



HANS KELSEN

JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Hans Kelsen

*(Com nota de Carré de Malberg e o debate
ocorrido na sessão de 1928 do Instituto
Internacional de Direito Público.)*

Introdução
SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Tradução do alemão
ALEXANDRE KRUG

Tradução do italiano
EDUARDO BRANDÃO

Tradução do francês
MARIA ERMANTINA GALVÃO

Revisão técnica
SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

EDUARDO DE MELLO E SOUZA
OAB/SC 11.073-D

Martins Fontes
São Paulo 2003

Títulos dos originais:
Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Der Drang zur Verfassungsreform; Die Grundzüge der Verfassungsreform (I und II); Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung; La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle); Wer soll der Hüter der Verfassung sein?; Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution.

Copyright © Hans Kelsen Institut, Viena.
Copyright © 2001, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.

1ª edição
fevereiro de 2003

Revisão gráfica
Sandra Garcia Cortes
Sandra Regina de Souza
Ana Maria de Oliveira Mendes Barbosa
Edna Gonçalves Luna
Produção gráfica
Geraldo Alves
Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Kelsen, Hans, 1881-1973.
Jurisdição constitucional / Hans Kelsen ; introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. – São Paulo : Martins Fontes, 2003. – (Justiça e direito)

Título original: Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates ...

Tradução do alemão Alexandre Krug ; tradução do italiano Eduardo Brandão ; tradução do francês Maria Ermantina Galvão.
“(Com nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público)”
ISBN 85-336-1473-X

I. Áustria – Constituição (1920) 2. Áustria – Direito constitucional 3. Jurisdição (Direito constitucional) I. Cunha, Sérgio Sérulo da. II. Título. III. Série.

03-0673

CDU-342.56

Índices para catálogo sistemático:

I. Jurisdição constitucional : Direito constitucional 342.56

Todos os direitos desta edição para a língua portuguesa reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241 3677 Fax (11) 3105.6867
e-mail: info@martinsfontes.com.br <http://www.martinsfontes.com.br>

Índice

<i>Introdução à edição brasileira</i>	VII
A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1.º de outubro de 1920	3
A intervenção federal (Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca)	47
A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público)	119
I – A jurisdição constitucional (Exposição de Hans Kelsen)	121
II – Debate no Instituto Internacional de Direito Público	187
III – A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais (Nota de R. Carré de Malberg)	195
A pressão pela reforma constitucional	211
As linhas fundamentais da reforma constitucional (I) ...	221

As linhas fundamentais da reforma constitucional (II) ...	231
Quem deve ser o guardião da Constituição?	237
O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)	299

Introdução à edição brasileira

1. Dentre os 483 títulos de autoria de Hans Kelsen¹, a editora Giuffrè, de Milão, selecionou oito tratando direta ou indiretamente da jurisdição constitucional, que fez publicar, em 1981, sob o título *La giustizia costituzionale*. O texto central, que deu título à compilação, corresponde à exposição proferida em outubro de 1928, em sessão do Instituto Internacional de Direito Público. Por isso, àquela exposição acrescentou-se a ata com os debates que se seguiram, assim como uma dissertação de Carré de Malberg sobre o controle de constitucionalidade na França. São esses os textos que, dispostos em ordem cronológica, a Editora Martins Fontes põe com esta tradução ao alcance do leitor em língua portuguesa².

1. Hans Kelsen nasceu em Praga, em 11 de outubro de 1881. Formou-se na Faculdade de Direito de Viena, onde lecionou a partir de 1911, ano em que publicou seu primeiro livro (*Problemas capitais da teoria do direito estatal*); convocado em 1917, serviu como assessor jurídico no Ministério da Guerra, o que lhe valeu, a partir de 1918, colaborar na redação da nova Constituição austríaca. Em 1940 mudou-se para os Estados Unidos; lecionou como professor visitante em Harvard e depois em Berkeley. Aí publicou, em 1945, a *Teoria geral do direito e do Estado* [trad. bras. São Paulo, Martins Fontes, 2000], que praticamente condensa sua obra, cujo núcleo é representado pela "teoria pura do Direito". Faleceu em 1973.

2. Esta edição fundiu em apenas um texto os dois artigos, publicados em jornal (*Neue Freie Presse*, 29 e 30.10.1929), sob o título "As linhas fundamentais da reforma constitucional".

2. Como é sabido, ao colaborar com a redação da Constituição da Áustria³, Kelsen fez com que se criasse um órgão judicial – a Corte Constitucional – o único competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de “controle concentrado” que depois se estendeu a várias Constituições européias.

A Corte Constitucional e o monopólio, por ela, do controle de constitucionalidade não resultaram de mera invenção teórica. É a história, não a lógica, que explica as instituições. No continente europeu a revolução burguesa, que trouxe a Constituição, não trouxe consigo o controle de constitucionalidade, que nos Estados Unidos – não nos esqueçamos – foi construção pretoriana.

Não seria correto atribuir essa omissão unicamente à influência da tradição francesa, sabidamente refratária ao poder dos juízes. Na Europa continental, o modelo processual autoritário associado à monarquia absoluta obrigava desde muito os juízes, em caso de dúvida sobre a inteligência da lei, a suspender o processo e encaminhar consulta, sobre essa questão, a um órgão superior, preferentemente de natureza antes política que judicial.

Desde 1667, na França, era expressamente proibido aos juízes interpretar normas sobre cujo entendimento tivessem

3. Após o armistício de 1918 e os tratados de Versalhes e de St. Germain, criou-se a república austríaca, correspondendo ao território da Áustria alemã (desmembramento do antigo império austro-húngaro), mas impedida de unir-se à Alemanha. A Constituição austríaca de 1920 padeceria das vicissitudes do período conhecido como entreguerras, mas que os historiadores hoje já avaliam não como o período intermediário entre duas guerras, e sim como o “olho do furacão”, ou uma trégua momentânea entre as facções em luta. Por isso a marca desse período – até o fim da guerra em 1945 e a restauração da Constituição de 1920 – é a instabilidade; após a reforma de 1925, com o fortalecimento do executivo, acorreram o incêndio do Palácio da Justiça de Viena (1927), a profunda reforma constitucional de 1929 e, por fim, a revisão nazista após o *Anschluss*.

dúvidas, devendo em tal caso dirigir-se ao monarca, o qual, como autor da lei, era seu guardião e único intérprete [*référé au législateur*]. Quanto a isso a Revolução nada alterou, tendo apenas substituído a pessoa do monarca pela soberania do poder legislativo. O decreto de 16-24 de agosto de 1790 proibiu os tribunais de fazerem regulamentos e induziu-os a se dirigirem ao legislativo toda vez que julgassem necessário interpretar uma lei [*référé facultatif*]. Pouco depois, Robespierre sustentou que o vocábulo “jurisprudência” deveria ser banido da língua francesa: “Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão a própria lei.”

Em dezembro desse ano instituiu-se a Corte de Cassação e criou-se o *référé nécessaire*, uma consulta ao poder legislativo em caso de divergência jurisprudencial⁴.

Na Prússia, o *Allgemeines Landrecht* (1794), na linha das históricas vedações de Justiniano, proibia os juízes de, ao decidir, levarem em conta a doutrina e a jurisprudência, e, na Áustria, o *Josephinisches Gesetzbuch* (novembro de 1786), e mais tarde também a lei de 7 de outubro de 1850, haviam limitado a faculdade interpretativa dos magistrados. Num sistema processual como esse dificilmente se instalaria o controle judicial de constitucionalidade, e muito menos o controle difuso de constitucionalidade, em que o cidadão tem o direito de buscar, junto ao juiz do seu domicílio (o juiz natural), a correção de atos inconstitucionais da autoridade.

3. Após o Congresso de Viena (1815), em que se articulou a restauração monárquica, foram poucas as Constituições liberais que vingaram no continente europeu. Mesmo antes na

4. V. Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *Repertório enciclopédico do direito brasileiro* organizado por Carvalho dos Santos, verbetes “interpretação da lei” e “interpretação da norma jurídica”, Rio de Janeiro, Borsoi, vol. 28.

França, com a carta outorgada em 1814 por Luís XVIII⁵, já se afirmavam as tendências continentais que durariam no mínimo até Weimar (1919)⁶. Editaram-se então pseudoconstituições, com que as dinastias – feitas as concessões necessárias para, tendo perdido os anéis, não perderem os dedos – mantinham a supremacia do princípio monárquico. Eram pseudoconstituições porque não se preocupavam basicamente com o controle dos atos do governo, senão com a regulação dos poderes e de suas relações. Merecem por isso o nome de Constituições regimentais, verdadeiros regimentos que eram. Exemplo é a Carta brasileira de 1824: a fim de não se submeter a uma Constituição liberal assemelhada à de Cádiz (1812) ou à Constituição portuguesa de 1822, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Constituinte e organizou um regime que preservava o princípio monárquico (principalmente com a supremacia do poder moderador) e entregava ao legislativo a competência para interpretar as leis.

Nesse modelo se incluía a carta austriaca de 1867. Vendo-se o imperador Ferdinando I obrigado a convocar o Par-

5. O preâmbulo dessa carta francesa de 1814, assinala J. de Malafosse, “est un véritable monument historique. Il constitue une négation du préambule de la Constitution du 3 septembre 1791 [...] Roi par la grâce de Dieu, Louis XVIII précise bien qu’il accorde la Charte dans le même esprit que ses ancêtres. Bien que l’autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi, nos prédécesseurs n’avaient point hésité à en modifier l’exercice suivant la différence des temps [...] Nous avons volontairement et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit” (*Histoire des institutions et des régimes politiques de la révolution à la IV^e République*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 44).

6. A Constituição de Weimar, tão socialmente avançada quanto a Constituição mexicana de 1917, em seu art. 48 manteve poderes imperiais para o presidente da República. Em mais de uma passagem deste livro Kelsen identifica, no abuso das medidas provisórias ou “decretos de necessidade” [*Notverordnungen*], a principal causa da falência daquela Constituição. A propósito de medidas provisórias, veja-se a nota da revisão à p. 97.

lamento após as agitações de 1848, ali se elaborou um projeto de Constituição (projeto de Kremsier) que previa a criação de um tribunal supremo do Império [*oberstes Reichsgericht*] com competência para julgar os conflitos de atribuição entre as autoridades administrativas centrais e autoridades administrativas provinciais, bem como as ações de ressarcimento por violações de direitos subjetivos constitucionais, praticadas por agentes públicos. Esse projeto não chegou a vingar, visto que o imperador Francisco José, sucessor de Ferdinando, dissolveu o parlamento em 4 de março de 1849, ao mesmo tempo em que punha em vigor uma carta outorgada. Essa carta jamais se aplicou, foi ab-rogada em dezembro de 1851 e substituída em 1867 por algumas leis fundamentais, entre elas a de 21 de dezembro, que criou um Tribunal do Império; segundo a lei de organização e funcionamento desse *Reichsgericht*, editada em abril de 1869, competia-lhe julgar conflitos de órgãos provinciais entre si e com as autoridades imperiais, assim como recursos dos súditos por violações de seus direitos políticos garantidos constitucionalmente, faltando-lhe porém competência para anular qualquer disposição legal⁷. Com a carta de 1867, assinala Charles Eisenmann, “o absolutismo mantinha uma arma temível”, visto que seu art. 14 permitia ao imperador, com a referenda ministerial, editar medidas provisórias com força de lei, em caso de urgência e se o Conselho Imperial (*Reichsrat*) não estivesse em sessão⁸. “Era a porta aberta a todas as violações da Constituição, à sua inteira suspensão. E a Áustria foi efetivamente governada durante longos períodos com a ajuda desses decretos de necessidade.”⁹

7. Essa exposição sobre a carta austríaca de 1867 resume o que é exposto por Charles Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928).

8. Op. cit., p. 135.

9. Op. cit., p. 136.

Essa era a situação vigente até o fim da Primeira Guerra em 1918, o tratado de S. Germain, e as leis constitucionais provisórias que antecederam a Constituição austríaca de 1920. A lei editada em 25 de janeiro de 1919, sem mudar-lhe a competência, deu ao Tribunal Imperial o nome de Corte Constitucional, atendendo assim, parcialmente, ao pleito de G. Jel-linek, que em 1885, no opúsculo intitulado "Uma alta corte constitucional para a Áustria", havia sugerido o alargamento dos poderes do Tribunal Imperial e sua transformação em verdadeira corte constitucional¹⁰.

4. Antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, republicana e federativa, os tribunais austríacos, como assinala Kelsen (ver pp. 21 e 318), só podiam controlar a constitucionalidade das leis no tocante à sua adequada publicação, vale dizer, tendo em vista sua existência, mas jamais sua validade em face do texto constitucional. "Recebendo a herança da velha Áustria", o mestre de Viena "encontrou-se com os dois tribunais (o *Tribunal Administrativo* e o *Tribunal Imperial*) já prontos, e no empenho por conservar instituições antigas e testadas" manteve-os, embora entregando ao antigo *Reichsgericht* (agora batizado como *Verfassungsgerichtshof*) o monopólio do controle de constitucionalidade. O art. 89 da nova Constituição negou expressamente, aos tribunais, o poder de "apreciar a validade das leis regularmente publicadas", e os arts. 137-45 desenharam a competência da Corte Constitucional, à qual caberia principalmente apreciar "a inconstitucionalidade das leis dos estados-membros, a requerimento do governo federal, a inconstitucionalidade das leis federais a requerimento do governo de qualquer estado-membro, e de ofício, quando se trate de lei que sirva de base à sua decisão" (art. 140)¹¹.

10. Op. cit., pp. 156 e 170.

11. Caberia ainda à Corte Constitucional austríaca, em resumo, julgar: a) as ações patrimoniais contra os poderes públicos que não pudessem ser in-

Instituir controle concentrado de constitucionalidade significa estabelecer instâncias especiais, e exclusivas, para julgar matéria constitucional, de modo que, suscitada esta em outro juízo que não aquele(s), poder-se-á argüir sua incompetência, ou requerer que a matéria não seja conhecida; se for hipótese simplesmente de não-conhecimento, o juízo não a conhecerá, ou antes de passar ao mérito poderá suspender o processo e remeter a prejudicial de inconstitucionalidade ao tribunal competente (por ex., lei fundamental alemã, art. 100-I; Constituição espanhola, art. 163). Temos aí o que se vem designando como "incidente de inconstitucionalidade", ou "questão constitucional incidente", que outra coisa não é senão um "référé necessário" em matéria de constitucionalidade, dirigido a um órgão judicial.

Para justificar a criação de uma corte constitucional — único órgão competente para anular atos inconstitucionais — Kelsen mostra que "a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais", ressaltando que "a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder" e que "uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico". Contudo, jamais chega sequer a mencionar o controle difuso, como se o sistema concentrado fosse o único existente ou possível para o controle de constitucionalidade. O que nos leva a pensar que a instituição do controle de constitucionalidade, no autoritário contexto continental, só seria possível dentro dessa tradi-

tentadas perante a jurisdição comum; b) a ilegalidade dos decretos federais e estaduais; c) as impugnações eleitorais; d) as violações do direito constitucional praticadas por autoridades federais ou estaduais; e) os recursos contra decisões administrativas, fundados na violação de direitos garantidos constitucionalmente; f) violações do direito internacional.

O leitor atento identificará os pontos de contato entre os problemas aqui discutidos e a realidade constitucional brasileira pós-1988.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, moldado em 1891 com base no sistema americano, aperfeiçoou-se com o tempo, expandindo-se com medidas de natureza ou efeitos coletivos. A primeira alteração relevante ocorreu a partir de 1946, com a efetiva possibilidade de ser suspensa, pelo Senado, a execução de lei considerada inconstitucional pela Suprema Corte (ver art. 52-X da Constituição de 1988). A segunda alteração importante ocorreu com a “representação de inconstitucionalidade”, que tendo forma embrionária na Constituição de 1934 (art. 34, § 2º), passou à Constituição de 1946 e foi ampliada pela lei 2.271, de 22.7.1954. A lei 4.337, de 1.6.1964, regulou a “declaração de inconstitucionalidade”, fazendo-a retornar ao leito original da representação interventiva, mas a emenda constitucional 16, de 26.11.1965 (promulgada na vigência dos atos institucionais nº 1 e 2, e que institucionalizou a reforma do judiciário promovida pelo governo Castelo Branco), deu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Terceira alteração importante foi a edição pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de 13.12.1963, das súmulas de sua jurisprudência (enunciados normativos genéricos, embora sem força obrigatória, sintetizando suas decisões em casos semelhantes).

Por fim, a Constituição de 1988 enfeixou o sistema ao transformar a “representação de inconstitucionalidade” em ação direta de inconstitucionalidade, meio para o controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (arts. 102-I-a e 103), a ser exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado); a ação direta de inconstitucionalidade é *actio popularis*

(tal como referido por Kelsen no seu texto sobre jurisdição constitucional de legitimação restrita, desdobramento do *munus* que cabia, antes de 1988, apenas ao procurador-geral da República, cujos legitimados ativos não buscam direito próprio, mas agem no interesse de todos. A instituição do controle abstrato (a possibilidade de declarar-se a inconstitucionalidade de uma lei em tese) representou, dentro do sistema brasileiro, a amplificação, e não a restrição do controle concreto: com a ação direta de inconstitucionalidade milhares ou milhões de pessoas, legitimadas a ajuizar ações individuais para assegurar direitos protegidos constitucionalmente, podem reunir-se em apenas um processo para obter a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo que os contraria.

Ao termo dessa evolução construiu-se em 1988 um sistema misto de controle de constitucionalidade, que às vantagens do controle difuso acrescenta vantagens do controle concentrado. Nele, ninguém está impedido de obter, com o juiz do lugar, resguardo ao seu direito individual constitucionalmente protegido, mas pode valer-se dos benefícios associativos para que, sem necessidade desse pleito individual, seja desconstituída a norma inválida. Há distinção entre sistema concentrado e controle concentrado. No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade existe controle concentrado – exercido mediante as ações de inconstitucionalidade – mas não existe sistema concentrado¹²⁾

Contra esse sistema lançou-se a reação conservadora, representada pelos interesses do presidencialismo imperial e do abstencionismo judicial, num contexto de agudas dificuldades econômicas e restrição das liberdades, com cerceamento da ampla defesa e do acesso à prestação jurisdicional. Suas armas principais são a medida provisória, o efeito vinculante e a ação

12. Podemos estabelecer o seguinte quadro quanto às formas de controle de constitucionalidade: 1. controle concreto difuso: a) incidental (qualquer

ção, como viria a ressaltar Loewenstein ao referir a extrema dificuldade de rompê-la: "deve-se considerar que os costumes enraizados em diferentes sistemas jurídicos e a tradição existente impedem que surja e se implante o controle judicial".

Essa dificuldade, aliás, se mostra na polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt (ver principalmente os textos "A garantia jurisdicional da Constituição" e "Quem deve ser o guardião da Constituição?"). Schmitt afirmava que o guardião (o intérprete autorizado) da Constituição era o presidente da República, e Kelsen denuncia a natureza ideológica dessa tese, herdeira do princípio monárquico: "Como não se poderia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado". Mostra ainda que a tese de Schmitt é tributária de duas concepções anacrônicas: a de que a atividade interpretativa consiste apenas numa tarefa de subsunção ("a concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas 'deduzida' dela através de uma operação lógica", o que corresponderia à "jurisdição como automatismo jurídico"; e a de que "o direito subjetivo não passa de um expediente técnico para a garantia da ordem estatal".

É essencial portanto, para entender o sistema concentrado, perceber que ele surge num contexto constitucional autoritário) como fica bem claro ao se ler "Quem deve ser o guardião da Constituição?" O que é bem diverso da *judicial review*, nascida numa ambiência libertária e democrática. A solução de Kelsen, progressista dentro da tradição austríaca, evidencia-se como involutiva quando comparada com a *judicial review*, e contra ela é possível opor os mesmos argumentos que ele tão bem manejou contra Schmitt.

Anos mais tarde, quando já residia e lecionava nos Estados Unidos, é que o autor da teoria pura do direito, ao fazer um estudo comparado das Constituições austríaca e americana,

apresenta ligeira apreciação sobre o sistema americano (*Judicial review*), baseado no controle difuso e concreto, no qual as arguições de inconstitucionalidade são produzidas e decididas incidentalmente, no curso de um caso em que se alega lesão a um direito subjetivo. Sua apreciação é negativa: "a desvantagem desta solução" (a solução americana) "consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei, e que portanto um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro órgão rejeitará sua aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição" (ver "O controle judicial de constitucionalidade").

5. Não são poucos, nem de pequena monta, os problemas teóricos envolvidos na criação do controle concentrado de constitucionalidade. O primeiro deles diz respeito à natureza da função jurisdicional, tradicionalmente considerada como correspondendo à aplicação da lei a um caso concreto, e que no controle concentrado pode consistir também no julgamento em tese sobre a constitucionalidade da lei, ou seja, na fixação de um juízo não sobre fatos, mas diretamente sobre normas. O segundo problema – ligado ao primeiro – consiste em saber se essa nova função, assim assumida por um órgão judicial, é na verdade uma função legislativa. Um terceiro problema diz respeito à composição subjetiva da lide (às pessoas legitimadas a dela participar) e à extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (se interpartes ou *erga omnes*). Um quarto, mas não último problema, concerne à ofensa ao princípio do juiz natural, com a consequente diminuição – melhor dizendo, a mutilação – operada, pela instauração do controle concentrado, sobre o poder ordinário dos juízes e dos tribunais comuns.

declaratória de constitucionalidade¹³; seu objetivo é a destruição do controle difuso. Embora não reivindique a interpretação autêntica da lei para um presidente que já dispõe de poderes ditatoriais, ela pouco difere da posição de Carl Schmitt: basta-lhe uma corte suprema que tem sede na capital, formada por exíguo número de ministros, que à semelhança do procurador-geral da República são nomeados pelo executivo.

Aos governos que agridem diariamente a Constituição interessa um sistema concentrado, que na verdade representa a contenção do controle de constitucionalidade. Não é possível, sem dano à Constituição, evitar que as pessoas possam defender, no juízo do seu domicílio, direitos feridos por ato inconstitucional: o controle difuso de constitucionalidade decorre da natureza das coisas. Em sua consagrada obra sobre *Hermenêutica e aplicação do Direito* o grande Carlos Maximiliano cita Jean Cruet: "A tendência racional para reduzir o juiz a uma função puramente automática apesar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnóstico, tem sempre e por toda parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial." Ao êxito aparente e transitório dos autoritarismos sucederá, sempre, a reafirmação das liberdades.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA
Santos, julho de 2001

ação em que a matéria de constitucionalidade seja prejudicial); e b) não incidental (ex. mandado de segurança, mandado de injunção). 2. controle concreto concentrado (ex. recurso extraordinário, ação direta de inconstitucionalidade por omissão). 3. controle abstrato difuso (exemplos no direito comparado). 4. controle abstrato concentrado (ação direta de inconstitucionalidade).

13. A assim chamada "ação declaratória de constitucionalidade", criada pela emenda constitucional n.º 3/1993, é na verdade ratificação de natureza legislativa, medida de bloqueio do controle de constitucionalidade. A emenda n.º 3/1993 é inconstitucional, pois ao constituinte derivado falece o poder de vulnerar o sistema de controle instituído, pela Constituição, para sua própria proteção.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

**A jurisdição constitucional e
administrativa a serviço do Estado
federativo segundo a nova
Constituição federal austríaca
de 1.º de outubro de 1920***

* "Verfassungs-und Verwaltunggerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1 Oktober 1920"; publicado originalmente em *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, XLII (1923-1924), pp. 173-217.

I.

A República da Áustria, que substituiu a monarquia austríaca juntamente com os Estados tcheco-eslovaco, polonês e iugoslavo, tinha originalmente a Constituição de um Estado unitário centralista. A “Resolução sobre as instituições fundamentais do poder do Estado, de 30 de outubro de 1918” – a primeira Constituição provisória da então ainda autodenominada “Áustria alemã” – conferiu todo o poder legislativo à Assembléia Nacional Provisória, e o executivo a um Conselho de Estado de vinte membros, eleito dentre o conjunto da Assembléia. Contudo, simultaneamente a essa Constituição centralista – que fora promulgada pelos representantes de todo o povo alemão da antiga Áustria e através da qual a Áustria alemã se constituía como Estado pela primeira vez –, as assembleias estaduais provisórias ou parlamentos estaduais, que se haviam formado de modo revolucionário nos estados [*Länder*] da Coroa da antiga Áustria habitados por alemães, tinham promulgado Constituições estaduais que reservavam aos estados tanto poder legislativo como executivo. O poder legislativo era atribuído às assembleias ou parlamentos estaduais, o executivo aos governos estaduais eleitos dentre aqueles órgãos legislativos. Do ponto

de vista dessas Constituições estaduais, a Áustria alemã não deveria ser propriamente um Estado unitário, mas sim uma espécie de confederação de estados a ser criada através de um acordo entre todos esses estados. Segundo essa concepção, junto com as Constituições estaduais foram feitas as assim-chamadas declarações de adesão, nas quais os estados – com efeito, não todos – afirmavam sua vontade de fazer parte da Áustria alemã como membros; conseqüentemente, o todo que abrangia o conjunto dos estados deveria possuir apenas o tanto de poder legislativo e executivo que não estivesse reservado pelos estados a si mesmos em suas Constituições. Portanto, entre as premissas que basearam a resolução da Assembléia Nacional Provisória sobre as instituições fundamentais do poder do Estado e as que resultaram nas Constituições estaduais provisórias existiu desde o início uma completa contradição. Pois do ponto de vista da mencionada resolução, a Áustria alemã já estava constituída, e como Estado unitário, não necessitando por isso de nenhum acordo dos estados, nem havendo qualquer espaço para tal; os estados só podiam ser constituídos legalmente como províncias autônomas através de lei da Assembléia Nacional Provisória e só podiam pretender a competência executiva e legislativa que lhes fosse outorgada pela lei do Estado. Essa contradição entre os princípios do Estado unitário e da confederação de estados pode na verdade não ter sido prevista em sua plena significação e ter sido apenas o resultado de um ato de fundação errôneo no plano técnico-jurídico. De fato, a contradição foi superada na medida em que, através de uma lei aprovada pela Assembléia Nacional Provisória em 18 de novembro de 1918 – chamava-se significativamente “Lei sobre a assunção do poder estatal nos estados” – foi legitimada *a posteriori* a criação revolucionária dos estados, ou seja, foram reconhecidas as assembléias estaduais, a que se concedeu um certo direito legislativo, e sujeitaram-se os governos estaduais

ao governo central. O antagonismo político, contudo, não foi de modo algum eliminado com tais medidas, continuando a ameaçar o desenvolvimento da jovem república.

No referido antagonismo, em última análise, encontra-se o motivo para que a Constituição definitiva da Áustria alemã – que foi obrigada pelo Tratado de St. Germain a chamar-se simplesmente Áustria – tenha vindo a ser uma Constituição de Estado federativo, eis que a característica desta é justamente combinar formas federalistas com uma garantia suficiente para a unidade de um todo que reúne e organiza os membros. A Constituição definitiva, a “Lei de 1º de outubro de 1920, com a qual a República da Áustria se constitui em Estado federativo”, foi aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte (que havia substituído a Assembléia Provisória), pouco antes do término de seu mandato. *A Constituição federal austríaca é, assim, a lei de um Estado unitário que se transformou em Estado federativo.* Isso diferencia a Constituição federal austríaca das Constituições da maioria dos outros Estados federativos, que surgiram mediante a união voluntária de estados até então fundamentalmente autônomos, sujeitos apenas à ordem jurídica internacional. Se a Constituição federal se efetiva em plena continuidade jurídica como lei de um Estado unitário, não se pode duvidar de que o fundamento da validade das Constituições dos assim-chamados estados-membros repousa, em última análise, na vontade do Estado unitário; nesse caso não é possível falar em soberania plena ou parcial dos estados-membros, cuja competência legislativa e executiva é suficientemente derivada da Constituição federal, sendo também por ela concedida. Àquele que quisesse pôr em dúvida se um Estado federativo pode realmente formar-se dessa maneira, poderíamos contrapor que, segundo a conceituação usual, pertence à essência do Estado federativo – diversamente da confederação de Estados – que ele se fundamente numa *Constituição*, e não

em tratados internacionais; pois em nenhum outro caso a base jurídica é exclusivamente a lei – e de modo algum o tratado – como justamente no caso em que tal base surge do Estado unitário. E como entre uma Constituição federal que surge como lei de um Estado unitário e uma Constituição acordada por estados até então autônomos não precisa existir diferença de conteúdo jurídico – pois a lei pode possuir o mesmo conteúdo que o acordo – seria preciso limitar o conceito de Estado federativo ao momento histórico do processo de formação; isso nos obrigaria, porém, a readotar como base jurídica justamente o acordo, o qual dificilmente poderia ser concebido como outra coisa que não um tratado internacional. Com isso estaríamos renunciando à diferenciação com a confederação de Estados, ou seja, ao conceito específico de Estado federativo. Não nos resta outra possibilidade, portanto, senão a de caracterizar o Estado federativo em termos de conteúdo jurídico e concebê-lo como um caso particular, no âmbito técnico-organizacional, de um Estado pensável somente como Estado unitário. *O Estado federativo é um estado organizado federativamente de uma maneira específica.*

A peculiaridade técnico-organizacional do tipo constitucional designado como “Estado federativo” consiste em que os poderes legislativo e executivo estão divididos entre um órgão central com competência para todo o território nacional (o todo do Estado), chamado “União”, “Reich” etc., e vários órgãos locais com competência apenas para porções do território, chamados estados-membros, *Länder*, cantões, etc., sendo que na atividade legislativa do todo (eventualmente também na executiva) tomam parte representantes dos membros convocados direta (eleitos pelo povo da porção do território) ou indiretamente (eleitos pelos parlamentos locais ou designados pelos governos respectivos). Nesse sentido a Áustria é, a partir da Constituição de 1920, um legítimo Estado federativo.

A divisão dos poderes legislativo e executivo entre a União e os estados se dá, segundo a Constituição federal, de maneira que se distingam quatro grupos de matérias: 1) aquelas a respeito das quais ambos os poderes cabem à União; 2) aquelas para as quais a União tem o poder legislativo, enquanto o executivo cabe aos estados; nessas matérias, porém, a União possui também o direito de editar decretos, diminuindo correspondentemente a competência executiva dos estados; 3) as matérias que a União só pode regular legalmente segundo os princípios, cabendo aos estados editar as leis de execução, bem como todo o poder executivo. A faculdade de emitir leis de execução, contudo, pode ser devolvida à União caso um estado não promulgue a necessária lei de execução dentro do prazo previsto na lei federal de princípio; 4) todas as matérias que não estejam reservadas exclusivamente à competência legislativa ou executiva da União ficam na esfera de atividade autônoma dos estados. A essa esfera pertencem, portanto, as matérias a respeito das quais o estado tem faculdade executiva, mas não legislativa (e regulamentar), depois aquelas em que o estado edita as leis de execução para as suas próprias leis de princípio, cabendo-lhe toda a competência executiva, e finalmente aquelas em que ambas as competências, legislativa e executiva, cabem ao estado. Essa última esfera é muito pequena, e portanto também o é o poder de legislação do estado, ao passo que a competência legislativa da União é bem grande. Em contrapartida, o âmbito da competência executiva do estado é relativamente extenso, porém particularmente característico é o fato de que as esferas da competência legislativa da União e dos estados não coincidem com as respectivas esferas de competência executiva. A União possui muito mais poder legislativo do que executivo, acontecendo o inverso com o estado. Com isso, em numerosas e importantes matérias, a competência executiva está separada do local que possui a competência legislativa; o

estado executa leis federais dentro de uma esfera autônoma de atividade. A causa dessa situação foi o esforço realizado, a fim de proteger a unidade do direito, de trazer o máximo possível de matérias para a competência legislativa da União; os estados, a quem era atribuído mais poder executivo do que legislativo, não ofereceram resistência, com a condição de que lhes deixassem intocado o primeiro.

O titular do poder legislativo federal é o Conselho Nacional [*Nationalrat*], eleito com voto geral, igual, secreto, direto e pessoal, em sistema eleitoral proporcional. Têm direito a votar todos os cidadãos da federação, sem distinção de sexo, que tenham completado vinte anos de idade. Para a elegibilidade é necessária a idade de 24 anos. O titular do poder legislativo estadual é, segundo as determinações da Constituição federal, *a qual regula as características básicas da atividade legislativa e executiva dos estados, o Parlamento Estadual* [*Landtag*], que deve ser eleito basicamente segundo o mesmo direito eleitoral que o Conselho Nacional. Os estados tomam parte na atividade legislativa da federação através do *Conselho Federal* [*Bundesrat*]. Os componentes desse Conselho são eleitos pelos parlamentos estaduais – não necessariamente dentre os membros destes. No Conselho Federal os estados não estão representados simetricamente, mas sim na proporção do número de cidadãos domiciliados em cada um. O estado com o maior número de cidadãos (Viena) envia doze membros, e os demais enviam tantos quantos correspondam à relação da sua quantidade de cidadãos com a quantidade do maior estado. Todos os estados, porém, têm direito a uma representação mínima de três membros. Nessa medida, portanto, o princípio da representação proporcional dos estados é limitado. A eleição do Conselho Federal faz-se conforme o sistema proporcional. Não simplesmente a maioria do Parlamento estadual – e portanto não exatamente o estado enquanto tal – mas sim todos

os partidos políticos ali presentes (desde que com uma força mínima) estão representados proporcionalmente no Conselho Federal. Também esse sistema proporcional é limitado, na medida em que o partido que tenha o segundo maior número de cadeiras no Parlamento estadual deve obrigatoriamente receber um mandato no Conselho Federal, ainda quando, por sua força, não lhe coubesse nenhum mandato. Para cada membro do Conselho Federal é eleito também um suplente. Toda essa matéria é regulada pela Constituição federal.

No processo legislativo federal o Conselho Federal não está no mesmo plano que o Conselho Nacional. O primeiro – como o próprio Conselho Nacional, o governo federal e 200.000 eleitores, ou a metade dos eleitores de três estados – tem o direito de apresentar projetos de lei, que são então discutidos no Conselho Nacional. Para uma lei federal é necessária uma resolução do Conselho Nacional. Ao Conselho Federal cabe apenas um poder de veto suspensivo contra as deliberações legislativas do Conselho Nacional – e nem sequer contra todas. Toda deliberação legislativa do Conselho Nacional deve ser comunicada ao Conselho Federal, o qual tem, dentro de oito semanas, o direito de levantar uma objeção provida de fundamentação. Como efeito dessa objeção, o Conselho Nacional precisa, com a presença de pelo menos metade de seus membros – basta porém a maioria simples – repetir a deliberação, a fim de que ela seja sancionada e publicada pelo presidente federal, tornando-se lei. Contra deliberações legislativas concernentes ao orçamento federal, ao regimento do Conselho Nacional, à sua dissolução, etc., não cabe ao Conselho Federal qualquer direito de veto. Em contrapartida este pode, excepcionalmente, ter até mesmo um poder de aprovação, como no caso de uma lei constitucional que modifique a composição do próprio Conselho Federal. A colaboração deste, todavia, não é referida na publicação, que menciona apenas a deliberação do Conselho Nacional (ou o

resultado da consulta popular, quando tenha ocorrido: ela é obrigatória apenas em caso de uma modificação total da Constituição federal, sendo facultativa para deliberações legislativas ordinárias do Conselho Nacional, ocorrendo por decisão dele ou requerimento da maioria de seus componentes; para edição de leis constitucionais, por requerimento de um terço dos membros do Conselho Nacional ou do Conselho Federal). O exercício da atividade legislativa estadual é regulado pela Constituição federal por analogia com o processo legislativo federal. Em lugar do Conselho Federal é o governo federal – a quem devem ser apresentadas todas as deliberações legislativas estaduais – que possui aqui um direito de objeção meramente suspensivo e de prazo limitado. Em relação às leis estaduais que confiam a atividade executiva a autoridades federais, o governo federal possui até mesmo um direito de aprovação. Assim, *a atividade legislativa do estado é em grande medida determinada pela Constituição federal*, tanto em relação às *matérias* sobre as quais pode ser exercitada, quanto em relação às *formas* que deve assumir.

