Reich é eleito pela *totalidade* do povo alemão” (artigo 41) e representa o Reich alemão no exterior (artigo 45). A referência à *totalidade* da *unidade* política sempre contém uma oposição aos agrupamentos pluralistas da vida social e econômica e deve provocar uma superioridade sobre semelhantes agrupamentos. Quando isso não for o caso, a adoção superficial de tais formas constitucionais atua ou como vã ficção ou expressa apenas a objetividade do parecerista imparcial, assim o é para os membros do conselho econômico provisório do Reich, para os quais o artigo 5º do decreto de 4 de maio de 1920 determina igualmente que esses membros são “representantes dos interesses econômicos de todo o povo”.<sup>7</sup>

É só em uma relação de comparação entre tais determinações que se distingue a posição que compete ao presidente do Reich de acordo com a Constituição de Weimar. O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política,

<sup>7</sup> Contrariamente a GLUM, F. *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat*, Beiträge zum öffentlichen Recht und Völkerrecht, caderno 12, p. 25-26, Berlin, 1926, não vejo aqui nenhum caso de autêntica representação e não considero interesses econômicos “representáveis” no sentido específico da palavra. Vide também nota feita anteriormente no presente livro. Sobre o conselho econômico do Reich como órgão parecerista e consultor (contrariamente a um parlamento econômico), HAUBOLD, W. *Die Stellung des Reichswirtschaftsrates in der Organisation des Reiches*, Tese da Escola Superior de Comércio de Berlin, 1931.

um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revocabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto o tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal, o qual, como tal, é o defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição. É expressamente determinado pelo artigo 42 que por meio de seu juramento o Presidente do Reich “defenderá a Constituição”. O juramento político sobre a Constituição faz parte, segundo a tradição do direito constitucional alemão, da “garantia da Constituição” e o texto escrito do regulamento constitucional vigente qualifica o Presidente do Reich, de forma nítida o suficiente, de guardião da Constituição. Não se pode ignorar essa autêntica palavra constitucional, não importando como se avalia, de resto, o significado do juramento político.

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um

sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política. Talvez se possa duvidar de que, com o tempo, será possível privar a posição do presidente do Reich do funcionamento político-partidário e mantê-la em uma objetividade e neutralidade imparciais, determinadas a partir da totalidade estatal. Talvez se possa temer que o destino do chefe de Estado na Europa republicana seguirá o destino do monarca e que o destino do presidente plebiscitário do Reich seguirá o destino de até então do plebiscito sobre o referendo, plebiscito este que foi também reduzido à inatividade. Em todo caso, a Constituição de Weimar empreende sua tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade sua vontade e que, no momento, da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar. A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão.

Impresso em outubro de 2006

Direito Penal Libertário  
Winfried Hassemer

Teoria da Constituição  
Frank Michelman

A gramática da Constituição  
e do Direito  
Günther Frankenberg

Dilemas da Constituição  
Laurence Tribe

Nós, o povo soberano  
Fundamentos do  
Direito Constitucional  
Bruce Ackerman

Introdução ao Direito Penal  
e ao Processo Penal  
Claus Roxin

O injusto penal  
Günther Jakobs

A culpabilidade  
Günther Jakobs

Da realização do tipo  
Günther Jakobs

Direito Penal. Parte Geral  
Klaus Volk  
Paul Bockelmann

Teoria da liberdade  
Philip Pettit