Através do Conselho Federal é assegurada aos estados uma participação na atividade legislativa da União. Excepcionalmente, porém, o Conselho Federal possui também certas atribuições executivas: elege junto com o Conselho Nacional (formando a Assembléia Federal – *Bundesversammlung*) o presidente federal, e também participa quando a Assembléia Federal deve declarar guerra, responsabilizar politicamente o presidente federal e admitir o correspondente processo judicial. Não tem, porém, qualquer influência na formação do governo federal, que é escolhido exclusivamente pelo Conselho Nacional, sendo responsável apenas perante este. Por outro lado, concorre de forma paritária com o Conselho Nacional na nomeação dos membros dos dois *tribunais de direito público* mais altos – a Corte Constitucional [*Verfassungsgerichtshof*] e a Corte Administrativa [*Verwaltungsgerichtshof*]. O moti-

vo é que à *jurisdição constitucional e administrativa é atribuído um papel importante na relação jurídica entre a União e os estados*. À aprovação do Conselho Federal, por fim, está condicionado o ato de governo pelo qual o presidente federal – por requerimento do governo federal – dissolve um Parlamento estadual.

De resto, a atividade executiva da União permanece, na instância suprema – com exceção de certos atos indicados especificamente na Constituição, confiados ao presidente federal – com o governo federal escolhido pelo Conselho Nacional, tendo à frente o chanceler federal [*Bundeskanzler*]; a atividade executiva do estado fica com o governo estadual eleito pelo Parlamento estadual e responsável perante ele, tendo o chefe estadual [*Landeshauptmann*] à frente. Nas instâncias médias e inferiores, a atuação executiva da União se exerce ou através de órgãos federais autônomos ou através dos órgãos dos estados, na sua esfera de atividade. Aqui a Constituição fala de administração federal indireta. Uma vez que os estados têm, como é de supor, um certo interesse em que a atuação executiva federal nos seus territórios se exerça o máximo possível através dos órgãos estaduais, a esfera das matérias para as quais podem ser erigidas autoridades federais próprias nos estados é delimitada por lei constitucional, podendo somente ser alargada com a aprovação do estado em que se deve instituir uma nova autoridade executiva direta. Nos estados, portanto, coexistem lado a lado (não incluindo os tribunais, que são via de regra órgãos federais diretos) dois aparelhos administrativos: as autoridades administrativas estaduais e diversos órgãos da administração federal direta, como autoridades dos transportes, fazendárias ou militares. O aparelho administrativo estadual atua em qualidade dupla: como titular da administração estadual autônoma e como titular da administração federal indireta. A diferença das duas funções se manifesta no fato de que na esfera de

atividade dos estados a cadeia de instâncias termina no governo estadual – enquanto órgão administrativo supremo no estado – ao passo que nas matérias do âmbito da atividade atribuída ao estado pela União, ou seja, da chamada administração federal indireta, vai até o ministério federal, tendo o governo federal – vale dizer cada ministro isoladamente – um direito de supervisão e instrução perante a instância intermediária. Esta é constituída não pelo *governo estadual* colegiado, mas pelo *chefe estadual*, que é o órgão do estado encarregado da administração federal indireta. Somente ele pode ser questionado pelo governo federal, e não os outros órgãos estaduais subordinados que, sob sua direção, se ocupam da administração federal indireta (chefes distritais, municipais). Apenas o chefe estadual, portanto, enquanto titular da administração federal indireta, é responsável perante o governo federal. Desse modo, a conformidade da administração federal indireta com as leis federais é garantida pela cadeia de instâncias que vai até o ministério federal, pelo direito de supervisão e instrução do governo federal e pela responsabilidade do chefe estadual, que o governo federal pode fazer valer perante a Corte Constitucional. Contudo, a administração estadual autônoma também deve em larga medida executar leis federais, eis que à esfera de atividade autônoma do estado pertencem muitas matérias a respeito das quais cabe à União legislar, e ao estado apenas executar – porém enquanto administração estadual autônoma. Como nessas matérias a cadeia de instâncias termina no governo estadual e o governo federal não possui nenhum direito de supervisão e instrução junto ao estado, não tendo praticamente significado algum a responsabilidade do governo estadual perante o Parlamento estadual – que interesse teria este na observação das leis *federais*? – existe a necessidade de uma *garantia especial* de que a *execução das leis federais*, na medida em que caia na esfera de atividade autônoma do

estado, portanto na esfera do governo estadual, seja realmente legal. Tal garantia é oferecida pela *jurisdição administrativa*.

II.

Do fato de ser a Constituição federal, do ponto de vista do princípio puro do Estado federativo, determinante para as Constituições estaduais numa medida inusitadamente extensa – há uma seção própria da Constituição federal dedicada à “atividade legislativa e executiva dos estados”, de modo que sobretudo a atividade legislativa estadual é determinada constitucionalmente na dupla direção mencionada acima – mas também do fato de que a atividade administrativa autônoma dos estados é em grande parte, se não na maior parte, a execução de leis federais, resulta o problema técnico-jurídico de um controle da constitucionalidade da legislação estadual e da conformidade da administração estadual com as leis federais. Se contemplamos a essência do Estado federativo no momento técnico-organizacional caracterizado anteriormente, e nos libertamos de todas as teorias do Estado federativo determinadas por considerações mais histórico-políticas do que teórico-jurídicas, fundadas sobre a essência da “soberania” ou do “Estado” e geralmente contraditórias em si mesmas¹, não é possível considerarmos que tal controle jurídico sobre a atividade legislativa e executiva dos estados esteja em contradição com a natureza do Estado federativo. No máximo poderia ser discutível – e mesmo isso apenas sob um ponto de vista técnico-organizacional – se o necessário controle jurídico deve ser exercido por órgãos da

1. Cf. sobre isso o meu: *Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920. [Trad. bras. *O problema da soberania*, São Paulo, Martins Fontes, em preparação.]

União, por órgãos dos estados ou por órgãos comuns a ambos. Isso quer dizer que se pode apenas analisar se neste ou naquele caso o princípio federativo já foi abandonado e se atingiu um elevado grau de centralismo. É evidente, porém, que não se trata aqui de limites rígidos. Deve-se considerar que a pergunta sobre quando um órgão é federal ou estadual pode ser respondida segundo critérios bastante diversos, e que resolver o problema num sentido ou no outro é questão de um construto mais ou menos arbitrário. Isso se mostra particularmente claro na Constituição austríaca. O controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis estaduais e sobre a conformidade da administração estadual com as leis federais está confiado à Corte Constitucional e à Corte Administrativa. Como a jurisdição é de competência federal, ambas as cortes podem – do ponto de vista da função material – ser compreendidas como órgãos federais, podendo-se por isso afirmar que é a União que exerce o mencionado controle sobre os estados. Se porém contemplamos o modo como essas cortes são formadas e como são nomeados seus membros, podemos chegar a outras conclusões. A Corte Constitucional compõe-se de um presidente, um vice-presidente, doze membros e quatro suplentes. Presidente, vice-presidente e metade dos membros e suplentes são eleitos pelo Conselho Federal. Ora, é precisamente nessa participação do Conselho Federal na nomeação de metade dos membros da Corte Constitucional que a Constituição federal expressa o legítimo interesse dos estados na atividade dessa Corte. O mesmo ocorre na formação da Corte Administrativa, cujos membros porém não são eleitos – eis que se trata (diferentemente da Corte Constitucional) de juizes de carreira – mas sim nomeados pelo presidente federal por proposta do governo federal. A nomeação do presidente e da metade dos membros requer, todavia, a aprovação da Comissão Principal [*Hauptausschuss*] do Conselho Nacional, e a nomeação do

vice-presidente e da outra metade, a aprovação do Conselho Federal. De fato, a influência exercida pela Câmara do Povo e Câmaras Estaduais sobre a Corte Administrativa não é nem um pouco menor do que sua influência em relação à Corte Constitucional. Do ponto de vista da nomeação pode-se considerar ambas as cortes como órgãos comuns da União e dos estados, não aparecendo portanto sob uma luz totalmente centralista o controle jurídico que exercem sobre estas.

O controle sobre a atividade legislativa e administrativa dos estados, que é resultante da particularidade organizacional do Estado federativo, insere-se no controle geral que ambas as cortes de direito público devem exercer sobre toda a atividade legislativa e executiva, ou seja, não apenas tendo em vista a conformidade da legislação *estadual* com a Constituição *federal*, mas a constitucionalidade da legislação como um todo – portanto também das leis federais –, e não apenas uma conformidade da administração *estadual* com as leis *federais*, mas a legalidade de toda a administração – portanto também da federal. Por esse meio o controle exercido pela Corte Constitucional e pela Corte Administrativa sobre os estados também perde a aparência de unilateralidade; tanto mais que a Constituição observa a esse propósito uma certa *reciprocidade*, na medida em que concede à União uma iniciativa de controle sobre os estados e a estes uma iniciativa de controle sobre a União.

A clara distinção entre jurisdição constitucional e administrativa feita pela Constituição austríaca, que destina a essas duas funções duas cortes diferentes, tem provavelmente explicação em que a Constituição – recebendo a herança da velha Áustria – encontrou-se com os dois tribunais já prontos, e no empenho por conservar instituições antigas e testadas; não viu motivo para unificá-los. Também deve ter sido decisivo o fato de que já o velho Tribunal do Império [*Reichsgericht*], cujo continuador foi a Corte Constitucional, oferecia aos parti-

dos políticos a possibilidade de uma influência proporcional na sua composição, o que, em relação às suas competências de grande relevo político, como a proteção de direitos garantidos constitucionalmente, em particular o direito de voto, tinha suma importância. Como pelo menos uma parte dos membros da Corte Constitucional é de fato nomeada com base na indicação dos partidos políticos, esse órgão adquire um caráter arbitral. No caso da Corte Administrativa, que é composta por juizes de carreira, tal matiz partidário não é possível nessa medida, tampouco necessário com respeito à competência em questão. No entanto, as considerações que conduzem à existência de duas cortes de direito público não são, de modo algum, somente histórico-políticas. Entre a jurisdição constitucional e a administrativa existe uma distinção teórico-jurídica fundamental, que justifica também uma diferenciação técnico-jurídica das duas funções. Trata-se da distinção entre a constitucionalidade dos atos jurídicos, e sua mera conformidade às leis. Essa diferença naturalmente pressupõe a existência de uma Constituição no sentido formal, ou seja, de normas particularmente qualificadas com respeito à formação e modificação daqueles atos. A Constituição austríaca prescreve para leis constitucionais, além de um *quorum* elevado e uma maioria de dois terços, a expressa denominação de “lei constitucional”. Como leis constitucionais referem-se antes de tudo ao próprio ato legislativo – Constituição no sentido material significa antes de tudo normas sobre a produção da *ordem* jurídica – a constitucionalidade interessa principalmente ao ato jurídico de legislar: a norma constitucional é aplicada ao processo no qual surgem as leis. Num Estado federativo, porém, onde existem duas instâncias entre as quais são divididas as matérias legislativas, a Constituição em sentido formal assume também essa competência divisória, e portanto a questão da constitucionalidade refere-se também ao conteúdo das leis. Assim, em todo caso, é a *lei* que

deve ter sua constitucionalidade verificada, e a jurisdição constitucional é sobretudo *controle da constitucionalidade das leis*. Leis constitucionais no sentido formal, contudo, normatizam não apenas o processo legislativo, mas também de modo direto outros objetos particularmente importantes para os quais parece ser desejável uma regulação firme, insuscetível de fácil modificação. Aí, a concretização do direito no ato individual de sua aplicação ocorre diretamente com base na lei constitucional, sem que entre esta e o ato administrativo concreto se insira uma lei ordinária. O ato administrativo portanto traz diretamente em si o caráter de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A jurisdição constitucional, enquanto *controle de atos administrativos*, significa uma jurisdição administrativa especial, diferenciando-se da jurisdição administrativa geral apenas porque controla exatamente a *constitucionalidade* do ato, e não sua simples conformidade à lei.

Neste sentido, o *controle da legalidade de decretos* também é um ato de jurisdição administrativa, pois por um lado o decreto vale tradicionalmente como ato de administração, e por outro lado apenas a conformidade desse ato à lei – isto é, sua legalidade – está sujeita ao controle, e não diretamente a sua constitucionalidade. Decerto que o princípio da legalidade de todo decreto está, via de regra, estabelecido por lei constitucional formal, o que também acontece frequentemente com relação a todo ato executivo. Assim, toda ilegalidade de um ato administrativo seria indiretamente também uma inconstitucionalidade. O limite teórico-jurídico entre jurisdição constitucional e jurisdição administrativa resulta, portanto, apenas da diferença entre constitucionalidade direta e indireta.

A divisão de competências que a Constituição austríaca estabeleceu entre a Corte Constitucional e a Corte Administrativa corresponde à diferenciação exposta acima, na medida em que o controle de constitucionalidade de leis e atos admi-

nistrativos individuais – estes últimos desde que sejam determinados diretamente pela Constituição – está confiado à Corte Constitucional. Dentro da competência desse órgão, contudo, incluem-se também aquelas matérias sobre as quais ele decide como Corte Administrativa, na medida em que precisa meramente verificar a legalidade de atos administrativos. Isso vale particularmente para a alçada da Corte Constitucional quanto ao controle de decretos, emitidos geralmente com base em leis ordinárias e só excepcionalmente com base na Constituição ou em leis constitucionais especiais. Neste último caso, evidentemente, o controle de decretos significa jurisdição constitucional. Porém há outras competências da Corte Constitucional que representam limitações da competência geral da Corte Administrativa; trata-se fundamentalmente das matérias que, dada sua especial importância política, estão confiadas à Corte Constitucional, particularmente qualificada para tratá-las por sua composição de corte política.

Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a *inconstitucionalidade das leis*, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas. A estes, segundo a Constituição austríaca e a maioria das outras Constituições, está vedado o controle das leis, ainda que certo – e não poderia ser de outra forma – não completamente. Uma possibilidade mínima de controle deve existir, pois as autoridades estão obrigadas a aplicar as leis e para isso devem verificar se estão de fato diante de uma lei, ou seja, se aquilo que se apresenta como lei corresponde ao menos a certos requisitos mínimos. Assim, via de regra, são subtraídos ao controle dos órgãos aplicadores do direito apenas requisitos de constitucionalidade bastante específicos, ou seja, os primeiros e mais importantes estágios da formação da lei. A esse âmbito pertence particularmente a questão sobre se a lei

efetivamente proveio do órgão legislativo, foi devidamente aprovada, e atendeu às condições especialíssimas pertinentes à lei constitucional formal.

Em contrapartida, não é por via de regra – e assim está na Constituição austríaca – subtraído ao juízo ordinário o controle da devida publicação da lei. O juiz somente pode aplicar como lei o que – segundo o seu julgamento – foi publicado devidamente como lei, ou seja, segundo os preceitos da Constituição.

Tal limitação do direito de controle tem como conseqüência que as disposições constitucionais sobre a formação das leis perdem não apenas uma importante garantia de sua eficácia, mas também o seu próprio significado. Na medida em que os tribunais e as autoridades administrativas têm a obrigação de aplicar, como leis, normas que não correspondem a todas ou nem sequer às mais importantes exigências que a Constituição estabelece para as leis, na medida em que instrumentos que não correspondem a tais exigências não podem, apesar disso, ser considerados nulos, as leis que estabelecem essas exigências ou são *leges imperfectae*, isto é, têm um conteúdo juridicamente não-obrigatório, ou então sua violação tem como efeito somente a punição dos órgãos responsáveis pela sua observância. A responsabilidade ministerial é a única garantia nesses casos, embora de todo insuficiente.

Num Estado federativo, porém, em que a competência legislativa está constitucionalmente dividida entre duas instâncias, a limitação do direito de controle das leis possui ainda outro significado. Aqui a intromissão inconstitucional da legislação do Estado central na competência do estado-membro, ou vice-versa, leva a um conflito entre a lei federal e a estadual, o qual – na ausência de um direito de controle por parte dos órgãos aplicadores do direito – só pode ser resolvido pelo princípio da *lex posterior*. Se deve valer o presumido princípio característico do Estado federativo, pelo qual o direito nacional prevalece sobre o direito estadual, os órgãos executi-

vos precisam examinar as “leis” à sua disposição ao menos com base nesse preceito jurídico constitucional, e de acordo com ele ser autorizados a considerar nulas as leis estaduais que estiverem em contradição – isso também deve ser “controlado” – em face das leis nacionais. A Constituição austríaca *não* expressou o princípio “o direito nacional prevalece sobre o direito estadual”. Ela vedou aos órgãos executivos o controle das leis – excetuado o controle pelos tribunais quanto à devida publicação – porém incumbiu a Corte Constitucional de anular leis inconstitucionais, tanto federais como estaduais. Na esfera dos tribunais ordinários e dos demais órgãos executivos vigora portanto para a relação entre leis federais e estaduais o princípio da *lex posterior*, porém para a Corte Constitucional vale o princípio da constitucionalidade e não aquele outro bastante problemático, segundo o qual sempre e sob quaisquer circunstâncias a lei que dispõe para o todo deve prevalecer sobre aquela que dispõe apenas para a parte. Esse princípio deve ser qualificado como problemático justamente do ponto de vista da idéia de Estado federativo, pois simplesmente cancela o limite constitucional entre União e estados, essencial para o Estado federativo. Deve prevalecer também sobre as leis estaduais, emanadas dentro do limite constitucional de competências, a lei nacional inconstitucional, que intervém na competência dos estados e entra em conflito com leis estaduais? Isso colocaria em questão toda a existência da Constituição federal. Não se deve apelar aqui para a competência exclusiva da União. Se a delimitação de competências entre União e estados se dá através da Constituição *federal* – como é o caso na Áustria – o limite pode ser movido a favor da União pela lei federal – mas não por lei *estadual!* – que modifique a Constituição. Porém é inadmissível que uma lei federal ordinária invada o âmbito de competência garantido constitucionalmente ao estado, e não menos inadmissível que uma lei estadual regule matérias constitucionalmente reservadas

à União. Na obediência à Constituição encontra-se a única garantia de manter-se a competência legislativa do estado ante a União.

A solução que a Constituição austríaca deu ao conflito entre lei federal e lei estadual parece, assim, ser também adequada ao princípio do Estado federativo. Não é a lei federal enquanto tal que prevalece sobre a estadual, mas sim a lei constitucional sobre a inconstitucional, não interessando se é lei federal ou estadual.

O processo de exame de uma lei pode ser iniciado a pedido do governo *federal*, contudo apenas com relação a uma lei *estadual*, e a pedido do governo *estadual* apenas com relação a uma lei *federal*. Por fim, a Corte Constitucional pode examinar de ofício a constitucionalidade de qualquer lei, desde que ela seja pressuposto para a decisão de um litígio sujeito à sua apreciação. O governo federal e cada governo estadual estão respectivamente habilitados a requerer o exame e a anulação, por inconstitucionalidade, de uma lei estadual ou federal, sem que necessitem comprovar um interesse particular ferido pela lei impugnada. O que União e estados fazem valer com tal requerimento — num controle recíproco — é o interesse na constitucionalidade. Todo estado tem o direito de impugnação de qualquer lei federal, ainda que eventualmente esta valha apenas para um estado, e ainda que se trate de outro estado. O mesmo pode fazer a União em relação a qualquer lei estadual e em razão de qualquer inconstitucionalidade. A inconformidade da lei de um estado com a sua própria *Constituição estadual* também pode ser impugnada pela União diante da Corte Constitucional. O pedido pode ser apresentado a qualquer tempo, e independe de prazo. Em particular, também podem ser impugnadas por inconstitucionalidade as leis nacionais e estaduais recebidas da antiga monarquia, válidas agora como leis federais e estaduais com base numa cláusula especial de recepção inserta na “Resolução

sobre as instituições fundamentais do poder do Estado, de 30 de outubro de 1918”, e de uma disposição especial da lei constitucional de 1º de outubro de 1920, concernente à transição para a Constituição de Estado federativo. Para essas leis, naturalmente, deve atuar como critério de avaliação a Constituição vigente quando da sua promulgação. Caso a Corte Constitucional queira examinar de ofício a constitucionalidade de uma lei que seja pressuposto para uma decisão sua, deve suspender o processo quanto à matéria litigiosa pendente, e iniciar o exame de constitucionalidade. Uma lei pode ser pressuposto de uma decisão em graus muito variados. Cabe à Corte decidir, segundo sua própria discricção, se existe ou não a necessidade de exame. Embora o exame possa ser efetuado *de ofício*, os partidos são livres para provocar a Corte quanto à inconstitucionalidade de uma lei a ser aplicada num caso concreto. Justamente essa possibilidade de exame de ofício da lei tem a maior importância prática, e de modo especial faz da Corte um garante da Constituição.

A inconstitucionalidade de uma lei pode consistir em que não tenham sido observadas as prescrições para sua elaboração ou em que seu conteúdo fira as disposições sobre competência. A diferença de princípio entre as leis federais e estaduais, derivada da competência exclusiva da União, consiste em que as primeiras, tendo se formado constitucionalmente, jamais podem ser inconstitucionais, mesmo que ultrapassem o limite de competência traçado pela Constituição federal, pois mediante uma lei federal que altere a Constituição esse limite pode ser movido; se uma lei federal satisfaz as condições de alteração da Constituição, a Corte Constitucional nada lhe pode opor. Uma lei estadual, ao contrário, ainda que adotada como *lei constitucional do estado*, nunca pode invadir constitucionalmente a competência da União, pois uma alteração da Constituição – a qual regula os limites de competência – somente pode acontecer através de lei federal, nunca de lei estadual.

Caso a Corte Constitucional reconheça como inconstitucional a lei examinada, deve anulá-la. A anulação pode se referir a toda a lei ou apenas a algumas de suas disposições. É particularmente característico da importância da Corte Constitucional austríaca que a Constituição concede efeito anulatório diretamente à sua *decisão*. Uma lei só é anulada por decisão judicial. Tal efeito, naturalmente, só se realiza com a publicação da decisão anulatória, assim como a eficácia jurídica de uma lei só se inicia com sua publicação. A publicação é obrigação do chanceler federal, quanto às leis federais, e do chefe estadual quanto às leis estaduais, sendo feita respectivamente no *Diário Oficial* federal ou estadual. Em sua decisão a Corte Constitucional pode estabelecer um prazo para a invalidação da lei, o qual não pode ultrapassar seis meses. A decisão opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, e a lei inconstitucional, até então válida, é *anulada*. Os atos até então postos em vigor com base nessa lei não são, portanto, tocados pela anulação. Um certo efeito retroativo pode ocorrer, naturalmente, apenas na medida em que a Corte Constitucional, quando examina e anula de ofício uma lei que em seu entender é pressuposto para uma decisão sua, não tem mais que aplicar a lei anulada ao caso pendente, embora o fato correspondente ao mérito da questão haja ocorrido quando a lei, ainda não anulada, estava em vigor. Assim, a decisão da Corte Constitucional, cujo pressuposto é a lei anulada, atua como se a lei já não vigorasse no momento em que se forma o mérito a ser julgado. Na decisão do caso que motivou o exame da lei, portanto, ela é considerada como *nula*. Os outros tribunais e demais órgãos executivos, porém, devem julgar méritos formados quando essa lei ainda vigorava. Essa retroatividade parcial da decisão que anula a lei também é excluída quando a Corte Constitucional estabelece em sua decisão um prazo para a cessação de vigência da lei. Se a própria Corte quer que a lei continue vigoran-

do – ainda que por certo prazo –, seria contraditório se ela mesma não mais a aplicasse. A retroatividade parcial quanto ao caso pendente na Corte Constitucional, motivador do exame da lei, não está de fato expressamente regulada na Constituição, mas pode ser deduzida das disposições existentes a esse respeito, especialmente no caso da expressa regulação da retroatividade na anulação de decretos. (Podemos, nesse contexto, reportar-nos a um caso, especificamente regulado, de retroatividade na anulação de certas leis financeiras e à possibilidade de condenar o estado à perda da participação em certos tributos.) Após a anulação da lei pela Corte Constitucional – desde que uma nova lei não substitua imediatamente a anulada – sobrevém uma situação em que a matéria até então regulada pela lei anulada fica sem regulação. No lugar dos anteriores vínculos jurídicos entra a liberdade. É precisamente por isso que a Constituição concedeu à Corte a possibilidade de estabelecer prazo para a cessação de vigência da lei: para que os agentes legislativos possam, nesse intervalo, preparar uma lei em conformidade com a Constituição. A Corte Constitucional, entretanto, numa decisão em que anulou uma lei estadual, partiu do pressuposto de que após a anulação dessa lei entram novamente em vigor as normas jurídicas que haviam sido por ela revogadas. Porém tal disposição – que sem dúvida seria muito conveniente – não se encontra na Constituição.

O poder da Corte Constitucional para *examinar decretos* e anulá-los, no caso de inconstitucionalidade, é configurado de forma análoga ao poder de controle das leis. Ainda assim há diferenças que não são irrelevantes. Nas Constituições modernas – e assim era na Constituição austríaca pré-federativa – o direito de pelo menos examinar decretos não é retirado ao juízo ordinário. Tinha este a obrigação de não aplicar ao caso concreto, submetido a sua decisão, um decreto que considerasse contrário à lei, ou seja, para aquele caso

devia considerar o decreto como nulo. Porém, para impedir que um decreto não aplicado por um tribunal por sua inconformidade com a lei continue em vigor e assim possa ser aplicado por outros tribunais que tenham opinião jurídica diversa, e até tenha que ser aplicado pelas autoridades administrativas, a Constituição federal, no interesse da unidade e segurança materiais do direito e considerando a importância e a dimensão adquiridas nos últimos anos pelo direito instituído em forma de decretos, adotou a seguinte disposição: se um tribunal, por motivo de inconformidade com a lei, tem dúvidas quanto à aplicação de um decreto, ou seja, se o próprio tribunal é da opinião (não basta uma mera alegação de parte) de que o decreto a ser aplicado no caso concreto é contrário à lei, deve interromper o processo e apresentar à Corte Constitucional o pedido fundamentado de anulação do decreto. Esse pedido não deve ser apresentado pelo tribunal somente quando tenha que aplicar o decreto diretamente no assunto pendente, mas também quando a legalidade do decreto constitua uma questão prejudicial para sua decisão. O pedido é para que o decreto seja anulado em todo o seu conteúdo ou em determinados pontos. O tribunal só poderá então omitir a aplicação direta ou indireta do decreto, isto é, decidir o caso como se o decreto não tivesse sido editado, considerando-o nulo para o caso, quando a Corte Constitucional o anular, ou seja, o eliminar. Trata-se aqui de uma limitação de não pouca importância do até então ilimitado direito de controle de decretos exercido pelos tribunais. A anulação do decreto opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, possuindo força retroativa somente para o caso que motivou o pedido à Corte, e, com isso, a anulação do decreto. Tal retroatividade é necessária para que os tribunais tenham interesse em requerer a anulação de decretos ilegais; de fato, não haveria esse interesse se a anulação do decreto pela Corte Constitucional valesse tão-só para os casos futuros, de

modo que devessem aplicá-lo no caso anterior à anulação. Se chegarmos tão longe, porém, teremos, por motivo de uniformidade, que estender a retroatividade a todos os casos que, embora surgidos ainda sob a vigência do decreto, continuem aguardando decisão após sua anulação pela Corte Constitucional. Se o decreto anulado pela Corte Constitucional deve ser aplicado por um tribunal num caso diferente daquele que levou à anulação (e isso é possível na medida em que se trata do julgamento de um caso surgido sob a vigência do decreto), então tanto esse tribunal como aquele que fez o pedido conducente à anulação estão vinculados ao entendimento da Corte Constitucional, não devendo, como esta, aplicar o decreto ao caso concreto. Também é possível, porém, que o decreto a ser aplicado pelo tribunal tenha deixado de vigorar no momento em que ele deve pronunciar sua decisão, por um outro motivo que não seja sua anulação pela Corte Constitucional. Se o tribunal crê que o decreto é ilegal, seu pedido à Corte Constitucional não deve naturalmente ser de anulação – pois o decreto já está anulado; em vez disso, o tribunal deve pleitear à Corte a declaração de que o decreto era ilegal.

Na possibilidade de que o pedido de anulação de um decreto seja apresentado por tribunais (entre os quais também a Corte Administrativa) reside uma das mais importantes diferenças entre o controle de decretos e o de leis. De resto, o pedido pode ser apresentado pelo governo federal, porém somente por ilegalidade de decretos de uma autoridade estadual, e pelo governo estadual, somente por ilegalidade de decretos de uma autoridade federal. Com respeito à legitimação e à inexistência de prazo vale o mesmo que para o pedido de exame de leis. Por último, a Corte Constitucional também pode decidir de ofício sobre a legalidade de qualquer decreto, desde que ele seja pressuposto de uma decisão sua. Nesse caso, a Corte deve interromper o processo sobre o caso pendente. Reco-

nhecendo o decreto como ilegal, ela o anula, o que obriga a autoridade executiva competente a publicar imediatamente essa anulação. Apenas com tal publicação entra em vigor a anulação. A Corte Constitucional não pode – como na anulação de leis – estabelecer um prazo para a cessação de vigência do decreto. Mesmo uma anulação de decreto que suceda a pedido do governo opera apenas *pro futuro*. A anulação de ofício opera retroativamente sobre o caso pendente na Corte Constitucional, e que motivou o exame. Se no momento do exame de ofício o decreto já não estiver em vigor, a decisão da Corte Constitucional limita-se a declarar que ele era ilegal. Também aqui se verifica um efeito retroativo quanto ao caso pendente na Corte e que deu lugar ao exame.

Como órgão central de controle de decretos, a Corte Constitucional exerce apenas em linhas gerais as atribuições de uma Corte Administrativa; porém, mesmo nessa função ela pode agir imediatamente a serviço da Constituição. Uma vez que a União tem o direito de editar decretos sobre todas as matérias em que lhe compete a atividade legislativa, cabendo porém a função executiva aos estados, têm estes particular interesse na conformidade, à lei, dessa atividade regulamentar da União. A fim de evitar que a competência executiva dos estados, já privados do direito de editar decretos, seja ainda mais prejudicada por uma atividade regulamentar ilegal da União, a possibilidade de impugnar decretos junto à Corte Constitucional oferece uma proteção eficaz.

A Corte Constitucional, além disso, decide sobre recursos contra *violação, dos direitos constitucionalmente garantidos*, por ato de autoridade administrativa – não importando se federal ou estadual – após esgotamento da cadeia de instâncias administrativas. Com essa competência a Corte Constitucional entra em concorrência com a Corte Administrativa, que deve decidir sobre recursos contra violação – por decisão ou disposição de uma autoridade administrativa – de direitos

outros que os constitucionalmente garantidos, após esgotadas as instâncias administrativas. O limite entre as competências de ambas as cortes é aqui, claramente, o traçado anteriormente entre os conceitos de jurisdição constitucional e administrativa. Tal entendimento só se torna um pouco complicado na medida em que o texto da Constituição, apoiando-se em antigas normas sobre a competência das duas cortes, dispõe sobre violação do direito subjetivo da parte, e não diretamente sobre a violação objetiva do direito. Com isso não fica plenamente claro que a competência da Corte Constitucional se estabelece apenas em caso de violação direta da Constituição, e não de violação de lei ordinária. Certamente, outra interpretação seria simplesmente confiar o exame de toda violação de lei por ato administrativo à Corte Constitucional, retirando toda a competência da Corte Administrativa, ou então criar uma intolerável competência dupla das duas cortes, pois de uma maneira indireta e não-imediata praticamente toda violação de lei é inconstitucional, uma vez que a legalidade de toda atividade executiva é prescrita pela Constituição. Se por exemplo alguém é condenado a uma pena de reclusão com base numa norma administrativa ou é expropriado com base numa lei de desapropriação, e acredita ter tido seus direitos violados por aplicação incorreta da lei, não pode – como no entanto tem acontecido com frequência – recorrer à Corte Constitucional, alegando que foi ferido seu direito de liberdade ou de propriedade, garantido constitucionalmente. Na verdade, a Corte Constitucional, no intuito consciente de definir sua competência em relação à da Corte Administrativa segundo a diferença entre jurisdição constitucional e administrativa, tem já em repetidos casos afirmado que para se configurar a violação dos direitos de liberdade ou propriedade garantidos constitucionalmente, não basta que se possa alegar uma mera intervenção ilegal na liberdade ou na propriedade, ou seja, a aplicação incorreta de uma lei que regule tais inter-

venções; em vez disso, deve-se poder alegar uma violação direta da Constituição, o que porém significa que, podendo-se afirmar uma violação da liberdade ou da propriedade, deve necessariamente ter sido violada a disposição constitucional segundo a qual a intervenção na liberdade ou na propriedade só pode ocorrer com base em lei. Só existe violação da Constituição, portanto, quando o ato administrativo que interfere na liberdade ou na propriedade ocorre sem qualquer fundamentação legal – não se tratando meramente da aplicação incorreta de uma lei que autoriza tal interferência, ou seja, que é carecedor de base normativa e não simplesmente ilegal (cabe à Corte decidir se o ato administrativo invoca apenas de modo fictício uma lei que decididamente não autoriza a interferência) – ou então, quando a fundamentação sobre a qual se apóia o ato (a lei ou o decreto) é inconstitucional. A violação do direito cometida por mera aplicação incorreta de uma lei (insuficiência do suporte fático, incorreta determinação do efeito) remete, portanto, somente à competência da Corte Administrativa.

Apesar da grande afinidade que existe entre as competências das duas cortes, seu exercício apresenta diferenças relevantes, que não obstante explicáveis no plano histórico, são injustificáveis no plano político-legislativo. A Corte Constitucional pode decidir também sobre a violação de direitos constitucionalmente garantidos ocorrida através de atos que se enquadram no poder discricionário das autoridades administrativas, ao passo que a Corte Administrativa só pode decidir sobre tais atos quando existe abuso ou excesso de poder, ou seja, quando a autoridade com poder para adotar discricionariamente a decisão ou disposição, não faz uso desse poder conforme a lei. Portanto as decisões da Corte Constitucional têm caráter simplesmente cassatório, enquanto a Corte Administrativa pode não apenas anular o ato administrativo ilegal, mas também decidir quanto ao mérito,

reformando-o (isso porém quando o ato administrativo não se enquadrar no poder discricionário da autoridade). Da máxima importância, contudo, é o fato de que o recurso à Corte Administrativa – mas não à Corte Constitucional – pode ser apresentado não só pela parte atingida em seus direitos, mas também pela própria União, através do ministro competente, desde que com o ato administrativo ilegal tenham sido atingidos interesses federais e se trate de ato de uma autoridade estadual com o qual, dentro da esfera de atividade do estado, sejam executadas leis federais ou leis federais de princípio. Com essa disposição a Constituição federal introduziu a necessária garantia de que a atividade administrativa estadual, na medida em que deve executar leis federais, seja efetivamente conforme essas leis. A União, que tem o máximo interesse na legalidade dessa atividade executiva, pode obter a anulação do ato administrativo ilegal do estado sobre o qual não possua nenhum direito de supervisão e instrução, mediante recurso à Corte Administrativa. Um tribunal que se poderia considerar como órgão federal, ou – tendo-se em conta a interferência paritária de União e estados na sua composição – como órgão comum aos dois lados, controla a relação jurídica que a Constituição estabelece entre eles. É de grande importância que a Constituição autorize a Corte Administrativa não apenas a cassar, por inconformidade com a lei, os atos administrativos praticados na esfera de atividade dos estados, mas até mesmo a decidir quanto a seu mérito (desde que o considere possível, por exemplo, por tratar-se de uma questão jurídica clara, perfeitamente madura para a decisão), de modo que, nessas circunstâncias, os atos administrativos pertencentes à esfera de atividade dos estados possam ser devolvidos a um órgão federal, ou a um órgão comum a União e estados, mediante um recurso apresentado à Corte Administrativa pela própria União.

Agindo como puro tribunal administrativo, a Corte Constitucional decide sobre *pretensões junto à União, aos estados ou municípios*, que não possam ser resolvidas pelas vias ordinárias. Sob esse prisma são apresentadas à Corte principalmente pretensões de ordem trabalhista [*dienstrechtlich*] de funcionários estatais que segundo o direito vigente não podem ser levadas aos juízos ordinários, mas são disciplinadas por via administrativa. A atribuição de tal competência à Corte Constitucional não é oportuna, sobretudo porque não tem praticamente nada a ver com a proteção da Constituição: aqui seria muito mais indicada a Corte Administrativa. Pelo teor da Constituição, que nesse ponto aceitou as velhas disposições da lei sobre o Tribunal do Império, pode sem dúvida ser afirmada a competência formal da Corte Constitucional, tanto mais que disposição expressa da Constituição exclui a Corte Administrativa de tudo aquilo em que seja competente a Corte Constitucional. Porém o acolhimento de tais pretensões encontra grandes dificuldades justamente junto à Corte Constitucional. A qualquer uma dessas pretensões não-satisfeitas que o funcionário ergue contra o Estado (exige os vencimentos da ativa e recebe apenas a aposentadoria, exige o ordenado de uma categoria superior, etc.) opõe-se algum ato administrativo com o qual lhe é concedido menos do que a seu juízo lhe cabia, ou então lhe é negado absolutamente tudo. Esse ato administrativo, possivelmente ilegal, é porém uma disposição ou decisão de caráter obrigatório, e, em todo caso, um ato jurídico que determina a pretensão da parte enquanto não for anulado na forma do direito. A Corte Constitucional, contudo, não é competente para anulá-lo, eis que só pode cassar um ato administrativo quando por ele for violado um direito constitucionalmente garantido. Apesar disso a Corte Constitucional – como já fazia o antigo Tribunal do Império – decide sobre a legalidade desse ato administrativo como sobre uma questão prejudicial, e caso o considere ile-

gal, acolhe o pedido e condena o Estado a conceder o benefício requerido, contrariando o ato administrativo que não foi anulado nem é anulável pelo tribunal. Essa prática altamente problemática só pode se apoiar em seus mais de cinquenta anos de existência.

Atuando como tribunal administrativo, a Corte Constitucional pronuncia-se sobre *impugnações de eleições* para o Conselho Nacional, o Conselho Federal, os parlamentos estaduais e todos os órgãos representativos gerais, e por requerimento de um desses órgãos, sobre a declaração de perda de mandato de algum de seus membros. Do ponto de vista de uma Constituição federal, deve-se todavia considerar singular que também impugnações de eleições para os parlamentos estaduais e os conselhos municipais – isto é, para órgãos representativos do âmbito interno dos estados – sejam decididas por um tribunal federal. Também é significativo que a eleição dos membros do Conselho Federal possa ser impugnada na Corte Constitucional, embora o Conselho Federal seja apenas uma delegação conjunta dos parlamentos estaduais. Certamente, o Conselho Federal também pode – enquanto órgão legislativo federal previsto pela Constituição – ser considerado como órgão federal. Em todo caso, há nessa jurisdição eleitoral uma circunstância acentuadamente centralista, tanto mais quando se considera que a Corte Constitucional também é competente para proteger o direito eleitoral individual enquanto direito constitucionalmente garantido; de fato, o direito para as eleições de todos os órgãos representativos gerais da União ou dos estados – Conselho Federal, parlamentos estaduais, conselhos municipais – está estabelecido na Constituição federal.

A Corte Constitucional julga ademais *conflitos de competência* entre tribunais e autoridades administrativas e também entre tribunais e a Corte Administrativa, decidindo especialmente conflitos de competência que surgem entre esta e

a própria Corte Constitucional. Assim é enfrentada, embora não de todo, a inconveniência que resulta da coexistência de duas cortes supremas de direito público, bem como o perigo de contradição entre ambas. Tal decisão, contudo, só é possível quando as duas cortes são chamadas a se pronunciar sobre uma mesma questão. Evidentemente, não é possível evitar que, em casos em que a competência é duvidosa – em que portanto, segundo o ponto de vista que se adote, tanto uma quanto a outra corte possa ser convocada – ora uma, ora outra corte, convocada isoladamente, pronuncie a decisão, e que nessas decisões se expressem opiniões jurídicas diferentes. A Corte Constitucional entra diretamente em ação a serviço do princípio federativo quando deve decidir sobre conflitos de competência entre os estados ou entre um estado e a União.

Conforme a Constituição federal, a Corte Constitucional deve, como tribunal criminal, julgar *violações do direito internacional* segundo as disposições de uma lei federal específica; no entanto, não trataremos do assunto aqui, uma vez que essa lei ainda não foi elaborada.

Por fim, a Corte Constitucional atua como corte suprema central – ou, se se quiser – comum a União e estados. Nessa qualidade, julga a acusação mediante a qual se caracteriza a responsabilidade dos órgãos supremos federais e estaduais por violações culposas do direito, no exercício das respectivas funções. A acusação pode ser levantada: a) contra o presidente federal por violação da Constituição federal, mediante resolução da Assembléia Federal (é necessária maioria de dois terços); b) contra membros do governo federal e órgãos que lhes sejam equiparados (atualmente o presidente do Tribunal de Contas) por violação da lei e mediante resolução do Conselho Nacional (basta maioria simples); c) contra membros de um governo estadual e órgãos que lhes sejam equiparados pelas Constituições estaduais quanto à responsabilidade por violação da lei, e mediante resolução do

Parlamento estadual competente. A decisão condenatória da Corte Constitucional deve determinar a perda do cargo, e, em casos particularmente graves, também a perda temporária dos direitos políticos. A acusação pode também ser formulada em virtude de atos de natureza criminal, relacionados ao exercício das funções do acusado. Nesse caso a competência para julgar é exclusiva da Corte Constitucional, devendo-lhe ser remetido o inquérito que porventura já estiver pendente nos tribunais criminais ordinários. Além das penas específicas de perda de mandato e dos direitos políticos, a Corte Constitucional também pode impor, em tais casos, as penas previstas no código penal.

Apoiando-se no instituto da responsabilidade ministerial, assim estruturado, a Constituição federal regulou também a *responsabilidade do chefe estadual* como órgão da administração federal indireta. O problema que aqui se tratava de resolver era duplo: em primeiro lugar era necessário encontrar uma garantia utilizável no plano técnico-jurídico e político a fim de que o chefe estadual – órgão executivo mais alto do estado, eleito pelo Parlamento estadual, diante do qual é responsável enquanto líder do governo estadual no que respeita à atividade administrativa autônoma do estado – possa ser eficazmente chamado à responsabilidade por ilegalidades cometidas como órgão da administração federal indireta, isto é, como órgão federal subordinado e devedor de obediência ao governo federal. Tais ilegalidades podem consistir na violação das leis ou decretos federais que o chefe estadual deve cumprir, mas também na inobservância de injunções concretas do governo federal. A Constituição federal, no âmbito da administração federal indireta, autoriza expressamente o governo federal a dirigir tais ordens ao chefe estadual. A fim de possibilitar em termos práticos tal responsabilidade, a Constituição federal configurou deliberadamente como órgão da administração federal indireta não o governo estadual,

que sendo colegiado é mais difícil de ser responsabilizado, mas sim o chefe estadual, facilmente alcançável como órgão individual. Deve-se ter presente, a propósito, a ideologia do Estado federativo, segundo a qual o titular da administração federal indireta é propriamente o estado – autônomo em outro sentido –, enquanto o chefe estadual está diretamente à disposição da administração federal apenas como órgão do estado elevado a órgão federal. Esse é o motivo por que em outras Constituições federais que confiam aos estados-membros funções administrativas do *Reich* (isto é, da União) o dever de obediência do estado-membro para com o todo é carente de sanção. Esse problema, resultante da peculiaridade técnico-organizacional do Estado federativo, está relacionado com um problema geral de democracia administrativa. Como pode uma autoridade intermediária, portanto hierarquicamente subordinada, porém nomeada democraticamente não pela autoridade superior, mas sim eleita por um órgão representativo local e por isso mesmo responsável – ao menos politicamente – perante este, considerar-se órgão que deve obediência à autoridade central superior? Uma solução satisfatória a essa questão – vital para o sistema de administração democrática – é condição para que a democracia da legislação não seja anulada pela democracia da administração, para que a vontade da totalidade do povo, expressa na legislação e na nomeação dos órgãos executivos supremos, não seja paralisada pela vontade de uma parte do povo, expressa nos órgãos representativos locais, eleitos e encarregados da atividade executiva nas instâncias intermediárias e inferiores. As formas ordinárias de responsabilidade disciplinar existentes para os funcionários de carreira não serão, naturalmente, consideradas aqui; sobretudo porque aos órgãos eletivos falta aquela que é a mais eficaz garantia da obediência do órgão subordinado: a nomeação pelo órgão superior e o poder de promoção que a este compete. A destituição por

parte do órgão superior no caso de desobediência seria teoricamente aplicável também aos órgãos eletivos; contudo, dada a composição unilateralmente política dos governos da União e dos estados, a destituição não pode ser considerada seriamente, em particular em relação ao chefe estadual. A Constituição federal, por isso, adotou o expediente de colocar a Corte Constitucional, que atua também como tribunal do Estado, acima do chefe estadual, como uma instância quase-disciplinar, e de caracterizar a responsabilidade disciplinar do chefe estadual diante do governo federal como uma responsabilidade quase-ministerial. Essa responsabilidade se diferencia da responsabilidade ministerial pelo fato de que o chefe estadual, enquanto órgão da administração federal indireta, não é realmente um ministro, ou seja, um órgão administrativo supremo, não sendo responsável perante o Parlamento, mas sim perante um órgão administrativo superior, o governo federal. Conseqüentemente, não se define sua responsabilidade mediante resolução parlamentar, mas sim com uma resolução (unânime) do governo federal – no mesmo foro que decide, segundo o mesmo procedimento, sobre as acusações contra os ministros federais ou estaduais. Porém, enquanto os ministros, como órgãos administrativos supremos, são responsáveis apenas por violação da lei (mas não por violação de decretos emitidos por eles mesmos ou por órgãos a eles subordinados; já ordens individuais não podem em absoluto ser dirigidas aos ministros por inexistência de superiores), o chefe estadual é responsável não apenas por violação da lei, mas também por inobservância dos decretos ou outras injunções da União em matérias da administração federal indireta. Como em todos os casos de responsabilidade ministerial, ao elemento objetivo de ilegalidade deve somar-se o elemento subjetivo de culpa. A ilegalidade deve ser culposa para que o chefe estadual seja responsabilizado. Qualquer forma de culpa basta,

inclusive a negligência leve. A decisão condenatória da Corte Constitucional pode impor ao chefe estadual as mesmas penas previstas para um ministro. Em caso de violações insignificantes, porém, a Corte pode limitar-se a afirmar a existência de uma violação do direito. É justamente essa possibilidade que torna de fato exequíveis as disposições da Constituição federal sobre a responsabilidade do chefe estadual, especialmente nos casos de não-cumprimento de ordens, nos quais não se pode recorrer à destituição do cargo. Mas mesmo em outros casos a pena de destituição, agravada com a perda dos direitos políticos, só deveria ser considerada como *ultima ratio*. A execução da referida decisão – como de todas as decisões da Corte Constitucional – cabe ao presidente federal.

As disposições constitucionais sobre a responsabilidade do chefe estadual perante o governo federal no campo da administração federal indireta devem ser consideradas uma tentativa de completar, no plano técnico-jurídico, o sistema organizacional do Estado federal, sancionando juridicamente a subordinação do estado à União no âmbito em que o primeiro funciona como órgão federal. Admitindo-se a possibilidade de que os estados-membros funcionem de algum modo como órgãos da União, tal sanção jurídica não pode ser excluída da essência do Estado federal. As mencionadas disposições da Constituição federal austríaca revelaram-se da máxima importância também em termos práticos. A Corte Constitucional repetidas vezes teve que decidir sobre acusações feitas pelo governo federal. Trata-se sempre do caso de um chefe estadual que se recusa a cumprir instruções do governo federal porque, segundo sua opinião, a ordem é ilegal. Na decisão, por isso, a questão do direito de controle do chefe estadual em relação às normas que deve aplicar, desempenhava sempre um papel importante. A esse respeito podem ser confrontados dois pontos de vista. De acordo com o primeiro, ao

chefe estadual, enquanto órgão administrativo, é vedado pelo direito positivo o controle da constitucionalidade das leis e da legalidade de decretos, devendo-se portanto – *argumentum a majori ad minus* – com mais razão aceitar que lhe seja vedado o controle da legalidade de ordens administrativas individuais, desde que isso não esteja estabelecido por alguma norma de direito positivo. O chefe estadual, portanto, deve seguir toda e qualquer ordem do governo, se não quiser se expor a um processo perante a Corte Constitucional. De acordo com o outro ponto de vista, o chefe estadual possui um direito de controle ilimitado, podendo apenas ser punido pela Corte Constitucional por desobediência a uma ordem da União que seja legal. Quanto à primeira tese, é difícil, de fato, colocá-la em prática de forma conseqüente. Deve-se em primeiro lugar considerar problemático fundamentar a proibição do controle de ordens administrativas, na ausência de uma norma de direito positivo, sobre um simples *argumentum a majori*. De fato, *a priori* deve-se reconhecer aos órgãos executivos um ilimitado direito de controle em relação a todas as normas, e qualquer limitação desse direito – ainda que também necessária no plano de política do direito – carece de uma definição no direito positivo. Pode-se admitir sem reservas que a ordem jurídica, em relação aos funcionários administrativos ordinários, pressupõe uma limitação tão ampla do direito de controle que termina por renunciar cabalmente a uma regulação positiva. É significativo que na maioria das Constituições, e assim também na austríaca, apenas aos juízos ordinários seja expressamente vedado controlar a constitucionalidade das leis. Conclui-se daí, por um lado, que eles são privados desse direito apenas porque e na medida em que ele lhes é subtraído por uma norma de direito positivo; é por isso que podem examinar a devida publicação das leis. Por outro lado, no entanto, assume-se novamente que funcionários administrativos não pos-

suem nenhum direito de controle, embora isso não esteja expressamente estabelecido. Que essa idéia corresponde às intenções do legislador não deve, como já foi dito, ser posto em dúvida; aqui o silêncio do legislador está em contradição com sua atitude em relação aos juízos ordinários, tanto mais quando se considera, como já indicamos, que não pode ser benéfico excluir também os funcionários totalmente do direito de examinar as leis e decretos a serem aplicados. Também os funcionários precisam indagar sobre a presença dos requisitos mínimos de uma lei ou de um decreto, pois são obrigados a aplicá-los. Se nos apoiamos nas intenções do legislador e não nas disposições do direito positivo, e se somos constringidos a admitir que o direito de controle seja negado apenas dentro desses limites, isso significa que, como não é o próprio legislador que define o limite daquele direito, tal definição inclui-se no poder discricionário da autoridade que decide sobre as sanções quando leis ou decretos em vigor não são observados ou quando se aplica como lei ou decreto alguma coisa que — por não corresponder aos requisitos mínimos de uma lei ou decreto — não tem em absoluto seu caráter obrigatório. Não é preciso enfatizar que toda essa situação, que nasce de uma interpretação baseada na presumível intenção do legislador, é extremamente precária. Mas mesmo quando se ignoram todas essas dúvidas, surge ainda a questão sobre se então — não estabelecendo a ordem jurídica se e até que ponto o destinatário de uma ordem pode examinar sua legalidade — o que vale para a lei e o decreto pode ser também aplicado sem mais às ordens administrativas. Não é de modo algum óbvio que a intenção do legislador em relação às leis e decretos, por si só bastante discutível, deva ser a mesma que em relação às determinações administrativas. A doutrina dominante do direito público e administrativo sustenta, é verdade, também no silêncio do legislador, que o funcionário administrativo não pos-

sui nenhum direito de controle em relação à ordem da autoridade superior. Ela porém não tem como furtar-se ao princípio da lógica jurídica pura segundo o qual, fundamentalmente, apenas uma ordem em conformidade com a lei pode pretender obediência, pois apenas ela é uma ordem jurídica. Que para sua legalidade baste um mínimo de requisitos, é outra questão. Se o próprio legislador não diz qual é esse mínimo, tal determinação recai, uma vez mais, no poder discricionário da autoridade que decide sobre a desobediência. Contudo a própria teoria coloca limitações consideráveis ao princípio, afirmado por ela mesma, da ausência de direito de controle. Ela admite que a uma ordem contrária à lei penal não se deve prestar obediência; não questiona que não seja punível o funcionário que se abstém de seguir uma ordem vinda de um órgão que lhe é superior, porém incompetente para dar tal ordem. Por que, então, justamente a conformidade da ordem à lei penal e ao sistema de competências deveria ser passível de controle? Sem dúvida, pode-se trazer argumentos do plano da política legislativa para dispor que uma ordem, quando provém do órgão competente e não fere a lei penal, pode pretender obediência mesmo que não corresponda, em seu conteúdo, a outras exigências legais. Contudo, faltando tal disposição no direito positivo, a lacuna não pode ser preenchida pela teoria: isto seria direito natural!

Se adotarmos o ponto de vista da doutrina dominante, não poderemos realmente insistir em que o funcionário administrativo não tem direito de controle em relação à ordem da autoridade, eis que ele pode, ou antes deve, examinar sua conformidade à lei penal e às normas sobre competência. A rigor, porém, o direito de controle não pertence propriamente ao destinatário da ordem, mas sim, em última análise, à autoridade disciplinar, que deve decidir se há desobediência passível de penalidade, definindo assim antes de mais nada se foi emitida uma ordem exequível. Se a opinião da autoridade dis-

ciplinar não coincide com a do destinatário da ordem, aquela considerando, ao contrário deste último, que a ordem está conforme à lei penal e às normas sobre competência, está caracterizada a desobediência e cabe a pena ao funcionário. Este age portanto sempre a seu próprio risco, com seu controle limitado à conformidade com a lei penal e com as normas sobre competência. Evidentemente, tal risco é enorme quando o órgão que emite a ordem é ao mesmo tempo instância disciplinar, pois nesse caso a decisão invariavelmente rezerá que a ordem corresponde aos requisitos mínimos de legalidade. Como o fato de ser a autoridade superior ao mesmo tempo instância disciplinar corresponde ao tipo de organização administrativa autocrática, e por outro lado a doutrina dominante do direito público e administrativo tem, sabidamente, uma forte coloração política, tendendo mesmo de modo mais ou menos consciente ao ideal autocrático, torna-se compreensível o seu dogma segundo o qual a ordem da autoridade administrativa superior deve ser obedecida em qualquer circunstância. Direito natural autocrático!

Se porém considerarmos, no sentido de um rigoroso positivismo, que numa determinada ordem jurídica nenhuma norma estabeleça uma limitação do direito de controle de ordens administrativas, não teremos uma situação essencialmente distinta do caso exposto acima. Se alguém recusa obediência a uma ordem administrativa porque por alguma razão a considera ilegal, está agindo a seu próprio risco, ou seja, o risco de que a autoridade que deve decidir sobre a desobediência, no caso específico a instância disciplinar, considere a ordem como legal, contrariando seu destinatário. É certo que, sendo o âmbito das normas a que a ordem deve corresponder para ser legal e portanto passível de obediência, mais amplo que no primeiro caso, maior é a chance de que essa ordem seja declarada ilegal e a desobediência não seja punida. Na prática porém isto só vale para o caso em que a instância discipli-

nar não seja idêntica à autoridade que emite a ordem. Eis por que a separação entre a instância disciplinar e a autoridade superior, ao fazer desaparecer o princípio da obediência cega, significa uma relevante distensão da relação entre superiores e subordinados. Todavia, tal distensão deve necessariamente processar-se na mesma medida em que se imponha, no plano técnico-jurídico, o princípio da legalidade dos atos executivos.

Uma vez que o chefe estadual, em relação ao governo federal, é apenas o representante do estado no âmbito da administração federal indireta, não é possível julgá-lo pura e simplesmente como se julga um funcionário administrativo subordinado. Mesmo que, a respeito deste, se considere imperioso alargar o princípio da obediência e assim limitar na mesma medida o direito de controle, uma regulação positiva em relação ao chefe estadual teria que proceder segundo outros princípios. Se a relação de subordinação do assim-chamado estado-membro para com o Estado central é sancionada juridicamente – na medida em que a desobediência a ordens do Estado central implica penalidades para o órgão que representa o estado-membro – tal sanção só pode ser considerada politicamente admissível se a ordem for legal sob todos os aspectos. Não é possível que o estado – na pessoa do chefe estadual – seja obrigado a cumprir ordens da União que estejam conformes apenas com a lei penal e as normas sobre competência, mas possam ser ilegais sob outros aspectos. O que poderá ser válido para o funcionário subalterno não pode valer sem mais nem menos para um estado-membro subordinado ao Estado central. Inexistindo porém qualquer regulação do direito de controle do chefe estadual em relação a ordens da União, menos ainda se poderão deduzir a esse respeito quaisquer limitações a partir de uma mítica intenção do legislador do que no caso do funcionário administrativo ordinário. E ainda que para este existissem normas limitando o direito de controle, elas não poderiam, pelas razões expostas, ser

aplicadas *per analogiam* à relação entre o chefe estadual e o governo federal, ou seja, entre o estado e a União. Se portanto o chefe estadual recusa obediência a uma instrução da União por considerá-la ilegal, a Corte Constitucional – qualificada em virtude de sua composição como órgão conjunto de União e estados – deve antes de mais nada decidir se a instrução é legal e apenas em caso afirmativo aplicar a pena ao chefe estadual. Justamente no caso de desobediência a injunções concretas é que o elemento subjetivo de culpa, aqui também, como em todos os casos de responsabilidade ministerial, parte integrante do mérito que condiciona a pena, dificilmente poderá – havendo uma correta interpretação das disposições constitucionais – desempenhar algum papel prático. De fato, a desobediência a uma ordem inequívoca, na medida em que esta prove ser legal – e este é mesmo um risco que o chefe estadual desobediente toma para si –, deve ser qualificada ao menos como desídia. No entanto a Corte Constitucional, numa decisão absolutória, apoiou-se justamente na falta de elemento subjetivo de culpa, e num caso de desobediência a uma ordem federal aceitou “erro jurídico escusável”. Contra a ordem que lhe fora transmitida, o chefe estadual acusado havia objetado não apenas ilegalidade material, mas também ausência da competência formal do governo federal; a ordem diria respeito a matéria que não entrava na competência da União, mas sim na esfera de atividade do estado. Desse modo, porém, estava afirmada a existência de um conflito de competência entre União e estado, o qual não poderia ter sido decidido num processo penal por desobediência do chefe estadual, mas sim e somente num processo específico sobre o conflito de competência, a ser movido pela União ou pelo estado perante a Corte Constitucional.

Assim, a jurisdição constitucional e administrativa, por cujo aperfeiçoamento a Constituição austríaca mostrou-se particularmente interessada, comprovou, em múltiplos aspectos,

ser um suporte ou mesmo um acabamento técnico-jurídico da idéia de Estado federativo. Isso, naturalmente, somente com o pressuposto de que tal idéia seja considerada realisticamente como um princípio organizativo particular, e não como um problema de metafísica do Estado!

A intervenção federal

*(Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca)**

* "Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs – und der österreichischen Bundesverfassung", in *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Verlag von J. C. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1927, pp. 127-87.

O tipo do *Estado federativo*, conhecido desde tempos remotos, demonstrou recentemente uma vez mais ser uma forma de suma utilidade. Já se percebe esse fato no reordenamento das relações entre os Estados, realizado na Europa Central após o término da Guerra Mundial, eis que dois Estados adotaram essa forma: o *Reich* alemão não se reconstituiu como Estado unitário, como muitos acreditavam após a sua queda, mas novamente como Estado federativo; essa é também a configuração definitiva com que a nova Áustria saiu das ruínas da antiga.

A elaboração de uma Constituição federal apresenta um problema técnico-jurídico de extrema relevância: a regulação da assim-chamada *intervenção federal*. Sua configuração é influenciada pelas opiniões sobre a essência do Estado federativo; raramente a conexão entre teoria do Estado e prática constitucional se manifesta de modo tão claro como nesse problema, que mostra, de maneira drástica, o quanto a teoria do Estado e do direito internacional dependem de postulados políticos. Já por isso surge a possibilidade de que as Constituições dos Estados federativos, na resolução daquele problema, tomem caminhos bastante diversos. E, de fato, a Constituição do *Reich* alemão, de 11 de agosto de 1919, nesse ponto se diferencia tão profundamente da Constituição

federal austríaca de 1.º de outubro de 1920 – da qual, de resto, não diverge em muitos aspectos – que podemos falar francamente de *dois tipos diferentes de Estado federativo*, reconhecendo um contraste que é da máxima importância para o desenvolvimento futuro e, sobretudo, para as possibilidades de emprego dessa forma de Estado.

I.

Quando um estado-membro não cumpre os deveres que a Constituição federal lhe impõe – de modo direto ou indiretamente, através de leis federais – torna-se necessário, na medida em que o dever violado esteja estabelecido como dever *jurídico*, um ato coercitivo com o qual o ordenamento violado reage ao fato ilícito. Deve-se então verificar se o ato coercitivo está ligado diretamente ao fato ilícito ou se o descumprimento do dever primário é apenas a condição de um dever secundário – por exemplo cobrir os custos de uma indenização –, e somente o descumprimento desse dever secundário é que leva ao ato coercitivo, e se estamos assim diante de uma obrigação alternativa. Deve-se também distinguir aqueles casos em que apenas com imprecisão se fala de um dever jurídico do estado-membro, pois em verdade se trata de uma figura jurídica bem diferente. Afirmam-se assim, por exemplo, que o estado-membro, sob determinadas condições, estaria obrigado a elaborar uma determinada lei, como por exemplo uma lei de execução para um tratado internacional subscrito pela federação; e que, como sanção pelo descumprimento desse dever, a competência para a edição dessa lei passaria à União. Em tal caso o estado-membro não tem um *dever jurídico*, mas apenas uma *competência condicionada*. Só existe o dever *jurídico* de uma determinada conduta – seja no direito privado, penal, público ou internacional – na medida em

que no ordenamento jurídico (compreendido como ordenamento *coercitivo*) esteja previsto, para o contrário daquela conduta (a qual por isso e *somente* por isso aparece como em conformidade com o dever jurídico) o ato coercitivo específico.

A necessidade de reagir com um ato coercitivo contra a violação da Constituição federal por parte de um estado singular existe também na *confederação de estados*, onde, tanto quanto no Estado federativo, a intervenção federal apresenta os mesmos aspectos. Na verdade, em ambos os casos é condição específica para o ato de intervenção um fato denominado como *violação jurídica*, mais precisamente como violação do ordenamento federal por um *estado* que seja membro da federação; e em ambos os casos trata-se – como enfatiza a teoria, e, seguindo-a, a maior parte das Constituições federais determina expressamente – de um ato coercitivo *dirigido contra o estado enquanto tal*. Quanto à questão de saber se a natureza da intervenção federal é diversa na confederação e no Estado federativo, porque este – uma associação de direito público, portanto um Estado – seria fundamentalmente diferente daquele – uma associação de direito internacional, e portanto mera comunidade contratual – voltaremos a tratar adiante. Devemos aqui primeiramente analisar o *fato ilícito* que é condição da intervenção federal; a esse respeito a teoria não vê diferença entre confederação de estados e Estado federativo. Em ambos os casos trata-se da violação de um dever imposto pelo ordenamento federal a um estado que é parte do conjunto. O estudo refere-se portanto a dois momentos: o *ordenamento* que foi violado pelo fato ilícito, ou seja, o ordenamento cuja norma estabelece a conduta legal do estado; e o *sujeito* de onde provém a violação, isto é, o sujeito a quem se imputa o fato ilícito.

Ainda que possa parecer bastante óbvio, devemos no entanto enfatizar que se trata aqui de *problemas jurídicos*, e, assim, de estudo no campo das *normas jurídicas*. A fim

de obter-se uma clara compreensão é pois recomendável renunciar ao auxílio da imagem antropomórfica do Estado, e de um poder manejado por ela. À idéia comum, o fato ilícito que condiciona a intervenção federal aparece como uma ofensa ao Estado central ou ao poder federal por parte de um estado-membro ou estado singular; e essa idéia obscurece desde o princípio as relações jurídicas em que aquele fato se coloca. Um dos inconvenientes mais sérios da personificação do Estado é justamente que ela se torna uma essência autônoma em relação ao ordenamento jurídico, inserindo-se entre os diferentes estratos que compõem o sistema de normas, impedindo a visão dos vários graus existentes e o exame de suas relações recíprocas. Essa situação vale em medida máxima para a relação entre o ordenamento jurídico de um Estado qualquer e o ordenamento internacional; contudo, desempenha também um certo papel no problema que nos ocupa, tanto mais que a relação entre o ordenamento internacional e os ordenamentos jurídicos dos Estados repete-se na ligação entre a Constituição federal e os ordenamentos dos estados-membros. Uma vez que o fato ilícito em questão é visto como ofensa de um estado ao Estado central ou ao poder federal, a discussão desde o princípio é apenas sobre uma violação de dever por parte daquele. A possibilidade de um ilícito imputável ao Estado central ou ao poder federal não é absolutamente cogitada, sendo assim a intervenção federal concebida apenas como ato coercitivo que o Estado central ou o poder federal dirigem contra o estado-membro ou o estado singular. Na relação de subordinação que se supõe existir especialmente entre Estado central e estado-membro (no Estado federativo), então, torna-se naturalmente impensável uma intervenção contra o Estado central – a qual só se poderia imaginar como ação do estado-membro (ou dos estados-membros) contra o Estado central. E assim se produz desde o princípio na representação ordinária do

problema uma *disparidade em favor do Estado central*, que pode com justiça ser percebida como uma tendência política – consciente ou não – de caráter *centralista, unitário*, ou então produzir efeitos, de modo consciente ou não, nesse mesmo sentido.

Se porém consideramos as reais relações dos fatos tais como são definidas no ordenamento jurídico, desaparece a idéia de uma violação do dever para com o Estado central e junto com isso um dos motivos principais da unilateralidade da disposição. Dissolvendo-se a personificação do Estado, e reconhecendo-se este como ordenamento jurídico ou sua personificação, o Estado federativo e a confederação de estados apresentam-se como ordenamento jurídico descentralizado; de modo que, com base numa *Constituição total* [*Gesamtverfassung*] que distribui as competências, ou seja, o âmbito de validade *objetivo*, e em virtude desta, vigoram *duas* espécies de *ordenamentos parciais*: um ordenamento parcial com validade para todo o território (“parcial” porque competente apenas para um âmbito parcial objetivo); e vários ordenamentos parciais com validade apenas para partes do território. O primeiro é, na confederação de estados, o assim-chamado Estado central [*Oberstaat*], ou, na federação, a União [*Bund*]; os outros são os estados-membros ou estados singulares. O exame da relação entre esses âmbitos normativos mostra que entre a “União” ou o assim-chamado “Estado central” e os estados singulares ou estados-membros, não há subordinação e superioridade, pois não se trata de uma relação de delegação, mas, ao contrário, de *uma relação de coordenação*. O assim-chamado “Estado central” – ou seja, o ordenamento parcial que por força da Constituição total é competente para determinadas matérias, sendo válido em todo o território –, tanto quanto os estados-membros ou estados singulares – isto é, os ordenamentos parciais que por força da mesma Constituição total têm competência para outras

matérias, sendo válidos em partes do território (o dos estados-membros ou estados singulares) – está sujeito apenas à Constituição total; através desta, Estado central e estados-membros se coordenam. A Constituição total forma, junto com os ordenamentos parciais por ela instituídos – os quais, por sua vez, formam as entidades parciais da assim-chamada “federação” ou do erroneamente chamado “Estado central”, bem como dos estados-membros – a entidade total, que só é denominada “Estado” – se com razão ou não, deixemos em aberto – no caso de um Estado federativo [*Bundestaaf*]. O fato de que no Estado federativo o ordenamento parcial *coordenado* aos assim-chamados estados-membros ou estados singulares, ao qual a Constituição total concede apenas um limitado âmbito objetivo de validade – que é uma validade *espacial* referente a todo o território da federação –, seja denominado como “Estado central”, pode (abstraindo-se de uma tendência centralista talvez inconsciente) atribuir-se a que aquela que é *cronologicamente a primeira* Constituição do Estado federativo e que se apresenta como *Constituição total*, designa via de regra para sua modificação e aperfeiçoamento o mesmo órgão a que compete a modificação e/ou aperfeiçoamento do ordenamento parcial denominado como “Estado central”, “União”, “*Reich*”. Mais precisamente, o titular do mesmo órgão que atua como órgão da Constituição total ou da entidade jurídica total criada por ela – isto é, como órgão de produção, modificação e aperfeiçoamento desse ordenamento – funciona também como órgão do ordenamento parcial denominado “Estado central”, “União”, “*Reich*”, ou da entidade parcial criada por ele, ou seja, como órgão de produção, modificação e aperfeiçoamento desse ordenamento parcial. Esse vínculo pessoal entre ordenamento total e parcial, entre entidade total e parcial, faz com que ambos pareçam – dir-se-ia que como numa redução de perspectiva – *um só* ordenamento, *uma só* entidade,

atribuindo assim ao ordenamento parcial ou à entidade parcial da União ou do *Reich* uma qualidade que cabe apenas ao ordenamento e à entidade totais: a qualidade de um ordenamento que está *acima* dos estados-membros ou estados singulares, a qualidade de Estado *central*¹. Assim também, pelas mesmas razões, confere-se erroneamente a *competência exclusiva* – que só pode repousar sobre a Constituição total – ao *ordenamento parcial* do assim-chamado Estado central (União, *Reich*)². Se com a primeira Constituição do Estado federativo não é instituído, para a modificação e/ou aperfeiçoamento da Constituição total, nenhum legislador diferente do órgão legislativo da União ou do *Reich* – ou seja, do assim-chamado Estado central – e se a modificação da Constituição total é também função do legislador federal (ou do *Reich*), não podemos – como corresponde à idéia corrente – interpretar essa circunstância no sentido de que a

1. Perde-se na tradução o paralelo e a assonância entre *über* (“acima”) e *Ober[staat]* (“Estado central”). (N. do T.)

2. Cf. sobre o assunto a minha *Allgemeine Staatslehre* (Teoria geral do Estado), Berlim, 1925, pp. 199 ss. Cf. ainda NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff* (“O Estado federal como conceito jurídico”), Tübingen, 1920, pp. 25 ss. NAWIASKY reconheceu acertadamente que, no Estado federativo, o assim-chamado Estado central não é superior, mas equipara-se aos estados-membros. Manifestamente guiado por inclinações federalistas, ele compensou o erro da teoria dominante, unitário-centralista, do Estado federativo. Porém tal erro – que se origina de tendências políticas – foi “sobrecompensado”, eis que também ele era orientado por tendências políticas. De fato, ele não atenta para a *Constituição total*, que está *acima* tanto do Estado central como dos estados-membros, e coordena, antes de tudo, tanto estes como aquele, delimitando seus respectivos âmbitos de validade e, assim, constituindo-os de modo igual como comunidades *parciais*! NAWIASKY descuidou dessa Constituição total situada em nível *superior* porque pretende fazer valer como *soberanos* tanto o Estado central como os estados-membros. Na verdade, nem o Estado central nem os estados-membros, nenhuma dessas duas comunidades *parciais* é “soberana”, mas sim, se algo tiver que o ser, a comunidade *total* constituída pela Constituição total.

Constituição total e assim, particularmente, a *distribuição das competências* entre União (*Reich*) e estados-membros sejam colocadas, como uma competência jurídica material qualquer, dentro das atribuições da União – configurada pela Constituição total antes de tudo – como entidade parcial. Tal construção obscurece a estrutura específica do Estado federativo. Antes, devemos neste caso distinguir claramente no legislador federal – aliás, tanto quanto no legislador dos estados-membros – *três* funções distintas: 1) leis ordinárias da União (ou do *Reich*) promulgadas com base na Constituição federal (ou do *Reich*) e na Constituição total; 2) leis constitucionais pelas quais seja regulada a Constituição federal (ou do *Reich*) em sentido estrito, isto é, a organização da atividade legislativa do *Reich* (ou da União) e de sua atividade executiva suprema, enquanto organização de uma comunidade parcial; 3) leis constitucionais pelas quais seja modificada e/ou aperfeiçoada a Constituição *total* (tal como estiver assentada naquela que for cronologicamente a primeira Constituição e a quem, sob qualquer circunstância, cabe a atribuição de competências). Havendo coincidência do legislador federal (ou do *Reich*) com o legislador responsável pela Constituição total, as leis constitucionais mencionadas nos dois últimos itens – apesar da diversidade de funções que cumprem – não se diferenciam exteriormente. *Internamente*, porém, isto é, de acordo com seu conteúdo, elas podem ser distinguidas. À Constituição total pertence necessariamente a atribuição de competências entre União e estados-membros. A Constituição que é cronologicamente a primeira do Estado federativo poderia limitar-se a fazer tal atribuição, instituindo então um órgão para a modificação e o aperfeiçoamento dessa primeira Constituição, a qual consiste fundamentalmente na mencionada atribuição de competências, e um primeiro órgão legislativo para a União (ou o *Reich*) como ordenamento parcial; e, de resto,

atribuir a este último não apenas faculdade legislativa material no âmbito da competência adjudicada à União, mas também a autonomia constitucional plena, ou seja, a União poderia (através de seu órgão legislativo) determinar sua própria Constituição (como Constituição de um ordenamento parcial, de uma entidade parcial), de modo idêntico a como estão autorizados (pela Constituição total) os estados-membros. A modificação da Constituição total – isto é, o poder de atribuir competências e determinar o órgão que outorga tal Constituição, bem como o respectivo procedimento – estaria reservada ao órgão que outorga a Constituição total. Neste caso ficaria clara a paridade entre estado-membro e União como dois ordenamentos parciais sujeitos a uma mesma Constituição total. A Constituição que é cronologicamente a *primeira* – e que é por inteiro uma Constituição total – pode porém, e assim o faz via de regra, não instituir nenhum órgão específico, diferente do legislador federal (ou do *Reich*) para a modificação e o aperfeiçoamento da Constituição total. Neste caso, não se limitará apenas a instituir um primeiro órgão legislativo federal (ou do *Reich*) ao qual caiba, além da legislação federal, a elaboração da Constituição federal propriamente dita, mas antes – diferentemente do que faz em relação aos *estados-membros*, aos quais concede *autonomia constitucional* – regulará desde o início toda a Constituição federal, enquanto ordenamento parcial; de modo que toda a Constituição federal torna-se uma parte da Constituição total. Assim, qualquer modificação da Constituição federal aparece como modificação da Constituição total. Isto porém não significa nada para a União, pois é seu legislador que realiza essa modificação da Constituição. Em tal caso, toda a Constituição federal pertence à Constituição total. Se porém a Constituição, que é cronologicamente a primeira a regular certos traços fundamentais das Constituições dos *estados-membros*, de modo

que os órgãos legislativos destes possam modificar ou aperfeiçoar as respectivas Constituições somente dentro dos limites colocados pela Constituição total, e se, assim, os estados-membros tiverem apenas uma autonomia constitucional limitada, e a União absolutamente nenhuma, então pertencem à Constituição total, juntamente com toda a Constituição federal, os traços fundamentais dos estados-membros. Quando portanto o órgão legislativo federal modifica esses traços fundamentais – estabelecidos na primeira Constituição – pratica um ato de legislação constitucional total. O mesmo vale para a situação em que o órgão legislativo da União, em lei constitucional, modifica a divisão de competências. Também aqui ele atua como órgão da Constituição total, da entidade total. E esse é o caso em qualquer circunstância, uma vez que a primeira Constituição do Estado federativo – enquanto Constituição total – deve necessariamente comportar como conteúdo mínimo a divisão de competências entre União e estados-membros, que representa o momento organizativo fundamental para o Estado federativo (bem como para a confederação de estados). Quando a primeira Constituição do Estado federativo regular não apenas a atribuição de competências, mas também toda a Constituição da federação e certos traços fundamentais das Constituições dos estados-membros – e esse é o caso tanto do *Reich* alemão quanto da Áustria –, os três âmbitos normativos característicos da estrutura do Estado federativo se compõem da seguinte maneira: 1) a Constituição total, que contém ao mesmo tempo a Constituição federal e os traços fundamentais das Constituições dos estados-membros; 2) o ordenamento da União, constituído por normas de direito material (leis, normas de execução) no âmbito da competência federal objetiva, baseado diretamente sobre a Constituição total (que abrange a Constituição federal); e 3) o ordenamento de cada estado-membro isoladamente, formado pela Constituição que – no

âmbito da Constituição total – é instituída por ele autonomamente, bem como pelas normas de direito material adotadas no âmbito de sua competência de estado-membro. Deve-se atentar, além disso, para o fato de que a Constituição total, tal como se apresenta naquela que é cronologicamente a primeira Constituição do Estado federativo, pode conter não apenas toda a Constituição da federação e, em maior ou menor medida, os traços fundamentais das Constituições dos estados-membros, mas também determinadas disposições a respeito do *conteúdo* das normas de direito material que devem ser emitidas no âmbito da competência federativa e no âmbito de competência dos estados-membros. Assim acontece quando ela apresenta um catálogo de direitos fundamentais e de direitos de liberdade. Isso equivale a dizer, essencialmente, que tanto as leis da União como as leis dos estados-membros não estão autorizadas a conter certas disposições que limitam a liberdade dos súditos, ou não as podem conter sem que seja violada a *Constituição total*. Também isso se aplica às Constituições federais do *Reich* alemão e da Áustria. Nesse caso, não apenas a autonomia constitucional das comunidades parciais da União e dos estados-membros é limitada, mas também sua autonomia legislativa.

II.

Somente depois dessa análise da estrutura particular do Estado federativo (de resto, essencialmente a mesma encontrada na confederação de estados) podemos responder de modo incontestável à questão sobre qual ordenamento é violado pelo fato material que condiciona a intervenção federal e se essa violação pode partir apenas do estado-membro ou também da União, o assim-chamado Estado central. De fato,

somente após essa análise estrutural a questão pode efetivamente ser *colocada* e sua importância compreendida. É um ordenamento parcial ou é a Constituição total que normatiza o fato ao qual está ligada a intervenção federal, ou mais precisamente, que liga a intervenção federal a um determinado fato? Agora a pergunta é possível, e com a correta colocação do problema está garantida – como em qualquer parte e também aqui – a resposta correta.

Percebe-se logo, assim, que o fato ilícito que condiciona a intervenção federal só pode ser uma violação da Constituição total, pois apenas esta pode impor deveres aos estados-membros *enquanto tais*, porém não o assim-chamado Estado central, que está *coordenado* a esses estados-membros. Se porém há apenas uma violação do ordenamento federal enquanto ordenamento parcial, ela não pode ser imputada ao estado-membro enquanto tal. Percebe-se também que podem ser violados não apenas deveres impostos pela Constituição total aos estados-membros, mas também deveres que essa mesma Constituição impõe ao assim-chamado Estado central, à União ou *Reich* enquanto tais. Esses deveres referem-se antes de mais nada a atos legislativos. Assim, um dever imposto pela Constituição total é violado quando a lei de um estado-membro ultrapassa a competência prescrita ou quando, ainda dentro de tal competência, adota um conteúdo vedado pela Constituição total; quando, por exemplo, uma lei constitucional do estado-membro, em contradição com a Constituição total, introduz a monarquia ou suprime a liberdade de religião e de consciência garantida por ela. Tal violação da Constituição total, no entanto, pode acontecer não apenas mediante leis dos estados-membros, mas também mediante leis da União (*Reich*). Isso torna-se de imediato evidente quando esta ultrapassa seus limites de competência, pois nesse caso está interferindo diretamente na esfera de competência dos estados-membros. Aqui porém trata-se de uma violação

da Constituição total, exatamente como no caso em que, em contradição com a Constituição total, a forma do Estado fosse modificada ou a liberdade de opinião suprimida por uma lei federal. Isso se tornaria de imediato evidente nos dois últimos casos se a alteração da Constituição total e o poder legislativo federal fossem entregues cada um a órgãos diferentes. Como esse, via de regra, não é o caso, não nos damos conta de que a forma de Estado da União – república ou monarquia – é apenas a forma de Estado de uma entidade parcial, exatamente como a de um estado-membro. Em outras palavras, se – como via de regra é o caso – a primeira Constituição do Estado federativo, enquanto Constituição total, regula toda a Constituição da federação e não se limita apenas a estabelecer traços fundamentais – como em relação aos estados-membros – então *qualquer* violação da Constituição federal, enquanto Constituição de uma entidade parcial, é ao mesmo tempo violação da Constituição total. Apenas que, como o procedimento de alteração da Constituição total coincide com o procedimento de alteração da Constituição federal e como o legislador federal é, ao mesmo tempo, legislador responsável pela Constituição total, ao servir-se de uma lei constitucional ele evita qualquer violação da Constituição total, ao passo que o legislador do estado-membro não pode superar os limites traçados pela Constituição total nem mesmo através de lei constitucional (pressupõe-se aqui, naturalmente, que haja uma diferença de procedimento entre a legislação ordinária e a constitucional). Violações da Constituição total, no entanto, podem ocorrer não apenas mediante atos legislativos, mas também mediante atos executivos, na medida em que tais atos estejam normatizados diretamente na Constituição total. Pode-se tratar aqui tanto de atos executivos dos estados-membros como da União.

É condição da intervenção federal que o estado-membro *enquanto tal* tenha violado seu dever. O fato ilícito é imputado

ao estado *enquanto tal*, assim como a intervenção federal se dirige contra o estado *enquanto tal*, e não contra um indivíduo; é assim, pelo menos, que está formulada a teoria tradicional, bem como o texto das Constituições federais. Ora não devemos desenvolver aqui toda a problemática do tão discutível conceito de ilícito estatal; bastará apenas investigar em que sentido é possível atribuir atos de Estado à União e ao estado-membro enquanto entidades parciais distintas; qual é o critério para que um ato de Estado deva valer como ato da União e não de um estado-membro, e vice-versa. *Num primeiro momento*, nos contentaremos com o fato de que a violação de um dever designado como próprio do Estado, na medida em que o ato de seu *cumprimento* vale como ato de Estado, seja também imputada ao Estado, considerada como um ilícito do Estado. Deve-se porém estabelecer que só poderemos falar do estado-membro enquanto tal, *nos limites da sua própria competência*, já que o estado-membro enquanto tal – do mesmo modo que a União – existe apenas dentro desses limites. Se um ato entra na competência da União, é imputado a ela, ou seja, com referência à unidade desse ordenamento *definido pela sua competência*, ele é um ato estatal da União, independentemente de qual seja a espécie de órgão designado para praticar esse ato. Segue-se daí que nos casos da assim-chamada *execução federal indireta* (administração indireta do *Reich*) através do estado-membro – ou melhor, através de autoridades que *em outros casos* atuam como órgãos do estado-membro, mas que nessa função de execução federal indireta são de fato órgãos *federais* – o estado-membro *enquanto tal* não entra em consideração. Em outras palavras: no caso da assim-chamada execução federal indireta os atos correspondentes à competência da União devem ser imputados não ao estado-membro, mas à União, enquanto entidade parcial. Nesses atos quem age é a União e não o estado-membro, ainda que os titulares dessa função federal

sejam indivíduos que em outras funções – que se incluem na competência do estado-membro, isto é, dentro da competência executiva autônoma do estado-membro – agem como órgãos deste. No âmbito da execução federal indireta, os funcionários que em outros casos agem como órgãos do estado-membro são sem dúvida órgãos federais, mais precisamente autoridades federais com competência limitada a uma parte do território da federação. Enquanto tais, estão subordinados às autoridades federais centrais, e – nesse âmbito – sujeitos às suas ordens. Se por execução federal indireta deve ser entendida tal relação jurídica – e esse é o caso tanto segundo a Constituição do *Reich* alemão (arts. 14, 15) como segundo a Constituição federal austríaca (arts. 102, 103) – então não se pode, quando se trata de funções da execução federal indireta, falar de um dever do estado-membro *enquanto tal* de cumprir essas funções. Essa interpretação – e aqui não se trata de nada mais que a interpretação de um fato jurídico – seria incompatível com a coordenação entre União e estado-membro, que é essencial para a estrutura do Estado federativo. Pois nesse caso estamos claramente diante de uma relação entre superior e subordinado, já pelo fato de que são leis federais que são executadas, e a execução por sua natureza está subordinada à legislação. Contudo, onde se estabelecesse para os órgãos incumbidos da execução de leis federais um dever de obediência em relação às autoridades federais, como na administração indireta prevista na Constituição do *Reich* alemão e na Constituição federal austríaca, haveria – se essa execução fosse atribuída em instância inferior e intermediária ao estado-membro, porém em instância superior à União – uma relação de superioridade e subordinação entre estado-membro e União. Na verdade, porém, trata-se somente de uma relação *interior à União*, isto é, entre duas autoridades federais, quais sejam: uma autoridade federal central, *direta*, e uma autoridade federal local, *indireta* – partindo-se sempre do pressupos-

to de que União e estado-membro só existem dentro de suas competências, ou seja, que a atribuição à União e ao estado-membro, como referência de atos de Estado à unidade de ordenamentos parciais, se orienta *segundo o âmbito objetivo de validade* desses ordenamentos, os quais somente podem ser diferenciados segundo esse âmbito objetivo de validade.

Quanto à estrutura da *execução federal indireta*, existem algumas diferenças entre a Constituição do *Reich* alemão e a austríaca. O que a Constituição austríaca denomina “execução federal indireta” aparece na Constituição alemã como “supervisão do *Reich*”. Além disso, a competência legislativa do *Reich* segundo a Constituição alemã coincide, em toda sua extensão, com sua competência executiva, de modo que em todas as matérias nas quais o *Reich* tenha competência legislativa cabe-lhe também a execução³. Essa execução é parcialmente *descentralizada* de maneira que, segundo a Constituição, as leis do *Reich* – desde que não disponham de modo diferente – devem ser executadas pelas autoridades do *esta-*

3. O art. 5º da Constituição alemã diferencia, do mesmo modo que a Constituição austríaca nos arts. 10 ss., entre matérias da União e matérias dos estados: “matérias do *Reich*” e “matérias do estado”, confiando o exercício do poder público nestas aos órgãos estaduais, naquelas aos órgãos do *Reich*. O “poder público” se expressa nas funções legislativa e executiva. Uma divisão das matérias entre a competência do *Reich* e a dos estados acontece, no entanto, somente com relação à *função legislativa*. Nos arts. 6º ss. são indicadas as matérias que recaem na competência *legislativa* do *Reich* ou dos estados. Uma divisão distinta das matérias, respeitante à *função executiva* – tal como acontece na Constituição austríaca – não é realizada. Antes, o art. 14 se limita a estabelecer que as leis federais devem ser cumpridas pelas autoridades estaduais, na medida em que tais leis não disponham de modo diferente. Isto não significa, eventualmente, que o *Reich* tenha apenas competência legislativa, porém não executiva; mas sim, ao contrário, que o *Reich*, onde quer que tenha competência legislativa, *tem também competência executiva*. A execução das leis do *Reich* é “matéria do *Reich*” no sentido do art. 5º; o poder público – isto é, aqui, o poder do *Reich* – é exercido nessas matérias por órgãos do *Reich*, em parte indiretos (art. 15), em parte diretos (art. 16).

do (art. 14), que agem aqui como autoridades *indiretas do Reich*. A execução de leis do *Reich* – e esse é o âmbito da competência do *Reich* no setor executivo – se dá portanto através de suas autoridades diretas ou indiretas. A posição das autoridades indiretas é definida pela *supervisão do Reich* regulada no art. 15. Na Constituição austríaca a competência legislativa da União parece ser mais ampla que a executiva. Abstraindo-se da jurisdição, que é atribuição federal, existem leis federais que são executadas em todas as instâncias por autoridades federais próprias (administração federal *direta*); depois, leis federais que – dentro de um âmbito de ação delegado e sob supervisão federal – são executadas pelas autoridades estaduais em instância intermediária e inferior (administração federal *indireta*); e finalmente leis federais que são executadas pelas autoridades estaduais em todas as instâncias sem supervisão federal. Aqui a Constituição federal fala de matérias que se incluem na competência da União no que toca à função legislativa e na competência dos estados no que toca à atividade executiva, de modo que o estado aqui parece executar leis federais dentro de sua própria competência. No entanto essa interpretação que a Constituição – por motivos políticos – dá ao fato material real, positivo, não é, em absoluto, incontestável. A diferença entre a execução de leis federais que aparece como administração federal indireta e a que aparece como administração autônoma do estado é a seguinte: no primeiro caso a tramitação pelas instâncias administrativas vai, em princípio, até as repartições federais centrais, mas no segundo caso termina nos governos estaduais; e no primeiro caso cabe às repartições federais centrais um direito de instrução em relação ao chefe estadual – titular da administração federal indireta – mas isso não acontece com a execução de leis federais no âmbito da assim-chamada administração autônoma do estado. Onde a Constituição federal fala de uma “competência do estado” para a execução de leis

federais, não estamos diante de outra coisa que um grau mais alto de descentralização na execução de tais leis; como porém a legislação não é, essencialmente, outra coisa que a regulação da execução, também no caso de uma execução tão descentralizada trata-se apenas da concretização de uma competência da União. Isto se mostra com maior clareza quando por exemplo a União, em virtude de sua própria competência legislativa num determinado setor administrativo, se limita a revogar as leis que autorizavam as autoridades administrativas do estado a desenvolver suas atividades, estabelecendo assim plena liberdade nessa esfera. Nesse caso a competência executiva do estado – ao menos enquanto não for editada nenhuma lei *federal* que autorize a atividade administrativa das autoridades do estado – é eliminada ou dada apenas potencialmente. Nas matérias a cujo respeito a Constituição austríaca atribui à União somente a função legislativa, a executiva porém aos estados, a União, em verdade, também é *dominus litis* no que toca à execução. A competência legislativa contém – sem prejuízo da mais ampla descentralização – a competência executiva.

A Constituição alemã sem dúvida não conhece uma descentralização tão ampla na execução de leis do *Reich* tal como estabelecido na Constituição austríaca para todos os casos em que esta fala de uma competência legislativa da União, mas de uma competência executiva dos estados. Não existe execução de leis do *Reich* sem a supervisão do próprio *Reich*. A execução de leis do *Reich* é, se não direta, pelo menos sempre indireta, ou seja, execução por parte de autoridades dos estados sob supervisão do *Reich*. Em compensação, a administração indireta do *Reich* (no que se refere à comparação com a Constituição austríaca, deve-se falar apenas de *administração* indireta do *Reich*), regulada do ponto de vista da supervisão do próprio *Reich*, é em um ponto menos centralista que a administração federal indireta contem-

plada pela Constituição austríaca. A disposição desta última, segundo a qual “nas matérias da administração federal indireta a cadeia de instâncias administrativas vai, a não ser que expressamente disposto de outra forma por lei federal, até os ministérios federais competentes”, não encontra análogo na Constituição alemã. Em contrapartida, o governo federal, bem como qualquer ministro federal competente no âmbito da administração federal indireta, pode dirigir normas gerais e individuais (decretos e ordens administrativas) apenas ao *chefe estadual*, porém não a membros do governo estadual incumbidos de matérias da administração federal indireta, nem a outras autoridades estaduais inferiores. Segundo a Constituição alemã, o governo do *Reich* (não os ministros isoladamente), a título de supervisão do *Reich*, pode transmitir “instruções gerais”, portanto normas gerais, às autoridades estaduais encarregadas da execução das leis do *Reich*, e não apenas ao governo estadual, mas também diretamente às respectivas autoridades. Normas individuais, ordens administrativas, no entanto, só podem ser transmitidas aos governos estaduais, e apenas se forem eliminadas deficiências evidenciadas no cumprimento de leis do *Reich* (a assim-chamada censura por deficiências do art. 15, § 3º): uma limitação que a Constituição austríaca não conhece. Apesar dessas diferenças existe, tanto na Constituição alemã como na austríaca, uma *relação de superioridade e subordinação* entre as autoridades federais centrais *diretas* e as autoridades estaduais que atuam como autoridades federais locais *indiretas*. O governo do *Reich* alemão é autoridade superior em relação aos governos estaduais tanto quanto o governo federal austríaco em relação aos chefes estaduais, e isso na medida em que tanto os governos estaduais alemães, como os chefes estaduais austríacos *estão vinculados às normas gerais, e especialmente às normas individuais* que o governo do *Reich* e o governo federal austríaco têm poder de estabelecer, o primeiro

a título de supervisão do *Reich*, o segundo no âmbito da administração federal indireta. Também nesses dois casos não há uma relação de superioridade e subordinação entre o *Reich* e os estados; tal relação seria – como mostramos acima – incompatível com a coordenação entre União [*Reich*] e estado-membro, essencial ao Estado federativo. Essa relação existe *no interior* do *Reich* (isto é, da União), entre duas autoridades do *Reich*⁴.

4. Tenho consciência de que, com a visão defendida acima, coloco-me em desacordo com o ensinamento tradicional de que a supervisão compete ao *Reich* em relação aos estados *enquanto tais* (cf. a respeito ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis* ("A Constituição do Reich Alemão, um comentário para ciência e prática"), 3ª e 4ª eds., pp. 75 ss.). Por trás desse construto – e não se trata aqui de outra coisa – acha-se uma certa tendência descentralista. Ao afirmar que a supervisão do *Reich* se aplica aos estados *enquanto tais*, queremos dizer que ela – como se exprime com exatidão ANSCHÜTZ – "abrange os estados como unidades fechadas" (ib., p. 76); isto significa que as autoridades centrais do *Reich*, sob o título da supervisão, "podem endereçar diretamente suas pretensões e disposições sempre e somente ao governo que personifica e representa externamente o estado, mas não às autoridades estaduais subordinadas a este" (ib.). Mas mesmo que, no plano do direito positivo, tal intervenção direta das autoridades centrais sobre as autoridades subalternas e tal exclusão das autoridades intermediárias estivessem fora de questão, isso ainda não seria razão suficiente para negar a atribuição dos atos dessas autoridades subalternas à entidade jurídica da qual as autoridades centrais atuam como órgãos. A forma de descentralização pela qual a autoridade central só pode dirigir-se à autoridade subalterna através de uma autoridade intermediária também se acha, ocasionalmente, no Estado unitário centralista! Porém, independentemente disso, a Constituição do *Reich* alemão de modo algum regulou a supervisão do *Reich* de modo tão descentralista. Afinal, o governo do *Reich* pode dirigir-se, por meio das "instruções gerais" do art. 15-2, também *diretamente* às autoridades do estado subordinadas ao respectivo governo. Existem também outros casos, com regulação legal específica, de influência direta do governo do *Reich* sobre autoridades estaduais (cf. ANSCHÜTZ, ib., p. 76). Não se pode, decerto, interpretar todos esses casos como "exceções" de uma "regra" não expressa no direito positivo. A Constituição federal austríaca, que nos casos da administração federal indireta realmente exclui qualquer influência direta sobre as autoridades subordinadas ao chefe estadual e até mesmo sobre outros membros do governo estadual, inclui na competência da União os atos de execução das

A fim de apoiar essa concepção pode-se apontar também para o fato de que pode haver não apenas uma execução federal indireta, isto é, uma execução das leis federais por parte dos estados-membros, mas também o contrário: uma execução direta de leis dos estados-membros por parte de órgãos federais; e que tais órgãos federais, na medida em que executam leis dos estados-membros, efetivando competências dos

autoridades estaduais aqui sob exame. Deve-se considerar também que a estrutura da supervisão do *Reich* – claramente carregada de tendências *federalistas* – como um direito de soberania do *Reich* dirigido contra o estado enquanto tal, se examinada a fundo de modo conseqüente, leva necessariamente a uma interpretação bastante *unitária* da relação entre *Reich* e estado. Se a supervisão do *Reich* é dirigida contra o estado enquanto tal, então o estado enquanto tal tem que estar sujeito ao *Reich*, e a idéia, essencial para o Estado federativo, de uma coordenação entre *Reich* e estado, é destruída. Por isso ANSCHÜTZ, muito coerentemente, afirma: “No presente caso (de censura por deficiência no exercício da supervisão do *Reich*), *Reich* e estado não se colocam frente a frente como iguais, mas sim como soberano e súdito. A censura é um ato de soberania do *Reich* diante do estado, submetido ao seu poder” (ib., p. 78). Na verdade – isto é, se nos atemos apenas ao fato material real – ela é a ordem dada por um órgão direto do *Reich* a um órgão indireto do mesmo *Reich*. Nos atos deste último não é o estado que se torna existente, mas sim o *Reich* – eis que se trata de uma competência do *Reich*. Se partimos desse ponto de vista, podemos também evitar a construção artificiosa que ANSCHÜTZ se vê constrangido a fazer quando diz a respeito das instruções gerais do governo do *Reich* às autoridades estaduais de acordo com o art. 15-2: “O governo do *Reich* as emite, *pode-se dizer*, *‘como se’* fosse a instância administrativa superior ao governo estadual (o que ele não é...)” (ib., p. 77). Pois o governo do *Reich* é instância administrativa superior em relação às autoridades estaduais que atuam como autoridades indiretas do *Reich*. A relação de superioridade consiste fundamentalmente em que um órgão está vinculado às normas, especialmente as *individuais*, as ordens administrativas, que um outro órgão está autorizado a emitir. Contestar uma relação de superioridade entre governo do *Reich* e governos estaduais está em contradição com as disposições da cláusula 2ª e, particularmente, da cláusula 3ª do art. 15. Se em lugar da expressão abreviada “governo estadual” falássemos de indivíduos que, agindo em outros casos como autoridades estaduais, no caso do art. 15 atuam como autoridades do *Reich*, ou seja, como autoridades subordinadas ao governo do *Reich*, não existiria nenhum problema.

próprios estados-membros, atuam como órgãos dos estados-membros, do mesmo modo que, inversamente, as autoridades destes se transformam em autoridades federais indiretas quando executam leis federais. Assim, por exemplo, a Constituição federal austríaca prevê expressamente, no art. 97, a possibilidade de que leis estaduais – em matérias que recaiam tanto executiva quanto legislativamente na competência do estado – confiem a própria execução a autoridades federais. Se atribuíssemos esses atos executivos à União, do mesmo modo como erroneamente se atribuem ao estado os atos da assim-chamada execução federal indireta – na medida em que neste último caso se fala de uma obrigação, por parte do estado, de executar leis federais – então haveria, no caso mencionado acima de administração indireta do estado, uma subordinação da União ao estado-membro. Entretanto devemos ter em mente que a concepção tradicional do Estado federativo não iria se opor a semelhante noção porque, por exemplo, é impossível haver entre União e estado-membro qualquer relação de subordinação e superioridade, mas sim o contrário, porque se considera que a União, identificada com a entidade total, está colocada essencialmente acima dos estados-membros.

Embora a teoria alemã do direito público apresente os órgãos da administração indireta do *Reich* definidos nos arts. 14 e 15 da Constituição como órgãos do *Reich*, ainda que *indiretos*, não se duvida no entanto – e com razão – de que a Constituição também prevê como *condição para a intervenção do Reich* a inexecução de uma lei do *Reich* por parte das autoridades estaduais consideradas como órgãos indiretos do *Reich*. A seguinte disposição do art. 48 da Constituição do *Reich* alemão: “Se um estado não cumpre os deveres que lhe cabem segundo a Constituição ou leis do *Reich*, o presidente pode obrigá-lo a tanto com auxílio das forças armadas” é interpretada, de modo bastante generalizado e correto, no sentido de que devem valer como violações dos deveres do *estado* não apenas a invasão de competência, não ape-

nas a violação do art. 17, mas também dos arts. 14 e 15, vale dizer, das disposições concernentes à administração indireta do *Reich* por meio dos governos estaduais. No art. 48, portanto, são indicadas também como “deveres do *Reich*” as funções da administração do *Reich* a serem desempenhadas por órgãos (indiretos) do *Reich*, embora o art. 15 não fale de deveres do “estado”, mas sim “do governo estadual”, “das autoridades estaduais”, “das autoridades centrais do estado”, e se possa deduzir sem problemas que ele alude aos indivíduos que *em outros casos* atuam como governos estaduais, autoridades estaduais, autoridades centrais do estado. Se portanto não existe dúvida de que segundo o art. 48 a intervenção do *Reich* também pode acontecer no caso de que as autoridades indiretas do *Reich* indicadas no art. 15 não cumpram seus deveres ali transcritos, pode-se discutir se o art. 48 qualifica com razão esse fato como violação de um “dever do estado”. Uma vez que se trata aqui apenas de uma interpretação teórica por parte do legislador, que de modo algum pode ser vinculante, não se arranha o direito positivo se respondemos *negativamente* a essa questão da única teoria pertinente, e assim afirmamos que a intervenção federal não está prevista apenas para o caso em que um estado-membro *enquanto tal* viole os deveres que lhe impõe a Constituição total, mas também para o caso em que determinados órgãos *federais* não cumpram certos deveres que lhes são impostos pela Constituição.

III.

Também nos casos em que, por força do princípio de atribuição aqui referido, pode-se falar de um “dever do estado-membro”, é no entanto recomendável não perder de vista – por causa dessa imagem auxiliar do estado como sujeito ou titular

do dever – o fato material real: que *indivíduos* qualificados de determinado modo pelo ordenamento estatal são obrigados – enquanto órgãos do estado – a uma determinada conduta. Todos os deveres jurídicos, inclusive os interpretados como sendo “do Estado”, podem ter por conteúdo apenas a conduta de indivíduos. Se um “estado” é obrigado pelo ordenamento a uma determinada conduta, isso não significa outra coisa que uma espécie de obrigação *indireta*, na medida em que o ordenamento que impõe a obrigação regula a conduta enquanto tal a fim de definir o indivíduo que deverá tê-la, instituindo porém uma outra figura que é o “Estado obrigado”. Esse recuo até o fato material real da conduta do indivíduo, que é interpretada como conteúdo de um dever “do Estado”, é de grande importância quando se trata de imputar ao estado não o *dever*, mas a *violação* do dever, um fato ilícito. Pois somente essa redução mostra que a atribuição do *cumprimento* do dever, ou seja, de um ato *jurídico*, tem um sentido totalmente diverso da imputação da *violação* do dever, ou seja, de um ato *ilícito*⁵. Se no primeiro caso estamos diante daquela que denominei atribuição “central”, isto é, a referência de um fato material, regulado de determinado modo, à unidade do ordenamento regulador (atribuição à *pessoa*), no segundo se trata daquela que denominei atribuição “periférica”, isto é, a ligação de dois fatos materiais através da norma que os define como condição e conseqüência (atribuição ao *fato material*)⁶. O fato de que uma ilegalidade, um *ato ilícito*, não possa ser imputado ao Estado no mesmo sentido de um *ato lícito*, isto é, de um ato – como se costuma dizer figuradamente – *desejado* pelo Estado, de um ato

5. Perde-se na tradução o paralelo e a assonância entre *Rechtsakt* (“ato jurídico”) e *Unrechtsakt* (“ato ilícito”). (N. do T.)

6. Cf. a respeito os meus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (“Problemas centrais da teoria do direito público”), 2.^a ed., pp. IX ss., e minha *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., pp. 48 ss., 65 ss., 212, 248, 267 ss.

previsto especificamente no ordenamento estatal como *devido*, é facilmente compreensível. Se porém quisermos entender o que a imputação de um fato ilícito ao Estado pode efetivamente significar, é necessário primeiramente esclarecer o significado da relação definida como imputação de um fato ilícito dentro da esfera das ações e omissões do indivíduo. Também aqui o que importa – no âmbito do conhecimento *jurídico* – não é qual indivíduo originou o fato num sentido físico-psíquico, quem é o autor físico-psíquico, mas sim a qual indivíduo está *ligado juridicamente* um fato material (dentro do qual a conduta físico-psíquica do indivíduo, via de regra, constitui elemento essencial). Nesse sentido, um fato ilícito é imputado a determinados indivíduos na medida em que a pena – o ato coercitivo da punição ou execução –, ligada a esse fato ilícito no preceito jurídico, se dirige contra tais indivíduos. A relação designada como “imputação” liga um determinado fato ilícito da conduta individual a um ato coercitivo característico do direito e qualifica o primeiro como “ilícito”. Uma determinada punição é referida a um determinado fato ilícito (punível) ou vice-versa. Se a linguagem corrente afirma que um determinado fato, uma determinada conduta, é imputada a determinado *indivíduo*, trata-se de uma *abreviação* – explicável por diferentes razões que não podemos expor mais detidamente aqui. No lugar do suporte fático [*Tatbestand*] da norma coercitiva – de que faz parte o indivíduo com relação ao qual esse ato deve ser executado – entra, na visão corrente da relação de imputação – dir-se-ia como *pars pro toto* –, justamente esse determinado indivíduo sobre o qual recai a coerção. Através do indivíduo determinado contra o qual ele se dirige, o ato coercitivo é caracterizado *por seu objeto específico*. O fato é imputado àquele que – por causa do próprio fato – deve ser punido. Essa é a formulação da imputação sob o ponto de vista do *direito positivo*. Uma outra questão é: a quem determinado fato deve ser – com justiça – imputado, isto é, como o suporte fático

deve ser descrito quando o direito positivo lhe quer ligar um determinado ato coercitivo contra um determinado indivíduo. Esse é o ponto de vista da *política do direito*. Do ponto de vista do direito positivo, um indivíduo não é punido por um fato determinado porque esse fato lhe é imputado, mas, ao contrário, o fato lhe é *juridicamente* imputado porque (com base nos motivos da sentença) ele deve ser punido. A ligação de um fato a determinado indivíduo, denominada “imputação”, ocorre no direito positivo como ligação desse fato a um ato coercitivo dirigido contra esse indivíduo; essa ligação é efetuada pelo preceito jurídico. A teoria do direito positivo precisa contar com a possibilidade de que o indivíduo – cuja conduta forma o fato que condiciona a pena – não seja o mesmo indivíduo contra o qual se dirige o ato coercitivo da pena. O direito positivo pode satisfazer a exigência – resultante de nossa atual consciência jurídica – de coincidência entre esses indivíduos, mas não é obrigado a fazê-lo e nem sempre o faz. Em todo caso, devemos insistir em que o autor físico-psíquico não tem necessariamente de ser aquele a quem o fato é imputado *juridicamente*, na medida em que a pena prevista para o fato deve juridicamente alcançá-lo. Como exemplo pode servir a responsabilidade, ainda presente no direito moderno, por culpa alheia (ou melhor, por um fato cujo sujeito físico-psíquico é outro indivíduo), como no caso de danos causados por uma criança; ou o caso da responsabilidade por reféns ou a responsabilidade coletiva. O direito positivo também não precisa satisfazer a exigência de que o ato coercitivo da pena seja dirigido apenas contra o indivíduo que produziu o fato material – ao qual é ligado o ato coercitivo como pena – de modo intencional ou por incúria, ou seja, *culposamente*. Em outras palavras: o fato ameaçado pelo ordenamento jurídico com um ato coercitivo não precisa necessariamente conter um momento subjetivo, isto é, uma determinada conduta mental do indivíduo contra o qual se dirige o ato coercitivo. *No plano do direito positivo* o fato

também pode ser imputado àquele que não é o autor psíquico, ainda que a consciência jurídica possa ser mais ou menos contrária a isso. De fato, os modernos ordenamentos jurídicos incluem numerosos casos de ilícito não-culposos, da assim-chamada responsabilidade objetiva.

O que, portanto, pode significar a imputação ao “Estado” de um fato ilícito? A fim de examinar a fundo esse problema, é necessário conceber essa imputação ao Estado como caso de *imputação de um ilícito a uma pessoa jurídica*. A esse respeito, não é possível reconhecer de antemão que deveria existir, como por vezes se assume, alguma diferença entre o Estado e as outras pessoas jurídicas. Carece de fundamentação suficiente a teoria, freqüentemente apresentada, segundo a qual somente ao Estado se poderia imputar um ilícito *culposos* e portanto *punível*, ao passo que às outras pessoas jurídicas – interiores ao Estado – se poderia imputar apenas o ilícito civil⁷, ou seja, um fato ilícito ao qual se liga não uma punição mas sim a execução, supondo-se que tal fato ilícito não precisasse conter o momento subjetivo da culpa. Que na linha do direito positivo nada se oponha a que, em determinados casos, a execução seja ligada apenas a um fato ilícito culposos, é algo bastante evidente, do mesmo modo como a pena pode seguir-se a um fato não-culposos. *Deve-se separar bem o ponto de vista da política do direito e o da teoria jurídica*. Mas isso é apenas acessório. O que importa é saber por que o ilícito cometido culposamente, ou seja, punível, deve ser imputável apenas ao Estado e não às outras pessoas jurídicas. O fato a ser imputado não é – no sentido físico-psíquico – produzido pelo “Estado” ou pela “pessoa jurídica”, mas sim, em ambos os casos, apenas por um indivíduo que pode agir (ou se omitir) culposamente ou não. A questão sobre a quem um fato ilícito é juridicamente

7. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 49.

imputado resolve-se – como se depreende do exposto acima – não segundo o indivíduo que o produz no sentido físico-psíquico – e apenas neste pode haver o momento da culpa – mas sim tendo em vista o indivíduo com relação ao qual deve ser executado o ato coercitivo, e que não precisa coincidir com o autor físico-psíquico.

Pois bem, com relação a quem é executado o ato coercitivo, quando se trata de uma pessoa jurídica, por exemplo uma associação ou o Estado? Aqui, de início, parece haver uma diferença entre pena e execução civil. Se é verdade que a pena *pecuniária* e a execução civil não apresentam sequer uma diferença superficial, pois a primeira, tal como a segunda, consiste na privação compulsória de um valor patrimonial e pode desembocar num ato idêntico à execução civil, existe por outro lado a propensão a considerar pessoas jurídicas enquanto tais como sujeitas à execução civil e à pena pecuniária, mas não à privação da liberdade ou da vida (pena de morte) e a atos coercitivos assemelhados – porque representam um mal físico-psíquico infligível apenas ao corpo do indivíduo. Quando se crê que uma associação poderia sofrer execução e ser condenada a uma pena pecuniária, mas não sofrer a pena privativa de liberdade ou mesmo a pena de morte, isto é sem dúvida um erro, provocado pelo fato de não se olhar através do véu que o conceito de pessoa jurídica estende sobre a realidade dos fatos materiais do comportamento individual. Que a pessoa jurídica seja proprietária de bens é apenas uma expressão abreviada para dizer que esses bens pertencem aos indivíduos que a formam, que seu usufruto e disposição, porém, são disciplinados ao modo particular previsto no regulamento da associação, portanto de maneira diferente da assim-chamada propriedade individual. Mais que da propriedade da pessoa jurídica, poder-se-ia falar de uma *propriedade corporativa dos indivíduos*. Uma diminuição forçada dessa propriedade – no curso de uma execu-

ção civil ou da execução de uma pena pecuniária – significa portanto que *todos os membros da corporação* são compulsoriamente privados de um valor patrimonial, em consequência de um fato ilícito eventualmente praticado por apenas um único membro – o órgão que atuou ilegalmente –, culposamente ou não. É o caso típico da *responsabilidade coletiva* ou da *responsabilidade objetiva*, esta também quando a sanção contra o patrimônio social se deve aplicar apenas em caso de ação ou omissão culposa do *órgão social*. Ora, seria igualmente possível uma norma de direito positivo que, no caso de um ilícito cometido pelo órgão social, prevísse a reclusão ou a pena capital para todos os membros da associação. E esses atos coercitivos se dirigem nem mais nem menos contra a associação enquanto tal, isto é, de modo nada diferente da execução civil ou da pena pecuniária; com a diferença de que nossa consciência jurídica rejeita tais sanções como demasiado cruéis. E como acontece com frequência, o que é um postulado de *política* do direito, quando ressaltado emotivamente com certa intensidade, ganha uma roupagem de teoria do direito, isto é, transforma-se na seguinte doutrina: a pessoa jurídica está, de acordo com sua *essência*, sujeita apenas à execução civil, eventualmente à pena pecuniária, mas não às penas privativas de liberdade ou de morte. E na medida em que se considera – reinterpretando igualmente um postulado político-jurídico como verdade teórico-jurídica – a punição (ou pelo menos as penas privativas de liberdade ou de morte) ligadas por sua essência apenas a um fato ilícito produzido *culposamente* (nenhuma punição sem culpa), chega-se à suposição de que a pessoa jurídica seria imputável apenas por ilícito civil, isto é, com abstração da culpa.

A opinião de que a pessoa jurídica pode ser imputada pelo fato exterior da conduta ilícita de um órgão, porém *não* com o momento da culpa, pois este, enquanto processo psíquico que ocorre no interior de cada pessoa, seria altamente

individual e portanto intransferível, praticamente não requer – por carecer de qualquer fundamento – uma refutação mais detalhada. O ato exterior de um indivíduo não pode ser separado de seu motivo psíquico, e este, tanto quanto aquele, individualmente e do ponto de vista externo ao direito, não é transferível.

Eis porém – afirma a teoria tradicional – que justamente o Estado, diferindo das outras pessoas jurídicas, teria capacidade para o ilícito culposo; isto significa que, no âmbito do direito internacional, um fato ilícito culposo pode ser imputado ao Estado com relação a outros Estados (e também dentro da esfera do Estado federal na relação entre o estado-membro e o assim-chamado Estado central). Por que, no entanto, deveria justamente a pessoa jurídica “Estado” ser capaz de cometer um ilícito culposo, quando, também nesse caso, é o indivíduo que pode, culposamente ou não, produzir o fato ilícito? Essa evidente incongruência da teoria se explica imediatamente quando nos perguntamos qual é o ato coercitivo que, segundo o direito internacional, é posto como consequência do fato ilícito a ser imputado ao Estado, e contra qual indivíduo ele se dirige. Trata-se, ao fim e ao cabo, da *guerra*, isto é, um complexo de atos coercitivos, quais sejam: destruição e confisco forçado de bens objeto de propriedade privada ou coletiva dos indivíduos que compõem o Estado, privação forçada da liberdade e da vida de indivíduos que “pertencem” ao Estado contra o qual se faz guerra. Apesar de que talvez se resolva ainda dizer que o “Estado” é saqueado quando a propriedade privada de seus súditos é destruída ou confiscada na guerra, não se considerará possível que o Estado seja feito prisioneiro, ferido e mutilado, ou receba a pena de morte. Se decomposermos a “guerra” nos atos coercitivos isolados de que é formada, teremos que afirmar que se dirige somente contra os indivíduos atingidos por ela. E se ainda assim nos atermos ao uso lingüístico – e se trata de

um uso enganoso, que se apresenta como “teoria” do direito internacional – segundo o qual a guerra enquanto tal é feita somente contra o Estado *enquanto tal* e não contra os indivíduos que compõem o Estado, trata-se com essa terminologia apenas de colocar um véu sobre o fato de que, como consequência de um ilícito produzido por um ou mais indivíduos determinados – enquanto órgãos do Estado –, prevê-se um ato coercitivo ou um complexo de atos coercitivos que se dirigem essencialmente contra *indivíduos totalmente diversos* daqueles que – culposamente ou não – produziram o fato ilícito. Com isso pretende-se ofuscar o fato de que se trata de um caso de responsabilidade coletiva e objetiva que fere a nossa consciência jurídica. E com isso torna-se claro o motivo do esforço por reconhecer a capacidade do Estado – diferentemente das outras pessoas jurídicas – de cometer ilícitos culposos. A guerra é, pois, uma punição idêntica ao ato coercitivo, é uma pena privativa de liberdade e de morte, elevada, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, à máxima potência. É uma pena que atinge basicamente os inocentes. Se essa punição se dirige contra o Estado enquanto tal – com o que se mascara o fato da responsabilidade coletiva, doloroso para nossa consciência jurídica – então se deve também, para que não se possa infligir a pena mais terrível sem uma culpa, poder afirmar que o Estado contra o qual se dirige a guerra pode cometer ilícitos culposos; deve-se gerar uma aparência de responsabilidade por culpa. Dentro do ordenamento jurídico de cada Estado o desenvolvimento da técnica jurídica acompanhou o refinamento da consciência jurídica até alcançar o ponto em que – abstraindo-se de alguns casos particulares – a responsabilidade coletiva e objetiva cedeu lugar à responsabilidade individual e por culpa. Ela ainda permanece, contudo, no âmbito das relações internacionais. Como no entanto justamente esse âmbito não pode prescindir de uma ideologia do *pathos* moral, é afinal muito compreensível que

a fraseologia jurídica pretenda mascarar a realidade dos fatos, isto é, aquela do direito positivo.

Se reconhecemos que um fato ilícito deve ser imputado ao indivíduo a quem – como seu objeto específico – se dirige o ato coercitivo previsto como consequência de tal fato, então compreendemos *que não se pode absolutamente falar de imputação de um fato ilícito a uma pessoa jurídica*, ou seja, falar naquele *sentido específico* em que o conceito de pessoa jurídica encontra sua particular legitimação. A pessoa jurídica é – enquanto personificação do ordenamento jurídico total (Estado) ou de um ordenamento jurídico parcial – essencialmente *sujeito*. Imputação à pessoa significa referência a alguma coisa imaginada positivamente como autor ou titular de uma ação ou omissão, em resumo, de um fato determinado; chama-se pessoa o sujeito de uma conduta autorizada ou imposta; pessoa é o *sujeito de deveres e direitos*. É a referência à unidade do ordenamento, total ou parcial, que estabelece deveres e faculdades. O indivíduo atingido pelo ato coercitivo é *objeto* passivo, e não sujeito desse ato. Por isso será possível relacionar o *cumprimento* do ato coercitivo, da pena, da execução, a algo que seja *sujeito* desse ato, *pessoa*, mas não o ser passivamente punido ou executado. A imputação que abrange o ato coercitivo e pode ser caracterizada pelo *objeto* específico ao qual é dirigida – em resumo, o indivíduo punido ou executado – não é *imputação à pessoa*, mas sim imputação – de um fato material – *a um fato material*. Mesmo quando o ato coercitivo se dirige contra *todos* os indivíduos que – como se diz sem exatidão – formam a pessoa jurídica, não pode ser vista como atingida pelo ato *a pessoa jurídica enquanto tal*, e portanto se considerar o fato ilícito como imputado à pessoa jurídica enquanto tal. O fato, pois, de que a pessoa jurídica, a corporação, seja “formada” por determinados indivíduos, não significa outra coisa que: determinada conduta de determinados indivíduos constitui o conteúdo

das normas, é prevista por normas que formam um sistema unitário, um ordenamento total ou parcial; em outras palavras, que indivíduos são autorizados ou obrigados por esse ordenamento a uma determinada conduta. O indivíduo, ao constituir o *objeto* do ato coercitivo que é executado com relação a ele por outros indivíduos, não pratica uma conduta regulada como dever ou faculdade. Por isso a criatura do ordenamento que se apresenta como pessoa jurídica pode certamente ser tida como sujeito do ato coercitivo que apenas um único indivíduo produz, mas não como sujeito passivo da coerção, mesmo quando todos os indivíduos cuja conduta é estabelecida pelo ordenamento devam sofrer esse ato coercitivo. Se dizemos que é a *associação* que sofre execução quando a execução – mesmo que apenas indiretamente – se dirige contra todos os seus membros (isto é, quando o patrimônio social é compulsoriamente reduzido), e neste sentido se imputa à *associação* o ilícito que é o motivo da execução, essa linguagem significa de forma clara algo *totalmente diferente* do que em geral se entende por pessoa jurídica da associação. A associação aqui é apenas expressão para indicar todos os seus membros, a expressão de uma *soma*. Não se poderia portanto falar de uma execução contra ela, e assim lhe imputar o fato ilícito, quando a execução se dirigisse, por exemplo, apenas contra o patrimônio do *órgão* que produziu o fato ilícito, ou dos membros da direção. Enquanto pessoa jurídica, porém – nisso concordam todas as teorias –, a associação é algo diferente da mera soma dos indivíduos que a compõem. Se configuramos a pessoa jurídica como uma entidade *diferente* dos indivíduos que a compõem, que está *acima* deles, e cuja vontade não só não é a vontade dos indivíduos mas pode também lhes ser *contrária*, isto somente é possível porque na pessoa jurídica é personificado o ordenamento que obriga e autoriza os indivíduos e que se dirige, justamente no ato coercitivo, *contra* os indivíduos que

devem ser nitidamente distinguidos. Se esta é a pessoa que se apresenta no ato coercitivo contra os indivíduos interessados – e que é configurada como sujeito desse ato apenas para clarificar, mediante personificação, a objetividade do ordenamento em relação ao indivíduo –, então é simplesmente absurdo utilizar essa imagem auxiliar da pessoa jurídica de uma maneira em que o ato coercitivo possa se dirigir contra a pessoa jurídica enquanto tal. Trata-se portanto de um uso lingüístico enganoso dizer que a execução civil se dirige contra a associação enquanto tal, na medida em que se desperta a impressão de que se estaria diante da associação à qual se faz referência quando se fala da associação como sujeito de deveres e direitos, como sujeito de atos jurídicos. O significado ético-político que esse uso enganoso assume quando, no direito internacional, se afirma o ato coercitivo da guerra como sendo dirigido contra o Estado “enquanto tal”, imputando-se assim a este o ilícito cometido por indivíduos convocados a atuar como órgãos do Estado já foi esclarecido. Assim adquirimos para o ulterior desenvolvimento deste estudo o conhecimento de que nem a pena, nem a execução civil podem ser dirigidas contra uma corporação interior ao Estado enquanto pessoa jurídica, nem a guerra contra o Estado enquanto tal; que portanto não é possível imputar um fato ilícito a uma pessoa jurídica, nem mesmo à do Estado; e que o uso lingüístico contrário a isto serve apenas para encobrir o fato real de uma responsabilidade coletiva e objetiva, ou seja, a regulação de um ato coercitivo para o fato produzido culposamente ou não por um determinado indivíduo – como órgão coletivo –, sendo que tal ato se dirige contra outros indivíduos, de fato contra todos os indivíduos cuja conduta está regulada por um ordenamento que se expressa na pessoa jurídica à qual se imputa o fato ilícito.

IV.

A aplicação deste conhecimento nas circunstâncias próprias do Estado federativo acontece por si mesma. Intervenção federal é, no seu fato material exterior, um ato coercitivo análogo à guerra. É uma intervenção da força armada – da União ou de vários estados-membros – contra o estado-membro que viola o próprio dever, e se realiza mais ou menos como uma guerra que fosse feita contra esse estado. Isso significa que nas relações entre federação (ou o Estado em sua totalidade) e estado-membro é usada a mesma primitiva técnica jurídica que o direito internacional utiliza nas relações entre Estados. Que deva ser assim porque somente essa técnica jurídica corresponde à essência do Estado nas suas relações com os outros Estados é uma concepção de que voltaremos a tratar mais tarde. Aqui, como resultado do estudo que precede, deveremos apenas afirmar que a intervenção federal – ainda que a Constituição o diga textualmente – não se dirige contra o estado-membro enquanto tal, isto é, enquanto pessoa jurídica; e que a afirmação contrária da teoria e do texto constitucional que a segue não significa outra coisa que: por causa de uma violação de deveres que constitui condição para a intervenção federal, se estabelece uma responsabilidade coletiva dos indivíduos que compõem o estado-membro. Mais ainda: significa que, não obstante o teor literal da Constituição, a violação do dever que constitui condição para a intervenção federal *não* pode ser interpretada como ilícito imputável ao estado-membro enquanto tal. E isso não apenas quando se trate da violação de dever de um *órgão federal* – indireto – mas também no caso de violação de dever por indivíduos que, se tivessem cumprido o dever violado, estariam atuando apenas como órgãos do estado-membro. A disposição de uma Constituição segundo a qual, quando um estado-membro não cumpre os deveres

por ela impostos deve-se proceder à intervenção federal, não significa senão que os súditos do estado-membro são coletivamente responsáveis pelo cumprimento, por parte dos órgãos designados pela Constituição do estado-membro, de certos deveres estabelecidos pela Constituição total com respeito ao exercício da competência do estado-membro; mas além disso: que os súditos do estado-membro são também coletivamente responsáveis pelo cumprimento, por parte de certos órgãos *federais*, mais precisamente os órgãos *federais indiretos*, de deveres que a Constituição – em seu aspecto de Constituição total – lhes impõem com respeito ao exercício da competência da União. Esse é o fato material nu e cru; fica assim destruída a aparência de justificação que a fraseologia utilizada pela teoria e pela prática claramente se propõe: de que somente seria justo e equânime, quando um estado-membro “enquanto tal” se torna culpado de uma violação de dever, proceder contra o estado-membro “enquanto tal”, recorrendo-se assim à intervenção federal, e não à punição do titular do órgão que se comportou culposamente.

Com isso entretanto liquida-se também a tentativa – ocasionalmente efetuada – de deduzir *da essência do Estado federativo*, da natureza da coisa, a intervenção federal como ato coercitivo dirigido contra o estado-membro enquanto tal, e assim também a inadmissibilidade de chamar à responsabilidade por casos de violação da Constituição federal apenas os indivíduos culpados. A Constituição dos Estados Unidos da América – assim se ensina por vezes⁸ – teria sido originalmente interpretada no sentido de que não previa qualquer violação constitucional (alta traição, *treason*) por parte dos estados-membros enquanto tais e que portanto autorizava apenas a punição de indivíduos. Com a Guerra de Secessão, todavia, teria havido a necessidade de reconhecer que os esta-

8. JELLINEK, *op. cit.*, p. 50.

dos-membros *enquanto tais* teriam violado a Constituição e cometido alta traição, sendo portanto considerados “rebeldes” e punidos *enquanto tais*, na medida em que seus direitos – ainda que temporariamente – foram reduzidos e posta uma autoridade militar no lugar do governo autônomo. “Portanto, como reparação pela guerra civil, a União não reduz os direitos dos indivíduos, ela até mesmo anistia o presidente da Confederação; mas reduz os direitos dos *estados*, reconhecendo que os dez *estados* estavam em rebelião. *A natureza da coisa* prevaleceu sobre a teoria de que a União não teria que ver com os estados, mas sim com indivíduos.” Permanece em aberto se a interpretação original da Constituição dos Estados Unidos, aqui mencionada, é ou não exata. Mas da circunstância de que a Suprema Corte da União tenha decidido “that the rebel states made their war as States...” resulta tão pouco que essa construção, aceita por motivos políticos, seja *teoricamente* correta, quanto de um texto constitucional se possa deduzir a exatidão teórica de qualquer interpretação de um fato material. Que a instauração de um regime militar não teria reduzido os direitos dos súditos – assim privados de seu direito de autodeterminação política – mas o direito dos *estados* é insustentável já à primeira vista. O problema todo deve ser formulado corretamente nestes termos: se a Constituição estabelece apenas a responsabilidade individual e culposa de pessoas que a transgridem ou também a responsabilidade coletiva e objetiva. E é de fato impossível e contraditório em si mesmo o intuito de deduzir a partir da essência do Estado a sua capacidade – que outras corporações interiores ao Estado não possuem – de sofrer um ato coercitivo dirigido contra a entidade enquanto tal, e não contra o indivíduo. “Também quando no Estado a corporação é o objeto imediato da coerção, esta se aplica em última instância aos indivíduos que a compõem. A dissolução de uma associação por ordem judicial a título de *punição*, por exemplo,

não se dirige contra a associação enquanto tal, mas contra o conjunto dos seus membros.”⁹ Ora, não se compreende por que não é possível afirmar que a pena de dissolução atinge a associação enquanto tal, tanto mais que ela deixa de existir, enquanto é possível dizer que uma execução civil que atinge o patrimônio da associação dirige-se contra esta como associação. Em ambos os casos são atingidos todos os membros. Como se depreende do que dissemos anteriormente, por nenhum outro motivo se pode afirmar que a intervenção federal atinge o estado enquanto tal; e em ambos os casos o conceito de pessoa jurídica é utilizado de forma errônea. A contradição pode ficar evidente quando o mesmo autor afirma que a intervenção federal – que ele contrapõe ao ato coercitivo dirigido contra a associação porque em última instância “atinge” apenas os membros – “se dirige *não contra cidadãos isolados* do estado em questão, mas sim contra este último, e atinge *culpados e inocentes*”¹⁰. A intervenção federal só “se dirige” contra o Estado, não contra os cidadãos inocentes; estes ela apenas “atinge”. De modo que “a intervenção (federal), por sua vez, não diferentemente da guerra, deve atingir *o indivíduo* apenas na medida em que isso é indispensavelmente requerido pela sua natureza de coerção dirigida contra o estado”¹¹. Portanto a intervenção federal – assim como a punição à associação – “atinge” os indivíduos! É da sua natureza atingi-los, porém apenas na medida em que isto seja inevitavelmente necessário por causa de sua natureza de coerção dirigida “contra um estado” – e justamente por isso também contra os indivíduos!

Nesse contexto devemos discutir a questão sobre qual é a relação da intervenção federal com a guerra no sentido do

9. JELLINEK, op. cit., p. 311.

10. Id., p. 50.

11. Id., p. 311.

direito internacional, sendo esta tão similar àquela. Aqui, como de costume, cumpre distinguir entre confederação de estados e Estado federativo, e definir, no primeiro caso, se a Constituição estabelece uma intervenção federal ou não. No segundo caso só é possível reagir à violação da Constituição federal por parte de um estado-membro mediante a guerra da confederação contra este, isto é, mediante o ato previsto pelo direito internacional geral para a violação jurídica. Se a Constituição prevê uma intervenção federal, isso deve ser interpretado no sentido de que os estados reunidos em confederação renunciam à guerra como reação específica contra violações do ordenamento federal, ainda que tal renúncia não seja declarada expressamente. A situação não é essencialmente distinta daquela do Estado federativo, cuja Constituição prevê a intervenção federal. Através de um conteúdo similar, o convênio confederativo aproxima-se da Constituição do Estado federativo, tanto mais quando se considera que com a previsão da intervenção federal para o caso de violação da Constituição, a decisão sobre se foi cometido um ilícito é confiada a uma determinada instância – via de regra, ao mesmo órgão que deve decidir sobre a intervenção federal; e que assim introduz-se uma modificação marcadamente *centralista* em relação à competência jurídica na esfera do direito internacional geral. Deve ser rejeitada a concepção corrente, segundo a qual, a partir do fato de que a confederação de estados repousa sobre um tratado de direito internacional, conclui-se que nesse caso se estabelece apenas um poder da *associação* e não um poder do *Estado*, de modo que apenas meios de coerção de *direito internacional* e não de *direito público*, portanto apenas atos coercitivos contra *estados enquanto tais* seriam possíveis¹². O tratado de direito internacional, isto é, o

12. Refiro-me neste caso à minha *Allgemeine Staatslehre*, pp. 193 ss. [trad. bras., *Teoria geral do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, em preparação].

meio pelo qual é criada a Constituição federal no caso da confederação de estados, pode constituir um ordenamento com qualquer grau de centralização que se queira, e assim também um “Estado” no sentido do conteúdo jurídico e portanto um “poder estatal”. A melhor prova disso é que a maioria dos “Estados” federativos surgiu mediante tratados de direito internacional. O tratado de direito internacional é uma forma mediante a qual alguns Estados podem criar uma esfera jurídica que no plano técnico-jurídico – através de um grau mais alto de centralização – supera a situação representada pelo âmbito da *comunidade internacional geral*.

A diferença decisiva entre a guerra no sentido do direito internacional e a intervenção federal não consiste tanto no fato material exterior – a esse respeito elas são iguais – mas sim, como já aludimos, no fato de que a Constituição federal, ao prescrever a intervenção para o caso de uma ilegalidade por parte de um estado-membro, precisa estabelecer a apuração do fato ilícito através ou de um órgão especial ou do órgão encarregado da intervenção. Mesmo quando a Constituição federal não fala dessa apuração do fato ilícito como ato a ser inserto em procedimento particular, ela não pode – se prevê intervenção federal para o caso de ilícito – ser entendida coerentemente de outra forma, se aceitamos que ao menos, quando confia a decisão sobre a intervenção a um órgão, autoriza-o a apurar a ocorrência do ilícito. Por essa razão, e apenas por ela, a resistência armada contra a intervenção federal não pode ser interpretada como guerra do estado-membro contra a União, no sentido do direito internacional. No âmbito do direito internacional geral, a ação militar de *qualquer* das duas partes em luta deve ser vista como guerra, ou seja, como a reação específica do direito internacional à violação jurídica, porque ele carece de uma instância para apurar de que lado está o ilícito. Aqui – e isto é um sintoma da ampla descentralização – cada Estado está autorizado a apurar se um outro violou seu direito e portanto a levar contra ele a reação, a guerra, como

sanção do direito internacional. No âmbito de uma Constituição – seja de um Estado federal ou de uma confederação de estados – que preveja a intervenção federal, é condição necessária para esta a verificação de que o estado-membro contra o qual ela se dirige – e a disciplina usual da intervenção federal se dá somente para o caso em que um estado-membro viole os próprios deveres – tenha produzido um fato ilícito. A resistência armada organizada contra a intervenção federal, portanto, é *rebelião, revolução*, ou como quer que se queira denominar tais atos de força. Estabelecer se e em que medida existe a possibilidade efetiva de tratar tais atos de força como delitos de indivíduos, e de responsabilizá-los pessoalmente, não é uma questão distinta daquela que surge em caso de revolução dentro do assim-chamado Estado unitário. O que importa é simplesmente estabelecer que a situação criada com resistência organizada e armada contra uma intervenção federal não é *guerra no sentido do direito internacional*, mas sim *guerra civil*. Para nossa consciência jurídica, isso é mais terrível do que a guerra, por muitas razões e independentemente do fato de que todas as normas de direito internacional que limitam a guerra não encontram aplicação imediata na ação bélica que se denomina intervenção federal. Se a própria Constituição não introduz algum limite – o que não é o caso das Constituições até o momento em vigor – os atos coercitivos ficam inteiramente à discrição do órgão encarregado da intervenção federal.

A questão político-jurídica sobre se a intervenção federal poderia ser substituída por outro método melhor de coerção merece, portanto, a mais séria análise. Que ela, porque provém da essência do Estado federativo, seja absolutamente necessária, de modo que seria incompatível com a natureza do Estado federativo qualquer outro modo de reagir à violação da Constituição federal, é uma concepção que, à luz do exposto até aqui, devemos considerar totalmente errônea. Ela só

se pode apoiar sobre a idéia de que o Estado federativo seja uma associação de *Estados* e que portanto as relações entre a União, o assim-chamado Estado central, e os estados-membros, sejam relações *internacionais* [*zwischenstaatlich*]; que portanto estejamos na esfera do *direito internacional*; mais ainda, sobre a idéia de que o estado, nessa esfera, isto é, enquanto personalidade de direito internacional, seja capaz de delitos, e que portanto a reação ao seu ilícito só possa acontecer na forma de um ato coercitivo dirigido “contra o estado enquanto tal”. Um novelo de erros jurídicos, destinados apenas a obstruir um desenvolvimento técnico-jurídico, por algum motivo considerado indesejável, com argumentos oriundos “da essência” do Estado, ou do direito, ou do direito internacional. Mediante a análise feita anteriormente sobre a imputação do fato ilícito, tiramos o chão a esse argumento, e deixamos o caminho livre para que a questão seja discutida como um problema puramente técnico-jurídico.

Se enxergamos no direito um instrumento técnico-social para realizar ou manter uma situação social desejável, através da disposição de que a uma situação socialmente danosa seja infligido um mal, ele então é reconhecido, essencialmente, como *ordenamento coercitivo*, e a norma jurídica, portanto, como norma que impõe a coerção, isto é, como norma que liga determinado fato material a um conseqüente ato coercitivo (qualificando assim como ilícito o fato condicionante). O *desenvolvimento técnico-jurídico*, através do qual o direito se ergue do estado primitivo, segue principalmente em duas direções: conforme a primeira, o ato coercitivo previsto pelo ordenamento se dirige fundamentalmente – salvo certas exceções – contra um indivíduo cuja conduta corresponde de algum modo ao fato material que é condição para a pena, seja porque essa conduta produziu a situação social danosa de maneira causal e culposa, seja porque não a impediu. Trata-se do caminho que leva da responsabilidade por culpa alheia e particularmente

da coletiva, à responsabilidade individual, da responsabilidade objetiva à responsabilidade por culpa. A responsabilidade por culpa alheia e, particularmente, a responsabilidade objetiva são cada vez mais limitadas, e a execução do ato coercitivo, originalmente deixada ao próprio indivíduo ferido em seus interesses, é tirada deste e confiada a um *órgão específico*, a um indivíduo que, sendo distinto tanto do ofendido quanto do ofensor, atua *objetivamente* em todos os casos de ilícito. A ulterior diferenciação dessa função, que concretiza a norma jurídica abstrata, na *constatação judicial do lícito, bem como na determinação da pena* por um órgão, e *execução dessa pena* por um outro, e mesmo o caráter judiciário do respectivo procedimento, são situações já percebidas atualmente como naturais, no âmbito do direito interno. Quando se trata de atos coercitivos menos sensíveis, como pena e execução administrativa, parece-nos necessária hoje pelo menos uma jurisdição que controle o procedimento administrativo após esgotados os meios jurídicos ordinários.

Se nos aproximamos do problema – que deve ser resolvido com a intervenção federal – com essas exigências político-jurídicas *de validade absolutamente geral* porque ligadas à técnica de *todo* o direito, não limitadas, por sua natureza, a setores específicos como o direito civil, penal ou administrativo, não se faz necessária – após o que se disse acima – qualquer comprovação pormenorizada de que *tal solução* é tecnicamente atrasada, e já não corresponde a nosso senso de direito. Não apenas e talvez não tanto porque a intervenção federal representa um caso de responsabilidade coletiva e objetiva, pois justamente nesse ponto uma tentativa de justificá-la não parece totalmente impossível. Onde o sentimento da singularidade e especialidade do Estado ainda é muito forte nos indivíduos que formam o estado-membro, o sentimento de justiça, na medida em que se trate de relações da comunidade com o exterior, pode de fato ter ainda um caráter

coletivo, e não um caráter marcadamente individual. Talvez se *queira* – como podemos observar ainda mais claramente na esfera de relações interestatais da comunidade de direito internacional em geral – ver punido o ilícito cometido por um membro ou certos membros contra outros Estados não naqueles mesmos membros, mas sim, se tanto, de preferência em *todos* os membros. Não se pode no entanto negar que se trata aí apenas de restos de concepções jurídicas não de todo superadas, e que justamente no Estado federativo o sentimento que liga o indivíduo à comunidade parcial é paralisado pelo sentimento produzido pela filiação à comunidade total; observe-se que a legitimidade desse momento sentimental como medida de avaliação político-jurídica talvez ainda esteja por ser demonstrada. A intervenção federal é particularmente insatisfatória sobretudo quando – o que de fato é a regra – a instância incumbida de constatar o fato material ilícito que a condiciona *carece do caráter da objetividade judicial*. Se, em virtude das particularidades da situação político-psíquica, talvez ainda possamos eventualmente pôr em dúvida a necessidade de eliminação da intervenção federal e sua substituição pela responsabilidade individual dos órgãos que violam culposamente o ordenamento federal, ainda assim não nos podemos fechar, em hipótese alguma, à exigência de que a pena prevista pela Constituição para o caso de determinadas violações jurídicas não deva ser aplicada sem constatação *objetiva* do fato ilícito por um órgão que atue o quanto possível como *tribunal*. Tal exigência poderia no mínimo ser contraposta à tão cara referência que se faz à natureza do Estado e especialmente do Estado federativo. De fato, o passo decisivo no plano técnico-jurídico, ou seja, retirar do estado que comete um ilícito a decisão sobre sua ocorrência, *esse passo oriundo do direito internacional geral*, essa reviravolta *centralista*, já é concretizado pelo princípio do Estado federativo enquanto tal. A única questão pos-

sível é sobre se o órgão convocado a decidir deve ter as garantias da objetividade *judicial* ou não. *E a idéia do Estado federativo é justamente que a existência, isto é, a esfera jurídica dos estados-membros, seja garantida, bem como a do assim-chamado Estado central (federal)*. A objetividade da instância convocada a decidir sobre o fato ilícito que condiciona a intervenção federal só pode valer como garantia desse princípio que nasce da idéia de Estado federativo¹³. A apuração do fato ilícito através de um tribunal independente é, por certo, plenamente compatível em teoria com a intervenção federal na forma de uma ação militar, portanto com uma responsabilidade coletiva e objetiva. No entanto, não se pode negar que se o fato ilícito é apurado no curso de um processo *judiciário* e se portanto é preciso verificar se ocorreu violação da Constituição federal, e quais são precisamente os titulares dos órgãos que a cometeram, torna-se difícil responsabilizar outros indivíduos além desses, e mesmo isso apenas quando houver conduta culposa. O procedimento *judiciário* deve romper a ficção de que é um “Estado” que viola a Constituição, eliminando assim a justificativa para que súditos inocentes devam sofrer por esse motivo.

O órgão encarregado de apurar se um estado-membro violou os deveres que lhe impõe a Constituição será sempre – *com respeito a sua função* – um órgão da *Constituição total*, mesmo quando o titular do órgão atuar *em outros casos apenas como órgão da União, isto é, como entidade parcial*. Trata-se pois de uma função regulada pela Constituição total, para sua defesa. A exigência da objetividade desse órgão, porém, significa que sua titularidade não pode ser con-

13. Cf. a respeito o meu ensaio “Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates usw”. (“A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo, etc.”), in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge*, vol. LXII, pp. 173 ss.

fiada a indivíduos que atuem *em outros casos* apenas como órgãos da União, que possam ser nomeados ou até mesmo chamados de volta por outros órgãos federais, que portanto provavelmente serviriam mais aos interesses da União *enquanto entidade parcial*. A solução ideal é que apenas indivíduos que não desempenham nenhuma outra função estatal como órgãos da União ou dos estados-membros atuem como integrantes da corte que deve apurar o ilícito, e que sejam nomeados de uma maneira em que participem igualmente órgãos da União e dos estados-membros. Esse tribunal, que de acordo com sua *função* seria um órgão do Estado federativo enquanto entidade total, deveria ser, em sua *composição*, um órgão conjunto da União e dos estados-membros.

Se o tribunal é composto dessa maneira e tem competência para decidir não sobre a admissibilidade da *intervenção federal*, mas para infligir uma *pena individual* contra o órgão que fere *culposamente* a Constituição, resulta quase naturalmente que ele teria capacidade para decidir não apenas sobre as violações constitucionais por parte dos *estados-membros*, isto é, de determinados órgãos destes, mas também sobre as cometidas pela *União*, isto é, por determinados órgãos federais; e não apenas sobre as violações cometidas pelos órgãos federais indiretos, mas também as dos órgãos federais diretos. Somente desse modo seria garantida também no plano técnico-constitucional a *paridade entre estado-membro e União diante da Constituição total, que corresponde à essência mais profunda do Estado federativo*. É óbvio que tal instância poderia não apenas chamar à responsabilidade o órgão que age culposamente, portanto condená-lo a uma pena ou indenização, mas seria também competente para *cassar* os atos inconstitucionais, e tal competência poderia dirigir-se contra a União e os estados-membros. Da mesma forma que uma lei estadual, uma lei federal também pode ultrapassar o limite de competência traçado

pela Constituição total, ou violar, dentro dos limites de competência, as disposições constitucionais relativas ao conteúdo das leis. Tanto uma quanto a outra devem poder ser casadas pela instância objetiva estabelecida para a defesa da Constituição total; e assim como os ministros do estado-membro que assinam a lei e são por ela responsáveis, também os ministros federais devem poder ser destituídos por esse tribunal.

V.

Se examinamos a Constituição do *Reich* alemão à luz dos princípios desenvolvidos acima, vemos que ela não oferece um resultado satisfatório no plano técnico-jurídico; e isso em vários sentidos: seja com respeito à questão da apuração judiciária do ilícito, seja em relação à forma do ato coercitivo correspondente ao ilícito, seja, enfim, do ponto de vista da paridade entre União [*Reich*] e estados-membros [*Länder*] que o princípio do Estado federativo requer.

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

mento total, qualquer violação desse tipo pode apresentar-se como “controvérsia entre estado e *Reich*”. Naturalmente, também seria possível deixar de tratar a inobservância da Constituição total por parte dos órgãos federais (do *Reich*) da mesma forma como um litígio entre *Reich* e estado, tomando por base assim um princípio diferente do *princípio processual civil*, que usa como alavanca o *interesse das partes*. Em todo caso, tanto o Tribunal Federal quanto o presidente do *Reich*, que executa suas decisões, aparecem, segundo o art. 19, como órgãos da Constituição *total*. Sentença e execução poderiam – assim parece à primeira vista – dirigir-se contra ambas as entidades parciais, tanto contra o *Reich* quanto contra o estado; e a execução coercitiva só poderia acontecer com base numa decisão judiciária que constatasse o fato ilícito. O art. 19, porém, não está sozinho. Evidentemente, sem que se tivesse consciência de todo o alcance do teor adotado no art. 19, formulou-se o art. 48-1, o qual, para certos casos já tratados no art. 19, vale dizer o não-cumprimento de um dever imposto ao estado, confia ao presidente do *Reich* a execução contra o estado, porém *sem uma referência clara ao procedimento prescrito no art. 19*. Os dois artigos são, por seus teores, inconciliáveis. Assim, como acontece com frequência em erros redacionais, há *duas possibilidades de interpretação*: ou o art. 19 restringe o art. 48-1, ou este último restringe o primeiro. Diante dessa situação, não é de admirar que ambas as interpretações sejam defendidas e que justamente os dois maiores especialistas em direito público se contradigam a respeito. Triepel¹⁴ afirma que o presidente do *Reich* não pode ordenar a execução do art. 48 antes que a corte competente tenha constatado validamente, de acordo com os arts. 19, 15 ou 13, a existên-

14. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern* (“Conflitos entre Reich e estados”), *Festgabe für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, pp. 61 ss.

cia da precondição estabelecida no art. 48*. Esta solução seria sem dúvida a mais perfeita do ponto de vista técnico-jurídico,

* Como o art. 48 da Constituição de Weimar passa a ser frequentemente referido nestas páginas, parece útil reproduzi-lo:

“Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do *Reich*, o presidente do *Reich* pode obrigá-lo com ajuda da força armada.

Achando-se a segurança e a ordem públicas gravemente perturbadas ou comprometidas, o presidente do *Reich* pode tomar as medidas para seu restabelecimento, e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso, pode suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

O presidente do *Reich* deve dar imediato conhecimento, ao *Reichstag*, de qualquer medida adotada com base nas cláusulas 1 e 2 deste artigo. Essas medidas deverão ser ab-rogadas por determinação do *Reichstag*.

Havendo perigo na demora, pode o governo de um estado, com relação ao seu território, adotar medidas provisórias tal como indicado na cláusula segunda. Essas medidas devem ser ab-rogadas por determinação do presidente do *Reich* ou do *Reichstag*.

Lei do *Reich* trará disposições necessárias nessa matéria.”

Foi invocando esse artigo que o presidente do *Reich* pôs-se a editar inúmeros decretos com força de lei (*Notverordnungen*), assemelhados, no caso, a medidas provisórias, visto que poderiam ser desautorizados pelo Parlamento. Escrevendo em 1931 sobre essa interpretação e prática abusivas, Kelsen prevê o colapso da Constituição, que viria dois anos depois (ver “Quem deve ser o guardião da Constituição”). No texto sobre “O controle judicial de constitucionalidade”, Kelsen afirma que “o uso impróprio do art. 48 da Constituição de Weimar [...] foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã e se preparou o advento do regime nacional-socialista” (ver p. 306 deste volume, nota 2). Friedrich Müller informa que “o primeiro presidente, Friedrich Ebert, emitiu nos anos de 1919-25 nada menos de 163 decretos emergenciais. Essa tendência foi retomada e aguçada a partir da crise econômica mundial de 1929 [...] pode-se afirmar que a partir de 1930 um trabalho parlamentar eficaz deixara de existir no nível do *Reich* e tinha sido substituído por um regime descaradamente presidencialista” (“As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs”, Rio de Janeiro, 17ª Conferência Nacional da OAB, 1999, cf. Eros Roberto Gran e Willis S. Guerra Filho (orgs.), *Direito constitucional (estudos em homenagem a Paulo Bonavides)*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 341). (N. do R. T.)

podendo se apoiar no teor amplo do art. 19. Anschütz¹⁵, ao contrário, diz que segundo o art. 48 o presidente do *Reich*, mesmo sem decisão anterior da Corte competente, deve decidir se um estado viola ou não o seu dever, estando consequentemente autorizado a proceder à intervenção do *Reich* contra o estado que tenha agido ilegalmente. Essa concepção poderia argüir em seu favor que se o art. 48 tivesse desejado contemplar a intervenção do *Reich* apenas como execução material de uma decisão judiciária, deveria de algum modo tê-lo enunciado expressamente. Pois o art. 48-1 não diz respeito apenas à *intervenção* enquanto tal, mas fala também da sua precondição, isto é, que um estado não cumpra os deveres de que está incumbido segundo a Constituição ou as leis do *Reich*. Isso porém – no plano do direito positivo – só pode significar o mesmo que: quando o órgão estabelecido para tanto pelo ordenamento jurídico constatar validamente que um estado não cumpre os deveres que lhe são impostos. Se partimos do pressuposto de que o art. 48-1 não é limitado pelo art. 19 – e tal limitação não pode ser depreendida do *teor literal* do art. 48 – então cabe apenas ao próprio presidente do *Reich*, porque deve decidir sobre a intervenção, decidir também sobre a questão prévia: a existência de ilícito. Tal interpretação, permitida pelo teor do art. 48, significaria porém que a Constituição de *Weimar* estaria, neste ponto importante, tecnicamente atrás da Constituição de *Bismarck*; pois, nesta, o art. 19 entrega a decisão sobre a intervenção do *Reich* ao *Conselho Federal*, ou seja, a um órgão cuja composição garante a objetividade num grau superior ao que se pode esperar do presidente do *Reich*, que é antes de mais nada órgão do *Reich* (enquanto entidade parcial). Ao argumento que Anschütz apresenta em favor de sua tese e contra a de Triepel, isto é, que esta seria em realidade “uma concepção de

15. Anschütz, op. cit., pp. 168 ss.

direito privado e direito processual civil que se dá ares de tese de direito público” e “que simplesmente não se adapta à relação de direito público do *Reich* com seus membros, os estados”, não é possível aderir por motivos desenvolvidos na parte geral deste ensaio. A exigência de que o fato ilícito que fundamenta o ato coercitivo seja apurado por um tribunal objetivo é postulado técnico-jurídico de modo nenhum válido apenas para o direito civil, mas interessa a toda a área do direito. A divergência entre Triepel e Anschütz não pode ser decidida de forma unívoca em favor de um ou de outro. Do ponto de vista da interpretação *científica*, devemos admitir que ambas as opiniões são possíveis. Decerto, Anschütz não parece ser muito conseqüente quando, ao interpretar o art. 48-1, no mínimo leva em consideração o art. 19, na medida em que afirma que ao estado contra o qual, após a decisão do presidente, deve ser dirigida a intervenção do *Reich*, cabe apelo ao Tribunal Federal; que esse recurso não possui efeito suspensivo, mas que o presidente, em caso de decisão adversa, deve suspender a intervenção. Isto porque, no caso de o estado recorrer ao Tribunal Federal contra a decisão do presidente, estaríamos diante de uma “controvérsia de cunho não-privado” entre o *Reich* e o estado, e aí se aplicaria o art. 19. Esse artigo porém – assim temos que supor – autoriza a provocação do Tribunal Federal não apenas na via recursal, portanto não apenas contra a *decisão* de um litígio em primeira instância, mas sim instituindo o Tribunal Federal como *primeira* instância para a decisão do litígio. E não se pode negar que tal litígio de cunho não-privado já existe *antes* da decisão do presidente do *Reich*, como Triepel acertadamente considera. Esse litígio é decidido – segundo Anschütz apenas em primeira instância – pelo presidente, quando este entende que um estado não cumpriu seus deveres; mas, se o art. 19 pode realmente ser invocado para o conflito a que se refere o art. 48, não compreende por que isto somente deveria ser possível após

uma decisão do presidente; visto que, se o apelo ao Tribunal Federal foi feito e pode ser feito já *antes* de tal decisão, a intervenção do *Reich* não é possível com base apenas na sentença do Tribunal Federal. Não se pode certamente admitir que a Constituição do *Reich* tenha desejado instituir duas instâncias independentes uma da outra para a decisão do mesmo litígio. Porém o preceito de que a decisão do presidente deve ceder quando intervém uma decisão contrária do Tribunal Federal não pode – na falta de uma disposição expressa da Constituição – ser deduzido por meio da simples interpretação. Se o art. 48-1 não significa que a violação ali transcrita – que sempre se expressará como uma discrepância de opiniões sobre aquilo a que um estado está obrigado – *não pode* absolutamente ser subsumido no art. 19, então nada se opõe à tese de Triepel. Se porém acreditamos poder interpretar o art. 48-1 no sentido de que cabe ao presidente a decisão sobre se um estado violou ou não seu dever, não há razão suficiente para dar a tal decisão o carácter de uma mera sentença de primeira instância, anulável pelo Tribunal Federal.

Enquanto o art. 48-1 prevê apenas o caso de que um estado não cumpra os deveres que a Constituição ou as leis do *Reich* lhe impõem, abarcando aí também o caso de não-cumprimento de deveres por parte de *órgãos indiretos do Reich*, o art. 19, do mesmo modo que os arts. 13 e 15, trata *Reich* e estado de forma absolutamente paritária. Nas controvérsias entre *Reich* e estado – e se há uma controvérsia jurídica, ela pode só tratar da questão sobre se o *Reich* ou o estado violou as normas que os vinculam – a corte competente deve decidir por provocação de uma das partes litigantes, de modo que a decisão pode dirigir-se tanto contra o *Reich* como contra um estado, e o presidente do *Reich* deve executá-la, não importando contra quem. No entanto, defende-se reiteradamente a opinião de que a execução de uma decisão do Tribunal Federal contra o *Reich* estaria excluída com base no art. 19. Triepel porém a consi-

dera possível em certas circunstâncias¹⁶. Também nesse ponto a Constituição do *Reich* alemão não possui a clareza desejável, sobretudo porque carece de uma definição mais precisa da expressão, bastante geral e ambígua, “execução da sentença” [*Urteilsvollstreckung*]. Apenas *um tipo* de execução é especificado em detalhe: a *execução do Reich* [*Reichsexekution*] contra um estado, de acordo com o art. 48-1. Esta porém não é inequivocamente definida como a execução de uma *decisão* do Tribunal Federal. Se a discutível instrução do art. 19 deve ainda oferecer uma possibilidade de aplicação diferente da execução de uma decisão do Tribunal Federal na forma de intervenção do *Reich* ordenada pelo presidente contra um estado – e justamente essa última possibilidade é duvidosa, pelo exposto anteriormente – então teremos mesmo que aceitar o parecer de Triepel, pelo qual com a disposição do art. 19-2, que confia ao presidente a execução da decisão do Tribunal Federal, conferem-se ao presidente plenos poderes para “adotar e ordenar todas as medidas necessárias à efetivação do conteúdo da decisão. O presidente, assim, é não apenas autorizado, mas também obrigado, a ab-rogar disposições e decretos próprios e de outros órgãos do *Reich*, e até mesmo leis do *Reich*, caso este tenha sido condenado a eliminá-las”. Tal interpretação certamente resultaria de todo o espírito que sustenta a cláusula 1.^ª do art. 19, que trata *Reich* e estado como partes de mesmo nível, acima das quais, como autoridade decisória, está o Tribunal Federal. É evidente que a Constituição aí considera o *Reich* e os estados como entidades parciais coordenadas, o Tribunal Federal e o presidente do *Reich*, porém, como órgãos da entidade total; uma concepção que infelizmente não é mantida quando o *Reich* é simplesmente identificado com a entidade total, e assim presumido como *superior* aos estados. A interpretação de Triepel portanto cer-

16. TRIEPEL, op. cit., p. 111.

tamente corresponde mais à idéia do Estado federativo do que a que considera como simplesmente impossível uma intervenção contra o *Reich*. Não obstante, não se pode encobrir as dificuldades no caminho de tal interpretação. É preciso antes de mais nada observar que o caso referido por Triepel – no qual a decisão do Tribunal Federal determina a *ab-rogação* de uma norma instituída por um órgão do *Reich*, e se a ab-rogação não se dá pelo órgão competente *noutros casos* e portanto diretamente contemplado na decisão, tem que acontecer através do presidente do *Reich* – não pode ser visto como *execução* de uma decisão no sentido estrito da palavra. Toda sentença de acolhimento – que não seja mera constatação de uma relação jurídica e portanto não demande execução – disciplina a obrigação do réu a uma determinada conduta, estabelecendo porém ao mesmo tempo, para o caso de inobservância, a obrigação de um órgão público de proceder, seja mediante a exigência de uma reparação, seja mediante execução direta, contra a parte que tem conduta contrária à decisão. A conduta dessa parte de acordo com a decisão não é *execução*, mas sim *cumprimento* da decisão. Do mesmo modo a alternativa denominada *exigência de reparação*, que no seu posterior desenvolvimento pode conduzir a uma verdadeira *execução* de sentença contra a parte que viola seu dever. *Execução* de sentença, no sentido próprio e estrito da expressão, é somente o *ato coercitivo*, dirigido contra a parte que se conduz contrariamente à sentença. Se uma decisão do Tribunal Federal obriga o *Reich* a ab-rogar uma lei ou um decreto e se – no caso de que o parlamento ou o governo do *Reich* não editem, no âmbito das respectivas competências, a lei ou decreto ab-rogatório – a competência para esses atos é, nessas circunstâncias, transferida para o presidente. Portanto, não se pode deduzir sem mais nem menos tal *devolução de competência* a partir da disposição que obriga o presidente a “executar” a sentença do Tribunal Federal. Uma tal interpretação seria

mais factível se a Constituição tivesse incluído *expressamente no poder discricionário do presidente do Reich* a faculdade de *definir a modalidade de execução da sentença*. Neste caso se poderia, com mais desembaraço do que o consentido pela acanhada disposição do art. 19-2, aceitar que o presidente, a título de execução de sentença, pode exigir também uma reparação – o que equivaleria a uma devolução de competência. Mas a disposição do art. 19-2 também é bastante lacunosa no que diz respeito à execução de sentença, no sentido estrito de ato coercitivo dirigido contra a parte que se conduz contrariamente à sentença. Também esse ato deveria estar definido de modo geral, isto é, na lei que o tribunal deve aplicar em sua decisão. E se a configuração desse ato coercitivo deve ser deixada ao próprio poder discricionário do tribunal ou de um outro órgão, qual seja o presidente do *Reich* que executa a sentença, tal delegação – extremamente insólita – deveria na verdade de algum modo estar expressa na lei. A lei propriamente define apenas um único ato coercitivo: aquele dirigido contra um estado, a execução do *Reich*, cuja conexão com a instrução de execução do art. 19-2 é, como já mencionamos, duvidosa.

Enquanto o “cumprimento” de uma sentença dirigida contra o *Reich* seria possível sem problemas – seja através do órgão competente primário, seja do secundário – na medida em que a Constituição contém uma disposição a respeito ou na medida em que se poderia, como Triepel, interpretar a cláusula 2ª do art. 19 nesse sentido, uma “execução”, no sentido estrito da palavra, de sentença contra o *Reich*, parece ser de todo impossível. Isso não porque a entidade total carece de órgãos independentes em que o titular não seja ao mesmo tempo tanto do *Reich* quanto de uma entidade parcial, mas sobretudo porque não tem sentido uma execução contra o *Reich* semelhante a uma execução do *Reich* contra um estado, ou seja, no sentido de uma responsabilidade coletiva e objetiva. Com efeito, como foi demonstrado, tal ato não pode absolu-

tamente ser, em contradição com a terminologia, dirigido contra o *Reich* “enquanto tal”, mas sim contra os indivíduos que compõem o *Reich*. E são justamente *esses mesmos* indivíduos que formam a entidade *total* da qual – e somente da qual – se pode fazer proceder tal execução. Os estados-membros são entidades *parciais* não apenas no mesmo sentido em que o *Reich* também é apenas entidade parcial, ou seja, no sentido de que o ordenamento que constitui essa entidade é competente apenas em relação a determinadas matérias, no sentido de ser o âmbito de validade desse ordenamento limitado no *plano objetivo*, e portanto esse ordenamento, em virtude da *limitação de seu âmbito objetivo de validade*, ser um ordenamento parcial; os ordenamentos parciais que constituem os estados-membros são limitados também no plano *territorial* e *pessoal*, ou seja, a apenas uma parte do território e da população. Isso *não* se verifica na entidade parcial do *Reich*, cujo âmbito de validade territorial e pessoal coincide com o da entidade total. Uma execução pela qual a vontade da entidade total seja coercitivamente realizada contra uma entidade parcial, imputando-se responsabilidade coletiva e objetiva a uma parte dos indivíduos que compõem a totalidade, ainda é de certo modo pensável como racional. O limite é ultrapassado com a idéia de uma “execução contra o *Reich*”: o sujeito da execução aí não se deixaria separar do seu objeto.

Isso porém não significa absolutamente que a *paridade entre Reich e estado-membro* não seja tecnicamente realizável na execução de sentenças contra ambos. O problema é imediatamente solucionado quando se substitui a responsabilidade coletiva e objetiva pela responsabilidade individual e subjetiva dos órgãos do *Reich* que violam o ordenamento total, e tão logo se institui, como instância para averiguação da violação e aplicação da sanção, um tribunal objetivo que não seja apenas órgão da Constituição total no tocante à *função*, mas seja também, com respeito à *composição*, órgão

comum do(s) estado(s)-membro(s) e do *Reich* enquanto entidades parciais; e quando se confia a execução da sentença a um órgão constituído dessa forma, ou pelo menos analogamente, que – independente de órgãos de entidade parcial, e especialmente do governo do *Reich* – esteja em condições de executá-la, inclusive eventualmente contra membros do próprio governo do *Reich*, assim como dos governos dos estados.

VI.

A Constituição *austriaca* de 1º de outubro de 1920 não prevê absolutamente uma intervenção federal no sentido estrito da expressão, tal como regulada no art. 48 da Constituição do *Reich* alemão¹⁷. O que deve acontecer então, quando um estado não cumpre os deveres que lhe cabem segundo a Constituição ou segundo as leis editadas com base na Constituição?

Em primeiro lugar, a violação da Constituição federal por parte de um estado pode se dar mediante uma *lei* estadual. A Constituição federal contém disposições bastante amplas, tanto no que concerne à *forma* da legislação estadual – o seu procedimento –, quanto no referente ao seu *conteúdo*; com relação a este devem-se considerar sobretudo as *disposições sobre a*

17. Uma vez que a Constituição *austriaca* foi adotada com base nos projetos que elaborei por incumbência do governo, posso afirmar que a diferenciação entre essa Constituição e a do *Reich* alemão quanto à questão da intervenção federal se deu de maneira consciente. De fato, a situação político-psíquica determinante para a solução técnico-jurídica do problema, tal como indicado neste ensaio, era na *Áustria* diversa da existente no *Reich* alemão. Os estados federados *austriacos* não eram estados outrora independentes, mas sim províncias autônomas. A consciência da filiação a um estado [*Land*] na *Áustria* – apesar do crescente ânimo federalista desde a queda do Império – na verdade nunca foi tão forte quanto o sentimento de filiação ao todo do Estado.

competência. Toda lei *estadual* inconstitucional pode ser impugnada pelo governo *federal* junto à Corte Constitucional, a quem compete anulá-la. Para que a anulação entre em vigor, é necessário que seja publicada no *Diário Oficial* do estado. A diferença técnico-jurídica determinante em relação à Constituição alemã consiste apenas em que a Corte Constitucional não pronuncia para o estado a obrigação de anular a lei inconstitucional, mas é a própria Corte que, de acordo com a Constituição federal, tem o poder de cassá-la; também no fato de que a Corte obriga *diretamente* o chefe estadual, portanto um órgão estadual *definido individualmente*, à imediata publicação da anulação no *Diário Oficial*. O mesmo vale para *decretos* ilegais das autoridades estaduais. Também aqui existe um direito de impugnação do governo federal diante da Corte Constitucional, e a obrigação – estabelecida diretamente pela Constituição federal para as autoridades com competência, segundo a Constituição estadual, para editar decretos – de publicar a anulação decorrente da decisão da Corte Constitucional (arts. 139 e 140 da lei constitucional federal).

Nos casos mencionados até aqui, a obrigação do estado – apenas num sentido muito impróprio podemos falar aqui de um “dever” do estado – consiste em dar (ou não) a suas leis e decretos um determinado *conteúdo*, ou em observar nisso um certo procedimento, ficando à sua discricção, ou seja, dos seus órgãos legislativos e executivos, se leis e decretos devem ser editados ou não. Em determinados casos, porém, a Constituição federal estabelece para o estado a obrigação de editar leis. Na medida em que à União é reservada apenas a *legislação sobre os princípios*, sua execução pormenorizada cabe, dentro do quadro legal federal básico, ao legislador estadual. A lei federal de princípio pode até mesmo determinar um prazo para a edição de leis estaduais de execução (art. 15-2). Além disso, os estados estão também obrigados a tomar medidas que, dentro da sua esfera de atividade,

sejam necessárias para a execução de *tratados internacionais* (art. 16-1). Se a lei estadual necessária para a execução de uma lei federal de princípio ou de um tratado internacional (neste último caso podem ser considerados também decretos ou atos administrativos concretos do estado) não é publicada dentro do prazo estabelecido, a competência para editar a lei de execução (no segundo caso, também as outras medidas) *passa para a União*. Poderíamos representar esse fato material de um modo em que o “dever” do estado de editar certas leis estaria recebendo a sanção de perda da competência. Na perspectiva do conceito de dever aceito aqui, só poderíamos falar de uma competência eventual da União e de uma *devolução de competência* em seu favor.

No que concerne às obrigações do estado na área *executiva* – trata-se apenas da *atividade administrativa*, já que o estado não tem qualquer competência jurisdicional – deve-se considerar em primeiro lugar o âmbito da *administração federal indireta*, no qual se encontram os casos principais que, segundo o art. 48 da Constituição alemã, representam a condição para a intervenção do *Reich*. Segundo a Constituição federal austríaca, a administração federal indireta não se verifica sempre que as leis federais devem ser executadas por autoridades estaduais, como no *Reich* alemão, mas sim apenas quando leis federais, *cuja execução seja expressamente atribuída pela Constituição à competência federal*, devam ser executadas no âmbito dos estados não por autoridades da própria União, mas por autoridades administrativas estaduais. Há casos em que as leis federais são executadas pelo estado na sua própria esfera de atividade, isto é, enquanto administração estadual autônoma. No que concerne à administração federal indireta por parte do estado, a Constituição federal não estabelece aqui nem sequer terminologicamente um “dever do estado” *enquanto tal*, mas sim exclusivamente deveres de certos indivíduos referidos *direta e individualmente* na Consti-

tuição federal, os quais atuam em outros casos como órgãos estaduais: o chefe estadual, seu substituto e certos membros do governo estadual que, segundo a lei orgânica de tal governo, têm a seu cargo atividades da administração federal indireta (art. 103). O chefe estadual não é apenas obrigado pela Constituição federal a administrar *conforme a lei*, mas deve também executar os decretos do governo federal, e particularmente suas *instruções*. Caso outros membros do governo estadual também sejam encarregados de matérias da administração federal indireta, o governo federal só pode lhes dirigir instruções por meio do chefe estadual. Tais órgãos são pessoalmente responsáveis diante do governo federal pela observância dessas instruções, assim como pela legalidade de seus atos, e o governo federal pode fazer valer tal responsabilidade mediante acusação junto à Corte Constitucional. Esta, caso constate uma violação culposa do direito, particularmente a inobservância culposa de ordens do governo federal, deve proferir contra o acusado uma decisão condenatória. As penas são: a simples constatação da violação cometida, a perda do cargo e, eventualmente, também a perda dos direitos políticos. O princípio da responsabilidade subjetiva substituiu aqui conscientemente a responsabilidade coletiva e objetiva ligada à execução federal.

No âmbito da *administração estadual autônoma*, uma quebra da Constituição federal mediante ato administrativo individual pode configurar-se como inconstitucionalidade direta caso tal ato administrativo do estado viole um dos direitos fundamentais e de liberdade garantidos constitucionalmente. Nesse caso, o remédio é dado por um recurso da parte lesada em seu direito à Corte Constitucional, que é competente para cassar não apenas atos ilegais da administração federal *mas também da administração estadual* (art. 144). Uma vez que a Constituição federal – enquanto Constituição total – exige a conformidade com a lei para toda ati-

vidade administrativa estatal e portanto também para a estadual (art. 18), todo ato administrativo estadual ilegal é – indiretamente – uma violação constitucional; todavia, por motivos compreensíveis, não é tratado assim. Não se admite portanto nenhum recurso à Corte Constitucional, mas sim à Corte Administrativa, que, sendo *instância central* assim como a primeira, deve controlar a legalidade não apenas da administração federal, mas também de toda a atividade administrativa dos estados, e está conseqüentemente autorizada a cassar atos da administração estadual autônoma por inconformidade com a lei. Quando porém a administração *estadual* autônoma estiver encarregada da execução de leis *federais*, e se tratar portanto de garantir a conformidade da atividade administrativa estadual com as leis federais, a Constituição federal reconhece um interesse legítimo da União, estabelecendo conseqüentemente que em matérias nas quais a competência legislativa ou para a edição de leis de princípio pertencer à União, porém a atividade executiva pertencer ao estado – na sua esfera de atividade –, a União tem o direito de defender a observância das instruções emitidas por ela, ou seja, de manter órgãos de inspeção nos estados (art. 15-4). Além disso, o ministro federal competente tem, nessas matérias, o poder de recorrer à Corte Administrativa contra um ato da administração estadual em desacordo com lei federal, se com ele forem lesados interesses federais (art. 129-3).

Se consideramos os meios técnico-jurídicos com que é garantido o desenvolvimento legal das funções dos estados-membros em termos da Constituição total, particularmente sua constitucionalidade direta e indireta, constatamos, ao lado da *responsabilidade subjetiva de determinados agentes dos estados-membros, uma devolução de competência em favor da União e uma cassação de atos ilegais por tribunais centrais de direito público*. A posição destes como órgãos da *Constituição total* torna-se imediatamente evi-

dente a partir da sua função. Eles são, é verdade, denominados tribunais *federais*, pois toda a atividade judiciária inclui-se na competência da União enquanto entidade parcial. Porém a composição desses tribunais mostra claramente que existe uma consciência de seu caráter como instâncias situadas acima das entidades parciais da União e dos estados-membros. União e estados-membros participam igualmente da formação de ambos os tribunais. Metade dos membros da Corte Constitucional é escolhida pelo Conselho Nacional, ou seja, pela representação de todo o povo da federação, e a outra metade pelo Conselho Federal, ou seja, pela representação dos estados-membros na instância legislativa central. Os membros da Corte Administrativa, é verdade, são todos nomeados pelo presidente federal por proposta do governo federal; tal proposta, porém, necessita da aprovação da comissão principal do Conselho Nacional com relação a metade dos membros, e do Conselho Federal para a outra metade. Além disso, a Constituição prevê que de qualquer seção da Corte Administrativa chamada a julgar ato da administração estadual deve fazer parte – via de regra – um juiz oriundo do serviço judiciário ou administrativo desse estado-membro (art. 133-2).

A Constituição austríaca deixa claro o empenho em tratar União e estados-membros *de modo paritário* com respeito às garantias da constitucionalidade direta e indireta de suas funções. Assim como leis *estaduais* inconstitucionais e decretos *estaduais* ilegais podem ser impugnados pelo governo federal e cassados pela Corte Constitucional, também as leis *federais* inconstitucionais e decretos *federais* ilegais podem ser impugnados por qualquer *governo estadual* e cassados pela Corte. Assim como a Constituição federal – enquanto Constituição total – obriga o chefe estadual a publicar a anulação de leis estaduais, também obriga o *chanceler federal* a publicar no *Diário Oficial* a anulação de leis

federais ocorrida por sentença da Corte Constitucional; na anulação de decretos federais, ela obriga o órgão federal competente para sua edição. Além disso, a Corte Constitucional tem a possibilidade de examinar de ofício quanto à sua constitucionalidade e legalidade, e eventualmente cassar tanto leis e decretos estaduais quanto federais, quando forem pressupostos de uma decisão sua.

O princípio “o direito federal prevalece sobre o direito estadual”, que pode prejudicar muito seriamente a paridade entre a União e o estado, é rejeitado pela Constituição austríaca, em consciente contraste com a Constituição do *Reich* alemão. O direito federal deve prevalecer sobre o direito estadual inconstitucional, mas também vice-versa. Isso, naturalmente, pode valer – trata-se aqui apenas de normas jurídicas gerais, leis e decretos – apenas para o foro encarregado do controle e cassação de leis e decretos, portanto apenas para a Corte Constitucional. No âmbito dos outros órgãos aplicadores do direito vale, para a relação entre o direito federal e o estadual, o princípio *lex posterior derogat priori*; portanto, também aí existe *paridade*.

Uma vez que não está prevista a aplicação mediante lei federal de uma lei estadual ou de um tratado internacional concluído por um estado (a conclusão de tratados é competência *exclusiva* da *federação*), não pode haver a devolução de uma competência federal ao estado, análoga à devolução de uma competência estadual à União. Coisa similar vale para a atividade executiva. Uma vez que inexistente execução de leis estaduais por parte de órgãos federais *na esfera de atividade da União* – análoga à execução de leis federais na esfera de atividade da administração estadual¹⁸ –, também

18. Isso no entanto foi contestado em relação a um caso (art. 10 da Lei Constitucional Transitória). Cf., a esse respeito, a decisão da Corte Constitucional G. 1/26 de 17 de dezembro de 1926.

não se faz necessária a possibilidade de o governo estadual impugnar atos administrativos federais contrários à lei do estado, análoga à impugnação, pelo ministro federal competente, de atos administrativos estaduais em desacordo com a lei federal. A execução de leis estaduais através de órgãos federais *na esfera de atividade de ação delegada da União*, uma espécie de administração estadual indireta através de órgãos federais – análoga à administração federal indireta através de órgãos estaduais –, só é possível excepcionalmente. Segundo o art. 97-2, uma lei estadual pode, em matérias nas quais a execução se inclua também na competência do estado, confiar essa execução, ao menos em parte, a órgãos federais, desde que o governo federal dê seu consentimento a essa transferência antes da publicação dessa lei. Sem dúvida, a relação entre o governo estadual e as autoridades federais que atuam na execução de tal lei estadual como órgãos *estaduais* indiretos não é regulada pela Constituição de modo análogo à relação entre autoridades federais e estaduais no caso da administração federal indireta. No caso de autoridades federais encarregadas da execução de uma lei estadual agirem contra a lei ou contra a instrução do governo estadual, este não tem possibilidade de aplicar sanção contra os titulares do órgão que tenham agido de maneira culposa. Essa lacuna técnica, no entanto, não tem na prática qualquer importância, pois, como foi dito, trata-se apenas de casos excepcionais. Quando leis federais são executadas por órgãos federais diretos, temos as mesmas garantias de legalidade existentes no caso de execução de leis estaduais por órgãos do próprio estado: direito de recurso das partes à Corte Administrativa, e quando forem violados direitos garantidos constitucionalmente, à Corte Constitucional.

As disposições da Constituição austriaca até aqui descritas tornam supérflua uma intervenção federal no sentido do art. 48-1 da Constituição do *Reich* alemão. Somente pode-

se tratar da execução de *decisões da Corte Constitucional* ou da Corte Administrativa. Na medida em que as decisões da Corte Constitucional forem sobre certas demandas de direito patrimonial – tiradas da via legal regular – contra a União, um estado ou um município (art. 137), a execução é realizada pelos tribunais regulares. Quanto às outras decisões da Corte Constitucional – e nessa categoria entram todas as decisões aqui consideradas – o art. 146 da lei constitucional federal, de modo similar ao art. 19-2 da Constituição do Reich alemão, confia a *execução ao presidente federal*. Porém, diferentemente desta, a Constituição austríaca coloca *expressamente* no poder discricionário do presidente a modalidade de execução e a definição dos órgãos federais ou estaduais necessários para a sua realização. “A execução das decisões da Corte Constitucional sobre demandas segundo o art. 137 é realizada pelos tribunais regulares. A execução das outras decisões da Corte cabe ao presidente federal. Ela deve ser realizada, *de acordo com suas instruções*, pelos órgãos da União ou dos estados por ele designados *segundo sua discricção*. O requerimento de execução de tais decisões deve ser apresentado pela Corte Constitucional ao presidente federal.” Certamente nem todas as decisões da Corte Constitucional são aptas a uma execução imediata, como se dá com as decisões que cassam atos administrativos individuais violadores de direitos constitucionalmente garantidos; aí, de fato, o efeito jurídico da anulação da norma inconstitucional está *diretamente* ligado à decisão da Corte Constitucional. Se a autoridade administrativa – da União ou do estado – contrariando a Constituição, não adotasse nenhuma nova decisão ou disposição, ou não se ativesse, ao fazê-lo, ao entendimento da Corte Constitucional, seria possível ou um novo recurso à Corte ou uma ação de indenização por atividade administrativa ilegal, e portanto a execução sobre o patrimônio do órgão federal ou estadual que tivesse agido ilegal-

mente. Esta última via no entanto, que o art. 23 da Constituição federal ao menos em princípio faz esperar, ainda não pode ser seguida, eis que ainda não foi editada a necessária lei federal relativa à responsabilidade por danos derivados de atividade executiva ilegal. O mesmo vale para as decisões cassatórias da Corte Administrativa. Diferente é a situação das decisões da Corte Constitucional com as quais são anuladas leis ou decretos, pois aí a anulação, para tornar-se eficaz, deve ser publicada. O que acontece se o chefe estadual ou outro órgão competente se recusa a providenciar a publicação a que a Constituição obriga? Uma vez que o presidente federal é autorizado pela Constituição a estabelecer como a decisão da Corte Constitucional deve ser executada, *ele mesmo* pode fazer com que a anulação da lei ou do decreto estadual seja publicada pelo órgão federal ou estadual que considerar idôneo. Por “execução” da decisão da Corte Constitucional no sentido do art. 146 não se deve entender apenas o ato coercitivo contra o órgão cuja conduta lhe é contrária, já que aí haveria apenas um tipo de decisão passível de execução, ou seja, a decisão condenatória da Corte Constitucional. Deve-se entender também a exigência de reparação, feita pelo presidente federal. Essa interpretação do art. 146 da Constituição austríaca é mais facilmente admissível que uma interpretação análoga do art. 19 da Constituição do *Reich* alemão, não apenas porque o art. 146 autoriza expressamente o presidente federal a definir a modalidade de execução, mas também porque – especialmente no caso de anulação de leis e decretos – não se trata propriamente de que a respectiva competência passa para o presidente a título de execução de sentença da Corte (como é o caso quando, no sentido do art. 19-2, o presidente do *Reich* está autorizado a anular uma lei ou decreto desde que o Tribunal Federal tenha condenado o *Reich* ou um estado a tal anulação, e estes não tenham cumprido a decisão). De fato, segundo a Constituição aus-

triaca, a anulação ocorre com a própria decisão da Corte Constitucional, e apenas o *poder de publicar* a decisão anulatória passa, a título de execução, do *órgão encarregado da publicação* – e que desobedece a decisão – para o presidente federal. Na execução de tais decisões da Corte Constitucional, no entanto, nem a Constituição garante a paridade entre União e estados, pois todos os atos do presidente devem por princípio se dar somente por requerimento do governo federal, e sob referenda do chanceler federal ou do ministro competente. Se porém o chanceler ou um ministro são obrigados por decisão da Corte Constitucional a publicar a anulação, respectivamente, de uma lei ou decreto federal, e se recusam a cumprir esse dever, dificilmente será possível uma execução por parte do presidente – que só poderia ocorrer se requerida e referendada pelos órgãos federais que agem contra seu dever. A exigência, correspondente ao princípio do Estado federativo, de um tratamento paritário da União e dos estados, deveria ter levado a que a execução das decisões da Corte Constitucional pelo presidente se tornasse independente do requerimento e referenda do governo. Isto seria tanto mais fácil por ser o presidente, segundo a *Constituição austríaca*, *pessoalmente responsável*, e assim a *dupla responsabilidade* conferida aos atos do presidente pela referenda dos ministros responsáveis no caso de execução de decisões da Corte Constitucional poderia ser descartada sem mais problemas. Desligado do governo federal, o presidente veria acentuado o seu caráter como órgão do Estado na sua totalidade, e seria eliminada, nesses casos, a sua qualidade de chefe de uma entidade parcial – isto é, da União, analogamente ao chefe de um estado-membro.

Um problema particular é oferecido pela execução da decisão da Corte Constitucional sobre a acusação do governo federal contra um *chefe estadual* ou *outro membro do governo estadual*, condenado por violação jurídica culposa na área

da administração federal indireta. Nesse caso só é exequível a decisão que determina a perda do cargo; e a execução se impõe se o órgão condenado se recusa a cumprir a decisão – isto é, deixar seu posto – e continua a desempenhar suas funções, ainda que ilegalmente. A execução significa aqui impedir coercitivamente a continuação ilegal no cargo. O presidente federal é autorizado a proceder a essa coerção contra o órgão que age contra a decisão, podendo empregar todos os meios que considere convenientes, em particular dos órgãos da União ou dos estados, que considere idôneos. Como se trata apenas de um ato coercitivo dirigido *contra uma pessoa determinada*, é de escassa importância a questão, de fato duvidosa segundo a Constituição, sobre se o presidente pode também empregar o *exército federal*. Segundo o art. 80, não é ele que pode dispor do exército, mas outros órgãos: o Conselho Nacional ou o governo federal, isto é, o ministro do Exército. A escolha dos órgãos a serem empregados na execução, conferida ao presidente no art. 146, pode portanto ser vista como limitada pelo art. 80. Isso inicialmente estava fora de dúvida, quando a disposição a respeito da execução das decisões da Corte Constitucional não preferidas sobre demandas baseadas no art. 137 ainda estava inserida, como disposição de lei ordinária, na lei a respeito da organização e procedimento da Corte (art. 34-2 da lei federal de 13 de julho de 1921). Com a emenda constitucional de 1925, essa disposição, que confere ao presidente federal um poder discricionário tão amplo, foi incorporada como art. 146-2, ao texto da Constituição federal, assumindo portanto o caráter de disposição constitucional e podendo assim ser vista como uma limitação do art. 80 relativa ao poder de dispor do exército federal. Porém, toda a elaboração da Constituição federal, assim como a emenda de 1925, indica que com essa incorporação do art. 34-2 da lei sobre a Corte Constitucional no texto da Constituição federal não se tencionava modifica-

ção ou limitação do art. 80, já pelo simples fato de que para executar uma decisão dirigida contra uma só pessoa não há necessidade de empregar o exército, bastando a polícia. À parte isso, existe entre os arts. 80 e 146 da Constituição austríaca, no plano puramente técnico-jurídico, uma relação análoga à existente entre os arts. 19 e 48-1 da Constituição alemã, dos quais, igualmente, um só pode ter validade plena, e não limitada em seu teor literal, às expensas do outro. No caso da Constituição austríaca, trata-se na prática de uma questão secundária. De fato, o problema básico em torno do qual gira o conflito entre o art. 19 e o art. 48-2 da Constituição alemã – ou seja, se a intervenção federal só seria possível como execução de uma decisão judiciária objetiva – é resolvido inequivocamente na Constituição austríaca não apenas no sentido da execução de uma sentença; é também a execução das decisões da Corte Constitucional, que possui função análoga à da execução federal do art. 48-1 da Constituição alemã, e não é em absoluto prevista como intervenção federal no sentido de ato coercitivo que estabelece uma responsabilidade coletiva e objetiva, dirigido contra uma entidade parcial da federação “enquanto tal”, isto é, contra os indivíduos que formam essa entidade parcial. *A técnica jurídica primitiva da intervenção federal está completamente superada.*

A garantia jurisdicional da Constituição

*(Exposições e debates na sessão de
outubro de 1928 do Instituto Internacional
de Direito Público)**

* Cf. *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, 1929,
Presses Universitaires de France.

I
A jurisdição constitucional
(Exposição de Hans Kelsen)*

* Esse texto foi publicado pela primeira vez em francês: "La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", na *Revue de Droit Public et Science Politique*, 35/197-257, 1928, e com base na versão francesa foi feita a presente tradução. O texto em alemão foi publicado posteriormente em *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler*, Heft 5, pp. 31-88, sob o título "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit".

Preâmbulo

O presente estudo trata do problema da garantia jurisdicional da Constituição, geralmente chamada jurisdição constitucional, de um duplo ponto de vista.

Ele expõe primeiramente – questão teórica – a natureza jurídica dessa garantia, baseando-se em última análise no sistema de que o autor fez uma exposição geral em sua *Teoria geral do Estado (Allgemeine Staatslehre, Berlim, 1925)*.

Em seguida, busca – questão prática – os melhores meios de concretizá-la. Para tanto, o autor se apóia nas experiências que vem realizando há vários anos na qualidade de membro e relator permanente da Suprema Corte Constitucional da Áustria. De fato, a Constituição austríaca, que foi votada em 1920 com base num projeto por ele elaborado a pedido do governo austríaco, deu à instituição da jurisdição constitucional um desenvolvimento mais completo do que qualquer outra Constituição anterior.

I. O problema jurídico da regularidade

1. A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas téc-

nicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução.

O problema da regularidade da execução, de sua conformidade à lei, e por conseguinte o problema das garantias dessa regularidade, são objeto corrente de estudo. Já a questão da regularidade da legislação, isto é, da criação do direito, e a idéia das garantias dessa regularidade, enfrentam certas dificuldades teóricas. Não seria uma petição de princípio querer medir a criação do direito com um padrão que só é criado com o próprio objeto a medir? E o paradoxo que reside na idéia de uma conformidade do direito com o direito é ainda maior porque, na concepção tradicional, identificam-se sem maiores preocupações legislação e criação do direito, e por conseguinte lei e direito; de sorte que as funções reunidas sob o nome de execução, a jurisdição, e ainda mais particularmente a administração, parecem ser, por assim dizer, exteriores ao direito, parecem não criar propriamente direito, mas apenas aplicar, reproduzir um direito cuja criação estaria como que acabada antes delas. Se admitirmos que a lei é todo o direito, regularidade equivale a legalidade, e então não é evidente que se possa ampliar ainda mais a noção de regularidade.

Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Legisla-

ção e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias. Porque esse processo não se limita apenas à legislação, mas, começando na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar enfim, através das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo, aos atos de execução material destes últimos. Essa enumeração, de que só consideramos aqui as fases intra-estatais, pretende apenas indicar de forma esquemática as etapas principais desse processo, no decorrer do qual o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno. Claro, a realidade pode diferir desse tipo ideal. Para dar exemplo de uma das modificações possíveis do curso típico do procedimento de criação do direito: não é necessário que o regulamento, isto é, uma norma geral que emana das autoridades administrativas, se insira entre a lei e o ato individual; ou ainda, é possível que o regulamento intervenha imediatamente com base na Constituição, e não apenas como execução de uma lei. Mas aqui nos ateremos, em princípio, à hipótese do tipo indicado.

Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito, se olharmos para cima, e criação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados.

O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.

2. Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior.

A idéia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica. Não é apenas na relação entre os atos de execução material e as normas individuais – decisão administrativa e sentença –, ou também entre esses atos de execução e as normas legais ou regulamentares gerais, que podem ser postuladas a regularidade e as garantias técnicas apropriadas para assegurá-la, mas também nas relações entre o decreto e a lei, e entre a lei e a Constituição. Assim, as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais.

Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.

3. O fato de que a aspiração a garantias da Constituição se manifeste vivamente e de que a questão seja discutida cientificamente ainda hoje – ou, mais exatamente, só hoje – se deve ao mesmo tempo a razões teóricas e políticas. Por um lado, não faz muito que surgiu na doutrina a idéia da estrutura hierárquica do direito, ou – o que é a mesma coisa – da natureza jurídica da totalidade das funções estatais e de suas relações recíprocas. Por outro lado, se o direito dos Estados modernos, que apresenta uma grande quantidade de instituições destinadas a garantir a legalidade da execução, só toma, ao contrário, medidas muito restritas para assegurar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos decretos, isso se deve a motivos políticos; e esses motivos, por sua vez, não deixam de influenciar a formação da doutrina, que deveria ser a primeira a fornecer esclarecimentos sobre a possibilidade e a necessidade de tais garantias.

É o que acontece, em particular, com as democracias parlamentares da Europa originárias de monarquias constitucionais. A teoria jurídica da monarquia constitucional ainda tem atualmente – onde essa forma de Estado tende a passar para o segundo plano – uma grande influência. Seja conscientemente, onde se pretende organizar a República com base no modelo da monarquia, com um forte poder presidencial, seja inconscientemente, a doutrina do constitucionalismo determina em grande medida a teoria do Estado. Como a monarquia constitucional originou-se da monarquia absoluta, sua doutrina é, conseqüentemente, guiada sob muitos aspectos pelo desejo de fazer que pareça a menor e mais insignificante possível a diminuição sofrida pelo monarca, outrora absoluto. Na monarquia absoluta, a distinção entre o grau da Constituição e o grau das leis é, decerto, teoricamente possível, mas não desempenha na prática nenhum papel, já que a Constituição consiste unicamente no princípio de que toda expressão da vontade do monarca é uma norma jurídica obrigatória. Não há portanto

forma constitucional particular, isto é, normas jurídicas que submetem a regras diferentes a elaboração das leis e a reforma da Constituição; nela não tem sentido o problema da constitucionalidade das leis. A transição para a monarquia constitucional acarreta, precisamente a esse respeito, uma modificação decisiva, que se exprime de maneira assaz característica na expressão “monarquia constitucional”. A maior importância que a noção de Constituição adquire então, a existência de uma regra – regra que é precisamente a Constituição – segundo a qual as leis só devem ser feitas de certa forma, a saber, com a colaboração da representação nacional; o fato de que essa regra não pode ser modificada com a mesma simplicidade que outras regras gerais de direito – as leis –, isto é, que existe ao lado da forma legal ordinária uma forma especial mais difícil, a forma constitucional (maioria reforçada, votações múltiplas, assembléia constituinte especial), tudo isso expressa o deslocamento decisivo de poder. Poder-se-ia pensar, pois, que a monarquia constitucional devia ser um terreno de primeira ordem para a enérgica afirmação do problema da constitucionalidade das leis e, por conseguinte, das garantias da Constituição. Foi exatamente o contrário que ocorreu. A doutrina constitucionalista na verdade velou o novo estado de coisas, perigoso para o poder do monarca. Em oposição à realidade constitucional, ela o apresenta como o único, ou em todo caso o verdadeiro, fautor da legislação, declarando que a lei é expressão unicamente da sua vontade, reduzindo-se a função do Parlamento a uma adesão mais ou menos necessária, secundária, não essencial. É o caso da sua célebre tese do “princípio monárquico”, que não se deduz da Constituição, mas é, por assim dizer, inserido nela do exterior para interpretá-la num sentido político determinado, mais exatamente para deformar o direito positivo com ajuda de uma ideologia que lhe é estranha. Ou ainda da célebre distinção entre o mandamento da lei, que emanaria unicamente do monarca, e o conteúdo da lei, que seria

acordado entre o monarca e a representação nacional. Essa concepção tem por resultado não se considerar como uma imperfeição técnica da Constituição, mas antes como seu sentido profundo, que uma lei deva ser tida por válida a partir do momento em que é publicada no *Diário Oficial* com a assinatura do monarca, independentemente do fato de as prescrições relativas à sua adoção pelo Parlamento terem ou não sido obedecidas. Assim, reduz-se a quase nada – pelo menos teoricamente – a evolução capital da monarquia absoluta à monarquia constitucional, e em todo caso, o problema da constitucionalidade das leis e das suas garantias. A inconstitucionalidade de uma lei assinada pelo monarca, *a fortiori* sua anulação por tal causa, não podem de forma alguma se apresentar à consciência jurídica como questões de interesse prático. Além disso, a doutrina constitucionalista, apoiando-se muito menos no texto da Constituição a que fizemos alusão acima, reivindicada para o monarca, não apenas a sanção dos textos de lei, mas também, com ela e nela, a promulgação exclusiva das leis. Assinando o texto votado pelo Parlamento, o monarca atestaria a constitucionalidade da elaboração da lei. Existiria portanto, de acordo com essa doutrina, certa garantia, pelo menos quanto a uma parte do procedimento legislativo; mas é precisamente a instância que deveria ser controlada que reivindica a função de controle. Sem dúvida, a rubrica ministerial acrescenta uma responsabilidade ao ato do monarca, mas a responsabilidade ministerial é privada de interesse prático na monarquia constitucional, na medida em que é dirigida contra os atos do monarca e só pode ser levada em conta quando se trata de vícios do procedimento legislativo que cabem ao Parlamento, visto que é este mesmo que o efetua.

A teoria, ainda hoje muito difundida e defendida com os mais diversos argumentos, de que é preciso retirar dos órgãos de aplicação do direito todo e qualquer exame da constitucionalidade das leis, de que se deve conceder aos tribunais no

máximo o controle da regularidade da publicação, de que a constitucionalidade da elaboração das leis é suficientemente garantida pelo poder de promulgação do chefe de Estado, e a consagração pelo direito positivo dessas concepções políticas nas próprias Constituições das atuais repúblicas devem-se em boa parte à doutrina da monarquia constitucional, cujas idéias influenciaram, mais ou menos conscientemente, a organização das democracias modernas.

II. *A noção de Constituição*

4. A questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição. Somente a teoria aqui desenvolvida, da estrutura hierárquica da ordem jurídica, está em condições de proporcioná-la. Não é exagero nenhum afirmar que somente ela permite apreender o sentido imanente dessa noção fundamental de “Constituição”, com a qual já sonhava a teoria do Estado da Antiguidade, porque essa noção implica a idéia de uma hierarquia das formas jurídicas.

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das nor-

mas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.

Donde a idéia de lhe proporcionar a maior estabilidade possível, de diferenciar as normas constitucionais das normas legais, submetendo-se sua reforma a um procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas. Surge assim a distinção entre a forma constitucional e a forma legal ordinária. No limite, somente a Constituição, no sentido estrito e próprio da palavra, está revestida dessa forma especial; ou – como se tem o costume, se não a felicidade, de dizer – a Constituição no sentido material coincide com a Constituição no sentido formal.

Se o direito positivo conhece uma forma constitucional especial, distinta da forma legal, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na Constituição no sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis. Daí resulta a noção de Constituição no sentido lato. É ela que está em jogo quando as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais. Com isso – é o sentido primordial, senão exclusivo, dessa prática –, a Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras. Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, na

forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade, etc. A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.

Por isso costuma-se distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Essa distinção só é admissível com a reserva de que a inconstitucionalidade dita material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal, no sentido de que uma lei cujo conteúdo está em contradição com as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional. Trata-se sempre, portanto, de saber se o que deve ser observado é a forma legal ou a forma constitucional. Se o direito positivo não diferencia essas duas formas, o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites para o conteúdo das leis não tem sentido jurídico e não passa de uma aparência desejada por motivos políticos, como são aliás as liberdades garantidas na forma constitucional no caso freqüente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a limitá-las.

5. As disposições constitucionais relativas ao processo legislativo e ao conteúdo das leis só por leis podem ser precisadas. As garantias da Constituição não passam, pois, de meios contra as leis inconstitucionais; mas a partir do momento em que, por intermédio da idéia de forma constitucional, a noção de Constituição é ampliada a outros objetos que não o

procedimento legislativo e a determinação de princípio do conteúdo das leis, é possível que a Constituição se concretize em formas jurídicas que não sejam as leis, em particular em decretos ou até em atos jurídicos individuais. Com efeito, o conteúdo da Constituição pode tornar inútil uma lei, do mesmo modo que uma lei pode ser tal que não requeira um decreto para receber aplicação em atos administrativos ou jurisdicionais individuais. A Constituição pode, por exemplo, dispor que, em condições perfeitamente predeterminadas, poderão ser estabelecidas normas gerais, não mais por uma votação parlamentar, mas por um ato do governo: são os decretos de necessidade, que se acham então no mesmo grau das leis, que têm a mesma força que elas, as substituem e as modificam, e são imediatamente subordinados à Constituição, ao contrário dos simples decretos complementares, que podem ser portanto, tal como as leis, imediatamente inconstitucionais e contra os quais, por conseguinte, do mesmo modo que contra as leis inconstitucionais, devem se dirigir as garantias da Constituição.

Mas nada se opõe tampouco a que sejam estabelecidas na forma constitucional normas que não contenham apenas princípios, diretivas, limites para o conteúdo das leis vindouras, e devam por conseguinte ser concretizadas por intermédio de leis, mas que, ao contrário, regulem uma matéria tão completamente que sejam de imediato aplicáveis aos casos concretos por atos jurisdicionais e, mais ainda, administrativos. Assim é quando a Constituição, nesse sentido lato, determina como são designados certos órgãos executivos supremos (chefe de Estado, ministros, tribunais superiores, etc.), de tal modo que possam ser criados sem a intervenção de nenhuma regra de detalhe que complete a Constituição – lei ou regulamento –, mas em aplicação imediata da própria Constituição. Essa matéria aparece efetivamente inclusa na noção corrente de Constituição. Entende-se tradicionalmente por Constituição – no sentido material – não apenas as regras relativas aos órgãos e

ao procedimento legislativo, mas também as que se referem aos órgãos executivos superiores, e, além delas, a determinação das relações de princípio entre o Estado e os cidadãos, designando-se com isso simplesmente o catálogo dos direitos fundamentais, isto é, para nos exprimirmos de modo juridicamente correto, certos princípios relativos ao conteúdo das leis. A prática dos Estados modernos também corresponde a essa noção, e suas Constituições em geral apresentam esses três aspectos.

Se assim é, não são apenas as normas gerais – leis ou decretos – que são imediatamente subordinadas à Constituição e que, por conseguinte, podem ser imediatamente inconstitucionais, mas também os atos individuais. O número de atos individuais imediatamente subordinados à Constituição pode naturalmente ser estendido à vontade, bastando, por uma razão política qualquer, revestir a forma constitucional das normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos – por exemplo, votar como leis constitucionais as leis sobre as associações ou as Igrejas. Se bem que uma garantia da regularidade dos atos de execução das leis tenha, em sua forma, o caráter de uma garantia da Constituição, é evidente que aqui, pelo fato de a noção de Constituição ser ampliada demasiado além de seu domínio original e por assim dizer natural – o domínio que resulta da teoria da estrutura hierárquica do direito –, a garantia específica da Constituição, cuja organização técnica (a jurisdição constitucional) deverá ser estudada em seguida, não pode se dar diretamente, porque o caráter individual do ato inconstitucional criaria um concurso evidente da jurisdição constitucional com a jurisdição administrativa, sistema de medidas destinadas a garantir a legalidade da execução e, em particular, da administração.

6. Em todos os casos até aqui considerados, tratava-se exclusivamente de atos imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, de fatos de inconstitucionalidade

imediate. Distinguem-se notadamente desses atos os que não são mais imediatamente subordinados à Constituição e que, por conseguinte, só podem ser mediamente inconstitucionais.

Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo *constitucionalidade, de forma indireta*. *Sublinhemos aqui em particular*, por se tratar de normas gerais, o decreto regulamentar, cuja preocupação em assegurar a legalidade também pode ser classificada, por motivos que examinaremos adiante, entre as funções da jurisdição constitucional. Notemos, de resto, que a inconstitucionalidade direta nem sempre se deixa distinguir nitidamente da inconstitucionalidade indireta, porque, entre esses dois tipos, podem se inserir certas formas mistas ou intermediárias. É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição autoriza imediata, diretamente, todas as autoridades administrativas ou algumas delas a baixar regulamentos nos limites da sua competência, para assegurar a execução das leis que têm de aplicar. Essas autoridades derivam então seu poder regulamentar imediatamente da própria Constituição. Mas o que elas devem dispor — isto é, o conteúdo de seus regulamentos — é determinado pelas leis que se encontram entre elas e a Constituição. *Esses decretos regulamentares se distinguem de forma evidente, precisamente por causa do seu grau de proximidade da Constituição, daquele outro tipo de decreto a que aludimos acima, os que derogam as leis ou as substituem, que são imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, só podem ser inconstitucionais, e não ilegais.*

Outro caso: quando a Constituição estabelece princípios relativos ao conteúdo das leis, por exemplo um catálogo de direitos fundamentais, os atos administrativos praticados para aplicação dessas leis podem ser inconstitucionais, num sentido ainda diferente do que o é qualquer ato administrativo ilegal. Se, por exemplo, a Constituição dispõe que a expropriação

só pode ocorrer mediante plena e cabal indenização, e se, num caso concreto, procede-se à expropriação com base numa lei perfeitamente constitucional que também estabeleça o princípio da indenização plena, mas em contradição com suas disposições – isto é, sem indenização –, o ato administrativo não é ilegal – e por conseguinte indiretamente inconstitucional – no sentido ordinário, porque ele não vai apenas contra a lei e, por conseguinte, contra o princípio constitucional geral da legalidade da execução, mas também contra um princípio especial expressamente estabelecido pela Constituição, a saber, que toda expropriação deve ser acompanhada por uma plena e cabal indenização e, portanto, ultrapassa esse limite especial que ela impõe à legislação. Seria compreensível então que se pusesse em movimento contra os atos ilegais dessa natureza um mecanismo que servisse de garantia da Constituição.

O princípio constitucional da legalidade da execução não significa apenas que todo ato de execução deva ser conforme à lei, mas essencialmente que só pode haver ato de execução com base numa lei, autorizado por uma lei. Se, por conseguinte, uma autoridade estatal – tribunal ou agente administrativo – produz um ato sem nenhuma base legal, esse ato não é propriamente ilegal, pois falta uma lei com relação à qual se possa apreciar sua legalidade, mas é um ato “sem lei” e, como tal, imediatamente inconstitucional. Pouco importa que esse ato “sem lei” não se refira a nenhuma lei ou que a menção a uma lei seja puramente fictícia, como no caso em que, por exemplo, a administração expropriasse uma casa urbana invocando uma lei que autoriza a expropriação de imóveis rurais para uma reforma agrária. Por mais claramente que este caso se distinga do caso precedentemente examinado, de uma expropriação ilegal por não ser acompanhada de indenização, não se deve dissimular porém que, em geral, o limite entre atos “sem lei”, e por conseguinte imediatamente inconstitucionais, e atos ilegais, e por conseguinte de uma inconstitucionalidade simplesmente mediata, não é perfeitamente nítido.

7. Ao lado das leis, de certos decretos e dos atos individuais de execução que apresentam as características acima indicadas, cumpre considerar como outra forma jurídica imediatamente subordinada à Constituição os tratados internacionais; geralmente as Constituições dispõem sobre sua elaboração, autorizam o chefe de Estado a firmá-los, concedem ao Parlamento o direito de aprová-los, exigem para sua validade interna sua transformação em leis, etc. Os princípios constitucionais sobre o conteúdo das leis valem igualmente para os tratados internacionais, ou pelo menos *poderão valer para eles*, porque seria concebível que o direito positivo os excetuasse dessas disposições. Os tratados internacionais devem ser considerados como mantendo com a Constituição exatamente a mesma relação que as leis. Eles podem ser imediatamente inconstitucionais, seja formalmente, por causa da sua elaboração, seja materialmente, por causa do seu conteúdo. Pouco importa, de resto, que o tratado tenha um caráter geral ou individual.

No entanto, o lugar do tratado internacional no edifício da ordem jurídica não se deixa determinar de maneira perfeitamente unívoca. Só se pode interpretá-lo como norma imediatamente subordinada à Constituição e determinada por ela, supondo-se que a Constituição seja um grau supremo, isto é, do ponto de vista do primado do direito interno. Se nos elevarmos acima desse ponto de vista, se partirmos da idéia da superioridade do direito internacional ante as diferentes ordens estatais, isto é, do primado da ordem jurídica internacional, o tratado internacional aparecerá como pertencente a uma ordem jurídica superior aos Estados contratantes, criada de acordo com uma regra do direito das gentes por um órgão próprio da comunidade internacional formado por representantes desses Estados. Quanto à determinação dos membros desse órgão (chefes de Estado, ministros das Relações Exteriores, parlamentos, etc.), o direito internacional delega-a às diferentes ordens estatais ou à sua Constituição. Desse ponto de vista, o tratado

tem preponderância quanto à lei e mesmo quanto à Constituição, na medida em que pode derrogar uma lei ordinária ou constitucional, ao passo que o inverso é impossível. Segundo as regras do direito internacional, um tratado só pode perder sua força obrigatória em virtude de outro tratado ou de certos outros fatos determinados por ele, mas não por ato unilateral de uma das partes contratantes, notadamente não por uma lei. Se uma lei, mesmo uma lei constitucional, contradiz um tratado, ela é irregular, a saber, contrária ao direito internacional. Ela vai imediatamente contra o tratado, e mediatamente contra o princípio *pacta sunt servanda*.

Outros atos estatais que não as leis podem, naturalmente, ser contrários ao direito internacional, se violarem, mediata ou imediatamente, seja o princípio do respeito das convenções, seja outras regras do direito internacional geral. Se supusermos, por exemplo, que existe uma regra de direito internacional segundo a qual os estrangeiros só poderiam ser expropriados mediante plena e cabal indenização, qualquer lei constitucional, qualquer lei ordinária, qualquer ato administrativo, qualquer sentença que determinasse a expropriação de um estrangeiro sem indenização, seriam contrários ao direito internacional. Deve-se notar, de resto, que o próprio direito internacional não pronuncia a nulidade dos atos estatais que lhe sejam contrários, e ainda não elaborou um procedimento pelo qual esses atos irregulares possam ser anulados por um tribunal internacional. Eles permanecem válidos, pois, se não forem anulados no curso de um procedimento estatal. Em última análise, o direito internacional não tem outra sanção além da guerra, que não faz desaparecer o ato contrário às suas regras. Isso não impede que o direito internacional, se supusermos sua primazia, pode constituir um padrão da regularidade de todas as normas estatais, inclusive a mais elevada delas, a Constituição.

III. As garantias da regularidade

8. Tendo esclarecido suficientemente a noção de Constituição, e com isso a natureza da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, podemos examinar agora a questão das garantias necessárias à proteção da Constituição.

Trata-se das garantias gerais que a técnica jurídica moderna desenvolveu quanto à regularidade dos atos estatais em geral. Elas são preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas.

A) As garantias preventivas tendem a evitar a produção de atos irregulares. As garantias repressivas reagem contra o ato irregular uma vez produzido, tendem a impedir sua renovação no futuro, a reparar o dano que ele causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular.

Esses dois elementos também podem, naturalmente, ser unidos numa só e mesma medida de garantia.

Entre as numerosas garantias puramente preventivas possíveis, encontra-se e deve ser aqui considerada antes de mais nada a organização em tribunal da autoridade que cria o direito, isto é, a *independência do órgão* – pela *inamovibilidade*, por exemplo –, consistindo essa independência em que ele não pode ser juridicamente obrigado, no exercício das suas funções, por nenhuma norma individual (ordem) de outro órgão, em particular de um órgão superior ou pertencente a outro grupo de autoridades, e por conseguinte em que só está preso às normas gerais, essencialmente às leis e aos regulamentos. O poder de controlar as leis e os regulamentos, concedido ao tribunal, é outra questão. A idéia, ainda muito difundida, de que somente a regularidade da jurisdição pode constituir tal garantia, repousa na hipótese equivocada de que entre jurisdição e administração existe, do ponto de vista jurídico, isto é, da teoria ou da técnica jurídicas, uma diferença de natureza. Ora, precisamente do ponto de vista da sua relação com as normas dos graus superiores – relação decisiva para o postula-

do da regularidade do exercício da função –, não se pode perceber tal diferença entre administração e jurisdição, nem mesmo entre execução e legislação. A distinção entre jurisdição e administração reside exclusivamente no modo de organização dos tribunais. A prova disso é a instituição da jurisdição administrativa, que consiste seja em que atos administrativos, isto é, atos normalmente produzidos por autoridades administrativas, são produzidos por tribunais, seja em que a regularidade dos atos produzidos pelas autoridades administrativas é controlada por um tribunal, e por conseguinte são anulados no caso de serem tidos por irregulares, e eventualmente até reformados, isto é, substituídos por um ato regular. A tradicional oposição entre jurisdição e administração, e o dualismo baseado nessa oposição, existente nos aparelhos estatais de execução, só podem ser explicados historicamente, e são fadados a desaparecer se não forem enganadores os sintomas que já indicam uma tendência à unificação desses aparelhos. Do mesmo modo, é só historicamente que podemos explicar por que a independência de um órgão em relação a outro é vista como uma garantia do exercício regular das suas funções.

A organização em tribunal do órgão de criação do direito é não apenas a garantia preventiva mais característica da regularidade dos atos a produzir, mas também a primeira do grupo de garantias que chamamos pessoais. As outras são a responsabilidade penal e disciplinar, assim como a responsabilidade civil do órgão que produziu um ato irregular.

B) As garantias objetivas, que têm ao mesmo tempo um caráter repressivo acentuado, são a nulidade ou a anulabilidade do ato irregular.

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte

que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade. Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de tratá-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre a sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico qualquer pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável. Na ausência de tal limitação, qualquer ato jurídico viciado deveria ser considerado nulo, isto é, como não sendo um ato jurídico. De fato, os diversos direitos positivos contêm restrições acentuadas ao poder que, em princípio, cabe de direito a qualquer um de tratar os atos irregulares como nulos. Em geral, os atos dos particulares e os atos das autoridades são tratados de forma diferente quanto a esse aspecto. Em linhas gerais, constata-se uma tendência a tratar os atos das autoridades públicas, inclusive os atos irregulares, como válidos e obrigatórios enquanto outro ato de outra autoridade não os faz desaparecer. A questão da regularidade ou da irregularidade dos atos das autoridades não deve ser decidida pura e simplesmente pelo cidadão ou pelo órgão estatal a que estes se dirigem pedindo obediência, mas pela própria autoridade que produziu o ato cuja regularidade é contestada, ou por uma outra autoridade cuja decisão é provocada por meio de um procedimento determinado.

Esse princípio, aceito em mais ou menos larga medida pelos diferentes ordenamentos, e que podemos denominar princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas, comporta certos limites. O direito positivo nunca pode decidir que qualquer ato que se apresente como ato de uma

autoridade pública deva, sem distinção, ser considerado tal até ser anulado por um ato emanado de outra autoridade. Evidentemente, seria absurdo exigir tal procedimento para a anulação, por exemplo, de um ato emanado de um indivíduo que não tem, sob nenhum aspecto, a qualidade de autoridade pública. Mas, por outro lado, tampouco é possível considerar *a priori* como nulo qualquer ato produzido por uma autoridade incompetente ou constituída de forma irregular, ou ainda segundo um procedimento irregular. O problema da nulidade absoluta, difícilimo tanto teórica quanto tecnicamente, só diz respeito à questão das garantias da Constituição na medida em que é necessário afirmar que também deve ser contemplada a nulidade – que nunca pode ser totalmente excluída pelo direito positivo – dos atos imediatamente subordinados à Constituição, e que, por conseguinte, a nulidade desses atos também é, em certo sentido, uma garantia da Constituição.

Nem os cidadãos nem as autoridades públicas devem considerar como lei qualquer ato que assim se intitule. Sem dúvida nenhuma, pode haver atos que de lei só têm a aparência. Mas não se pode definir por meio de uma fórmula teórica geral o limite que separa o ato nulo *a priori*, que é uma pseudolei, de um ato legislativo viciado mas válido, de uma lei inconstitucional. Somente o direito positivo poderia assumir essa tarefa; mas ele geralmente não o faz, em todo caso não o faz conscientemente nem de maneira precisa. Na maioria das vezes, deixa a solução dessa questão aos cuidados da autoridade a quem cabe decidir, quando um indivíduo – cidadão ou órgão estatal – se recusa a obedecer ao ato em apreço, alegando que era uma pseudolei. Mas, com isso, o ato em apreço sai da esfera da nulidade absoluta para ingressar na da simples anulabilidade. Porque não podemos deixar de ver, na decisão da autoridade de que um ato a que se recusou obediência não era um ato jurídico, a anulação desse ato com certo efeito retroativo. O mesmo não se dá quando o direito positivo esta-

belece um mínimo de condições que devem ser reunidas para que o ato jurídico não seja nulo *a priori*. É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição determina que tudo o que for publicado como lei no *Diário Oficial* deve valer como lei, quaisquer que possam ser suas outras irregularidades, enquanto não for anulado por uma instância qualificada para tal. Porque, no fim das contas, é sempre uma autoridade pública que deve declarar de forma autêntica se as condições mínimas foram ou não respeitadas, senão qualquer um poderia se dispensar de obedecer às leis, alegando simplesmente que não são leis.

Do ponto de vista do direito positivo, a situação daquele a quem um ato é dirigido com a pretensão de ser obedecido é, sem exceção, a seguinte: se considerar o ato nulo, ele pode se recusar a obedecê-lo, mas sempre agindo por sua conta e risco, isto é, ele corre o risco de que, processado por desobediência, a autoridade diante da qual comparece não considere o ato nulo ou declare preenchidas as condições mínimas estabelecidas pelo direito positivo para sua validade, sob reserva da sua anulabilidade ulterior. No caso contrário, a decisão da autoridade significa a cassação do ato com efeito retroativo até o momento em que foi produzido. Essa interpretação se impõe porque a decisão é o resultado de um procedimento que tem por objeto a nulidade do ato — nulidade que, de início, é simplesmente afirmada pelo interessado —; porque, conseqüentemente, a nulidade não pode de forma alguma ser considerada como definida antes da conclusão do procedimento, que poderá conduzir a uma decisão que a nega; e porque a decisão deve ter necessariamente um caráter constitutivo, mesmo se em seu texto ela pronuncia que o ato era nulo. Do ponto de vista do direito positivo, isto é, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade — uma anulação com efeito retroativo.

A anulabilidade do ato irregular significa a possibilidade de fazer que ele desapareça, juntamente com suas conseqüências jurídicas. A anulação comporta, na verdade, vários graus, seja quanto a seu alcance, seja quanto a seu efeito no tempo.

Do primeiro ponto de vista, ela pode – é uma primeira solução – limitar-se a um caso concreto. Se se tratar de um ato individual, isso é evidente. Mas é bem diferente quando se trata de uma norma geral. A anulação de uma norma geral fica confinada ao caso concreto quando as autoridades – tribunais ou autoridades administrativas – que deveriam aplicar a norma podem ou devem recusar sua aplicação no caso que lhes é levado a exame, por a considerarem irregular, e decidir em conseqüência como se ela não estivesse em vigor, mas quando, para o resto, essa norma permanece em vigor e deve ser aplicada em outros casos por outras autoridades, as quais ou não têm o poder de examinar sua regularidade e decidir a respeito desta, ou, se o têm, a consideram regular. A autoridade chamada a aplicar a norma geral, que tenha o poder de retirar sua validade no caso concreto se reconhecer sua irregularidade, tem na realidade o poder de anulá-la – porque fazer desaparecer a validade de uma norma e anulá-la são uma só e mesma coisa –, mas a anulação é simplesmente parcial, limitada ao caso em exame. É essa a situação dos tribunais – mas não das autoridades administrativas – no que concerne aos regulamentos, de acordo com boa parte das Constituições modernas. Mas, no que concerne às leis, em regra geral eles estão longe de possuir poderes de controle tão extensos. Na maior parte dos casos eles não podem examinar a regularidade, isto é, a constitucionalidade das leis sob todos os aspectos, mas apenas verificar a regularidade da publicação da lei; por conseguinte não podem declinar sua aplicação no caso concreto, salvo em razão de uma irregularidade cometida nessa publicação. Os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes. Disso resulta, antes de

mais nada, a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito daí resultante, que se faz sentir desagradavelmente quando um tribunal se abstém de aplicar um regulamento ou mesmo uma lei por considerá-los irregulares, quando outro tribunal faz o contrário e quando é vedado às autoridades administrativas recusar a aplicação da norma, se também forem chamadas a intervir. A centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos. Mas se se decide confiar esse controle a uma autoridade única, torna-se possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto e adotar o sistema da anulação total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância central suprema.

Quanto ao seu alcance no tempo, a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, também se estender ao passado, isto é, ocorrer com ou sem efeito retroativo. Naturalmente, essa diferença só tem sentido para os atos que tenham consequências jurídicas duradouras; ela diz respeito portanto, antes de mais nada, à anulação das normas gerais. O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes de expirar certo prazo. Do mesmo modo que pode haver razões válidas para fazer a entrada em vigor de uma norma geral ser precedida por uma *vacatio legis*, também poderia haver motivos para que uma norma só deixasse de vigorar expirado certo prazo a partir da sentença de anulação. No entanto, certas circunstâncias podem tornar necessária uma anulação retroativa. Não se deve pensar apenas no caso extremo, precedentemente considerado, de uma retroatividade ilimitada, em que a anulação do ato equivale à sua nulidade, quando, de acordo com a apreciação soberana da autoridade competente para anulá-lo ou em

virtude da exigência pelo direito positivo de um mínimo de condições para sua validade, o ato irregular deve ser reconhecido como sendo pura e simplesmente um pseudo ato jurídico. Deve-se considerar antes de mais nada um efeito retroativo excepcional, limitado a certos casos específicos ou a uma certa categoria de casos.

Para organizar tecnicamente a anulação de um ato, é também de grande importância saber se poderá emanar apenas do próprio órgão que o produziu ou se será confiada a outro órgão. A adoção do primeiro dos dois procedimentos deve-se antes de tudo a condições de prestígio. Pretende-se evitar que a autoridade do órgão que editou a norma irregular e que é considerado como órgão supremo, ou que pelo menos age sob o controle e responsabilidade de um órgão supremo, seja enfraquecida – especialmente se se tratar de uma norma geral – com o fato de outro órgão ser autorizado a anular seus atos e se colocar, com isso, acima dele, quando ele deve ser considerado supremo. Não é apenas a “soberania” do órgão que produziu o ato irregular, mas também o dogma da separação dos poderes que é invocado aqui para evitar a anulação dos atos de uma autoridade por outra. É o que acontece, por exemplo, quando se trata dos atos das autoridades administrativas supremas e quando a instância eventualmente chamada a anulá-los deveria estar fora da organização administrativa e ter, tanto por sua função como por sua organização, o caráter de autoridade jurisdicional independente, isto é, de tribunal. Dado o caráter mais que problemático da distinção entre judiciário e administração, a invocação da separação dos poderes tem, nesse caso, tão pouco valor quanto a da “soberania” do órgão. Aliás, os dois argumentos têm um papel particular na questão das garantias da Constituição. A pretexto de que a soberania do órgão que produz um ato irregular ou de que a separação dos poderes devem ser respeitadas, deixa-se a anulação do ato irregular à discrição desse mesmo órgão, só

se concedendo aos interessados o direito de fazer um pedido de anulação desprovido de força vinculatória, simples “representação”. Ou então existe um procedimento regular que deve levar à ab-rogação do ato irregular por seu autor, mas o ato provocatório do procedimento obriga a autoridade apenas a iniciá-lo, mas não a terminá-lo de certo modo, isto é, pela anulação do ato impugnado. Essa anulação permanece pois no âmbito do poder discricionário, embora legalmente condicionado, do próprio órgão que produziu o ato irregular e que nenhum órgão superior controla. Seria necessário enfim considerar um terceiro sistema, que aliás constitui uma transição para o segundo tipo indicado: a questão da regularidade do ato é resolvida por outra autoridade, mas a anulação é reservada ao órgão que a produziu. Esse órgão, entretanto, pode ser juridicamente obrigado pela decisão do outro órgão de anular o ato reconhecido como irregular; a execução dessa obrigação pode até ser vinculada a um prazo. Mas nem mesmo essa variante proporciona uma garantia suficiente, inútil prová-lo em detalhe. Essa garantia só existe se a anulação do ato irregular for pronunciada imediatamente por um órgão completamente diferente e independente daquele que produziu o ato irregular. Atendo-nos à divisão tradicional das funções estatais em legislação, jurisdição e administração, assim como à divisão correspondente do aparelho estatal em três grupos de órgãos — um aparelho legislativo, um aparelho jurisdicional e um aparelho administrativo —, devemos distinguir entre o caso em que a anulação de um ato irregular permanece no interior do mesmo aparelho (por exemplo, no caso em que os atos administrativos ou as sentenças irregulares são anulados por um novo ato administrativo ou por uma nova sentença, isto é, por um ato que emana de uma autoridade pertencente ao mesmo grupo de órgãos, autoridade administrativa superior num caso, autoridade judiciária superior no outro) e o caso em que a autoridade que anula pertence a outro grupo de órgãos. O recurso hierár-

quico pertence ao primeiro tipo; a jurisdição administrativa é exemplo do segundo. É uma característica dos modernos sistemas jurídicos ser a regularidade dos atos jurisdicionais garantida quase sem exceção por meios do primeiro tipo. De fato, a independência dos tribunais é vista como uma garantia suficiente da regularidade de seus atos.

A anulação do ato irregular levanta o problema de sua substituição por um ato regular. A esse respeito é necessário distinguir duas possibilidades técnicas: a autoridade competente também pode ter o poder de substituir o ato anulado por um ato regular, isto é, não apenas anulá-lo como também reformá-lo; mas a elaboração do ato regular pode ser deixada ao encargo da autoridade cujo ato irregular foi anulado. Se ela estiver então vinculada à solução jurídica que o órgão de anulação formulou na sua decisão (por exemplo, na forma de motivos), sua independência sofre uma restrição, fato que, se se tratar da anulação de uma sentença, não deve ser menosprezado ao se apreciar a independência dos juizes como garantia específica da regularidade da execução.

IV. As garantias da constitucionalidade

Entre as medidas técnicas precedentemente indicadas, que têm por objeto garantir a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição. O que não quer dizer que não se possa considerar outros meios de assegurar a regularidade dos atos que lhe são subordinados.

Sem dúvida, a garantia preventiva, pessoal – a organização em tribunal do órgão que produz o ato –, fica excluída de antemão. A legislação, de que tratamos aqui em primeira linha, não pode ser confiada a um tribunal, não tanto por causa da diversidade das funções legislativa e jurisdicional, mas antes

porque a organização do órgão legislativo é essencialmente dominada por outros pontos de vista que não o da constitucionalidade de seu funcionamento. Aqui quem decide é a grande antítese entre democracia e autocracia.

Já as garantias repressivas – a responsabilidade constitucional e a responsabilidade civil dos órgãos que viessem a produzir atos irregulares – são perfeitamente possíveis, mas apenas no que concerne à legislação, e não, é claro, no que diz respeito ao Parlamento como tal ou a seus membros: um órgão colegiado não é, por diferentes motivos, sujeito apropriado de responsabilidade penal ou civil. No entanto, os indivíduos associados à legislação – chefe de Estado, ministros – podem ser responsabilizados pela inconstitucionalidade das leis, *principalmente se a Constituição dispuser que assumam*, pela promulgação ou pela sanção, a responsabilidade pela constitucionalidade do procedimento legislativo. De fato, a instituição da responsabilidade ministerial, característica das Constituições modernas, também serve para assegurar a constitucionalidade das leis, e é óbvio que essa responsabilidade pessoal do órgão pode ser empregada para garantir a legalidade dos regulamentos e também, em particular, a regularidade dos atos individuais imediatamente subordinados à Constituição.

Quanto a esse último ponto, também é possível pensar em especial na responsabilidade pecuniária pelos danos causados por atos irregulares. *Todavia, como prova a história constitucional, a responsabilidade ministerial não é um meio muito eficaz, e mesmo as outras garantias pessoais são igualmente insuficientes pois não atingem a força obrigatória do ato irregular, em particular da lei inconstitucional. Dado esse estado de coisas, é difícil dizer até mesmo que a Constituição seja uma garantia: ela só o é verdadeiramente quando a anulação dos atos inconstitucionais é possível.*

1. *A jurisdição constitucional*

9. Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. E, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contra-indicado. Com efeito, a única forma em que se poderia vislumbrar, em certa medida, uma garantia eficaz da constitucionalidade (declaração de irregularidade por um terceiro órgão e obrigação do órgão autor do ato irregular de anulá-lo) é impraticável nesse caso, porque o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de modo eficaz. E seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional*. O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Costumam-se fazer certas objeções a esse sistema. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso re-

* No Brasil, por força da disposição constitucional, muitas normas anuladas pelo Supremo Tribunal Federal tiveram sua execução suspensa mediante resolução do Senado (v. art. 52-X da Constituição de 1988). (N. do R. T.)

conhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. No entanto, mesmo se tal tendência for aprovada por motivos de oportunidade, não há argumento jurídico em que ela possa se embasar.

Não é muito diferente o que ocorre com a segunda objeção, decorrente do princípio da separação dos poderes. Claro, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no "poder legislativo", como se costuma dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais¹. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral,

1. Não podemos menosprezar aqui o fato de que mesmo essa distinção não é uma distinção de princípio e de que o legislador, em particular — especialmente o Parlamento —, também pode estabelecer normas individuais.

porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo. Ora, nesse caso, não se costuma falar de violação do princípio da separação dos poderes, como, por exemplo, quando nas Constituições das monarquias constitucionais a legislação é confiada em princípio ao Parlamento em conjunto com o monarca, mas em certas hipóteses excepcionais o monarca, em conjunto com os ministros, tem o direito de editar decretos que derogam as leis. Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de evidenciar o verdadeiro sentido desse princípio, função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão “divisão dos poderes” traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.

A questão de saber se o órgão chamado a anular as leis inconstitucionais pode ser um tribunal é, por conseguinte, desprovida de importância.

Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. Caberia no máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas conseqüências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância. Mas na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos.

A esse respeito, não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis. A organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas. Eis, contudo, algumas condições de alcance e valor gerais.

O número de seus membros não deverá ser elevado, pois é sobre questões de direito que ela é chamada a se pronunciar,

e ela deve cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição. Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos preconizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo chefe de Estado ou pelo governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo com o Parlamento elegendo juízes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira. Por exemplo, poder-se-ia conseguir isso atribuindo às Faculdades de Direito, ou a uma comissão comum de todas as Faculdades de Direito do país, um direito de apresentação para pelo menos uma parte das vagas, ou também atribuindo ao próprio tribunal o direito de fazer uma apresentação para cada vaga que surja ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação. De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes. Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do governo, já que são precisamente os atos de ambos que ela deve controlar. É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e por conseguinte incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo fazendo que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela

colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos.

2. O objeto do controle de constitucionalidade

10. I. As leis cuja inconstitucionalidade é alegada constituem o objeto principal da jurisdição constitucional.

Por leis, cumpre entender os atos assim denominados dos órgãos legislativos, isto é, nas democracias modernas, dos parlamentos centrais ou, tratando-se de um Estado federativo, locais.

Devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se contêm tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer, tende a ver, a despeito de sua forma de lei, como simples atos administrativos. O controle da regularidade de tais atos não pode ser confiado a nenhuma outra instância que não a jurisdição constitucional. Mas mesmo a constitucionalidade de outros atos do Parlamento, que segundo a Constituição têm caráter obrigatório sem revestir necessariamente a forma de leis, não sendo exigida sua publicação no *Diário Oficial*, como o regimento interno do Parlamento ou a votação do orçamento (supondo-se, naturalmente, que ambos não precisem existir na forma de leis) e outros atos semelhantes, deve ser verificada pela jurisdição constitucional.

Do mesmo modo, todos os atos que pretendam valer como leis, mas que não o sejam devido à falta de uma condição essencial qualquer (supondo-se, naturalmente, que eles não sejam viciados pela nulidade absoluta, caso em que não poderiam ser objeto de um procedimento de controle), assim como os atos que não pretendam ser leis, mas que segundo a Constituição deveriam ser, e que – por exemplo, para escapar do

controle de constitucionalidade – tenham sido inconstitucionalmente revestidos de outra forma, por terem sido votados pelo Parlamento como simples resoluções não publicadas, ou publicados como simples regulamentos. No caso, por exemplo, em que a jurisdição constitucional devesse controlar apenas a constitucionalidade das leis e em que o governo, não podendo obter a aprovação de uma lei, disciplinasse por meio de decreto uma matéria que, segundo a Constituição, só o pode ser por via legislativa, esse decreto que faria inconstitucionalmente as vezes de lei deveria poder ser impugnado na jurisdição constitucional.

Esses exemplos não são imaginários. Viu-se na Áustria o Parlamento de um estado-membro da Federação tentar regulamentar certa matéria por meio de uma simples resolução não publicada, por saber que uma lei seria anulada pela jurisdição constitucional. Se se quiser impedir que o controle jurisdicional seja contornado, tais atos deverão ser levados àquela jurisdição. E esse princípio deve-se aplicar, por analogia, a todos os outros objetos do controle de constitucionalidade.

11. II. A competência da jurisdição constitucional não deve se limitar ao controle da constitucionalidade das leis.

Ela deve-se estender primeiramente aos decretos com força de lei, atos imediatamente subordinados à Constituição cuja regularidade consiste exclusivamente – conforme já indicado – em sua constitucionalidade. É o caso, notadamente, dos decretos de necessidade. O controle da sua constitucionalidade é tanto mais importante porque qualquer violação à Constituição significa aqui um atentado ao limite, tão importante politicamente, que se estende entre a esfera do governo e a do Parlamento. Quanto mais estritas as condições em que a Constituição os autoriza, tanto maior o perigo de uma aplicação inconstitucional dessas disposições, e tanto mais necessário um controle jurisdicional de sua regularidade. De fato,

a experiência ensina que, onde a Constituição autoriza esses decretos de necessidade, sua constitucionalidade é sempre, com ou sem razão, apaixonadamente contestada. É muito importante que exista, para resolver esses litígios, uma instância suprema cuja objetividade seja incontestada, principalmente se, por exigência das circunstâncias, eles se produzem em domínios importantes.

Não apresenta dificuldade o controle da constitucionalidade, pela *jurisdição constitucional, dos decretos que derogam as leis*, pois na hierarquia dos fatos jurídicos tais decretos se encontram no mesmo nível das leis, e às vezes até são chamados de leis ou decretos com força de lei. Mas seria o caso de atribuir igualmente à jurisdição constitucional o controle da constitucionalidade dos simples decretos regulamentares. Sem dúvida esses decretos, conforme já dissemos, não são atos imediatamente subordinados à Constituição; sua irregularidade consiste imediatamente em sua ilegalidade, e apenas de forma mediata em sua inconstitucionalidade. Se, apesar disso, propomos estender a eles a competência da jurisdição constitucional, não é tanto em consideração à relatividade precedentemente assinalada da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta, quanto em consideração ao limite natural entre atos jurídicos gerais e atos jurídicos individuais.

O ponto essencial na determinação da competência da jurisdição constitucional é, de fato, delimitá-la de maneira adequada em relação à competência da jurisdição administrativa que existe na maioria dos Estados. De um ponto de vista puramente teórico, seria possível basear a separação dessas duas competências na noção de garantia da Constituição, atribuindo à jurisdição constitucional a decisão da regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição. Seriam então indubitavelmente de sua competência casos que, em muitos Estados, são hoje da competência dos

tribunais administrativos, por exemplo os litígios relativos à regularidade dos atos administrativos individuais imediatamente subordinados à Constituição. Por outro lado, ela não se estenderia ao controle de certos atos jurídicos que hoje não pertencem, em geral, à jurisdição administrativa. Ora, a jurisdição constitucional é certamente a instância mais qualificada para pronunciar a anulação dos decretos ilegais. E não apenas porque, com isso, ela não disputaria a competência atualmente reconhecida – em geral – aos tribunais administrativos, e limitada em princípio à anulação dos atos administrativos individuais, mas em particular porque há uma afinidade íntima entre o controle da constitucionalidade das leis e o controle da legalidade dos decretos, devido a seu caráter geral. Dois pontos de vista concorrem, por conseguinte, para a determinação da competência da jurisdição constitucional: de um lado, a noção pura de garantia da Constituição, que levaria a colocar na sua esfera o controle de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição, e somente eles; de outro, a oposição entre atos gerais e atos individuais, que levaria a incluir nela o controle das leis e também dos decretos. Deixando de lado todo e qualquer preconceito doutrinal, é preciso combinar esses dois princípios de acordo com as necessidades da Constituição considerada.

12. III. Se os decretos forem postos no domínio da jurisdição constitucional, podem surgir certas dificuldades no que concerne à sua delimitação exata, devido a que há certas categorias de normas gerais que não se deixam facilmente distinguir dos regulamentos, notadamente as que estão na esfera da autonomia municipal, mediante deliberação das câmaras e outras autoridades municipais, ou ainda as que estão contidas em atos jurídicos que só se tornam obrigatórios mediante a aprovação por uma autoridade pública (por exemplo: tarifas das companhias ferroviárias, estatutos das socie-

dades por ações, contratos coletivos de trabalho, etc.). Entre as regras gerais de direito que emanam exclusivamente de uma autoridade administrativa, isto é, o regulamento *stricto sensu*, e os atos jurídicos gerais de direito privado, é de fato possível um grande número de graus intermediários. Toda demarcação entre eles sempre será, portanto, mais ou menos arbitrária. Com essa reserva, podemos recomendar submeter ao controle da jurisdição constitucional apenas as normas gerais que emanam exclusivamente de autoridades públicas, sejam elas autoridades centrais ou locais, autoridades estatais no sentido estrito da palavra, autoridades regionais ou até municipais. O município também é membro do Estado, e seus órgãos são órgãos estatais descentralizados.

13. IV. Como indicamos anteriormente, do ponto de vista do primado da ordem estatal os tratados internacionais também devem ser considerados como atos imediatamente subordinados à Constituição. Normalmente eles têm o caráter de regras gerais. Se se achar necessário instituir um controle de sua regularidade, pode-se pensar seriamente em confiá-lo à jurisdição constitucional. Nada se opõe, juridicamente, a que a Constituição de um Estado lhe atribua essa competência, com o poder de anular os tratados que reconhecer como inconstitucionais. A favor dessa extensão da jurisdição constitucional poderiam ser invocados argumentos de peso. Sendo uma fonte de direito equivalente à lei, o tratado internacional pode derogar as leis; portanto é do maior interesse político que ele seja conforme à Constituição e respeite em particular as regras desta que determinam o conteúdo das leis e dos tratados. Nenhuma regra de direito internacional se opõe a esse controle dos tratados. Se, como devemos admitir, o direito internacional autoriza os Estados a determinar em suas Constituições os órgãos que podem firmar validamente tratados, isto é, firmá-los de forma que obriguem as partes contratantes, não pode ser contrário ao

direito internacional criar uma instituição que garanta a aplicação dessas normas. Não poderíamos invocar aqui a regra segundo a qual os tratados não podem ser ab-rogados unilateralmente por um dos Estados contratantes, porque ela supõe, é evidente, que o tratado tenha sido firmado de forma válida. O Estado que deseje firmar um tratado com outro Estado deve informar-se sobre a Constituição deste: assim como é sua a culpa se tratar com um órgão incompetente do outro Estado, também é toda sua se o tratado estiver em contradição com outro ponto qualquer da Constituição de seu co-contratante e for, por conseguinte, nulo ou anulável. Mesmo se admitíssemos que o direito internacional determina imediatamente que o órgão estatal competente para firmar tratados é o chefe de Estado, e além disso, que existe uma regra de direito internacional segundo a qual os Estados não são obrigados a aceitar um controle da regularidade dos tratados que firmam com Estados estrangeiros e sua anulação total ou parcial por uma autoridade desses Estados, nem por isso seriam menos válidas as disposições em contrário da Constituição; a anulação do tratado constituiria simplesmente, do ponto de vista do direito internacional, uma violação que a guerra poderia sancionar. Bem diferente é a questão – política, e não jurídica – de saber se o interesse dos Estados em firmar tratados permite expô-los aos riscos de uma anulação pela jurisdição constitucional. Se fizermos o balanço dos interesses de política interna que falam a favor da extensão da jurisdição constitucional aos tratados internacionais e dos interesses de política externa que falam no sentido contrário, é bem possível que estes últimos mereçam prevalecer. Do ponto de vista dos interesses da comunidade internacional, seria incontestavelmente desejável atribuir o controle da regularidade dos tratados internacionais, ao mesmo tempo que o conhecimento dos litígios que sua execução pode causar, a uma instância internacional, e excluir toda jurisdição estatal

como sendo unilateral. Mas essa é uma questão estranha ao objeto desta exposição, e é uma solução que o desenvolvimento técnico do direito internacional no momento atual talvez não nos permita considerar possível.

14. V. Em que medida, enfim, devem-se incluir na jurisdição constitucional atos jurídicos individuais? A questão não se aplica aos atos dos tribunais. No simples fato de um ato jurídico ser produzido por um tribunal, vê-se uma garantia suficiente de sua regularidade. Que essa regularidade consiste imediatamente ou mediamente numa constitucionalidade, não é, de modo geral, motivo suficiente para retirar esses atos das jurisdições de direito comum e atribuir seu conhecimento a um tribunal constitucional especial. Mas os atos individuais produzidos pelas autoridades administrativas, mesmo se imediatamente subordinados à Constituição, tampouco devem ser submetidos ao controle do tribunal constitucional, mas sim, pelo menos em princípio, ao dos tribunais administrativos. Isso antes de mais nada no interesse de uma delimitação clara de sua respectiva competência, a fim de evitar conflitos de atribuição e duplas competências que podem facilmente se apresentar, devido ao caráter sobremaneira relativo da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta. Restariam pois para a jurisdição constitucional unicamente os atos jurídicos individuais que são obra do Parlamento, quer revistam a forma de uma lei, quer a de um tratado internacional; mas é como leis ou regulamentos que entram em sua competência. No entanto seria possível estendê-la a esses atos, mesmo se não revestidos da forma de leis ou de tratados, e mesmo se não imediatamente subordinados à Constituição, contanto que tenham caráter obrigatório, porque sem isso inexistiria qualquer possibilidade de controlar sua regularidade. De resto, só poderia se tratar de um número limitadíssimo de atos. Naturalmente, também seria possível dar à jurisdição constitucional, por

razões de prestígio ou outras, o controle de certos atos individuais do chefe de Estado ou do chefe do governo, supondo-se que se deseje, de modo geral, submetê-los a um controle jurídico. Assinalemos enfim que pode ser oportuno, eventualmente, fazer do tribunal constitucional uma Suprema Corte de Justiça, encarregada de julgar os ministros acusados, um tribunal central de conflitos, ou atribuir-lhe outras competências mais, para evitar a instituição de jurisdições especiais. De fato, é preferível, de modo geral, reduzir o mais possível o número das autoridades supremas encarregadas de fazer o direito.

15. VI. Parece ponto pacífico que o tribunal constitucional só pode julgar normas ainda em vigor no momento em que toma uma decisão. Por que anular uma norma que já deixou de vigorar? No entanto, examinando melhor a questão, percebemos que pode haver motivos para aplicar o controle de constitucionalidade a normas já ab-rogadas. De fato, se uma norma geral – somente as normas gerais são consideradas aqui – ab-roga outra norma geral sem nenhuma retroatividade, as autoridades deverão continuar a aplicar a norma ab-rogada a todos os fatos que se produziram quando ela ainda estava em vigor. Se se quiser afastar essa aplicação em razão da inconstitucionalidade da norma ab-rogada – supondo-se que não foi o tribunal constitucional que a anulou –, é preciso que essa inconstitucionalidade seja estabelecida de maneira autêntica e que, assim, seja retirado da norma o derradeiro resto de vigor que ela conserva. Mas isso supõe uma decisão do tribunal constitucional.

A anulação de uma norma inconstitucional pela jurisdição constitucional – ainda se trata aqui principalmente das normas gerais – a rigor só é necessária quando ela é mais recente do que a Constituição. Porque, tratando-se de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a deroga, em virtude do princípio da *lex posterior*; portanto pare-

ce supérfluo e até logicamente impossível anulá-la. Isso significa que tribunais e autoridades administrativas, salvo limitação desse poder pelo direito positivo, deverão verificar a existência de uma contradição entre a Constituição mais recente e a lei mais antiga, e decidir de acordo com os resultados de seu exame. A situação de uns e outras, em particular a das autoridades administrativas, difere inteiramente, nesse ponto, da que habitualmente têm com respeito às leis. E isso tem uma importância bem particular num período de reformas constitucionais, sobretudo se essas reformas são tão fundamentais quanto as que ocorreram em vários Estados após a Grande Guerra. A maioria das Constituições dos novos Estados acolheram, por exemplo, o antigo direito material – direito civil, direito penal, direito administrativo – que vigorava precedentemente em seu território, mas apenas na medida em que fosse com elas compatível. Ora, como as leis em questão eram não raro muito antigas e haviam sido feitas sob o império de Constituições bem diferentes, podiam apresentar-se com freqüência contradições entre elas e as disposições da Constituição – relativas, naturalmente, não ao modo de elaboração das leis, mas em larga medida a seu conteúdo. Se ela dispõe, por exemplo, que o sexo não pode ser base de nenhum privilégio, sem que se possa interpretar essa disposição como válida apenas para as leis futuras, mas não para as leis anteriores ou para as leis acolhidas pela Constituição, e se se deve admitir que ela derroga imediatamente as leis anteriores, sem que sejam necessárias leis especiais de revisão, a questão da compatibilidade dessas velhas leis com a Constituição pode ser de solução juridicamente muito difícil e politicamente muito importante. Pode parecer ruim confiar a decisão às múltiplas autoridades encarregadas da aplicação das leis, cujas idéias sobre esse ponto talvez sejam demasiado vacilantes. Portanto cabe perguntar se não seria o caso de lhes retirar também o exame da compatibilidade das leis antigas com a Constituição que não as

ab-rogou expressamente e confiá-lo ao tribunal constitucional central, o que equivaleria a retirar da nova Constituição a força derogatória no que concerne às leis antigas que ela não anulou expressamente e substituí-la pelo poder de anulação do tribunal constitucional.

3. O critério do controle de constitucionalidade

Qual será o critério que a jurisdição constitucional aplicará no exercício de seu controle? Que normas deverá assentar como base de suas decisões? A resposta a essa questão já decorre, em boa parte, do objeto do controle.

É óbvio que, no caso dos atos imediatamente subordinados à Constituição, é sua constitucionalidade, e no dos atos que só mediadamente lhe são subordinados é sua legalidade que deve ser controlada; ou, mais geralmente, para todo ato, é sua conformidade às normas do grau superior que deve ser verificada. É igualmente evidente que o controle deve ser exercido tanto sobre o procedimento segundo o qual o ato foi elaborado como sobre seu conteúdo, se as normas do grau superior também contiverem disposições sobre esse ponto.

Dois aspectos devem entretanto ser examinados mais detalhadamente.

16. Em primeiro lugar, podem as normas do direito internacional ser utilizadas como critério de controle? De fato, é possível que um dos atos cuja regularidade é submetida ao controle esteja em contradição, não com uma lei ou com a Constituição, mas com um tratado internacional ou com uma regra do direito internacional geral. Uma lei ordinária que contradiga um tratado internacional anterior também é irregular em relação à Constituição, porque, autorizando certos órgãos a firmar tratados internacionais, esta faz deles um

modo de formação da vontade estatal; ela exclui portanto, em conformidade com a noção de tratado que adotou, sua abrogação ou sua modificação por lei ordinária. Uma lei contrária a um tratado é, por conseguinte – pelo menos indiretamente –, inconstitucional. Mas para poder afirmar que mesmo uma lei constitucional que viole um tratado é irregular, é necessário colocar-se de um ponto de vista superior ao da Constituição, do ponto de vista do primado da ordem jurídica internacional, porque somente aí o tratado internacional aparece como ordem parcial superior aos Estados contratantes, e entrevê-se a possibilidade de que atos estatais, em particular as leis, regulamentos, etc., submetidos ao controle da jurisdição constitucional, podem violar não apenas as regras particulares de um tratado internacional, e por conseguinte, indiretamente, o princípio do respeito aos tratados, mas também outros princípios do direito internacional geral.

Deve-se permitir que o tribunal constitucional também anule os atos estatais submetidos a seu controle por contrariarem o direito internacional?

Contra a anulação das leis ordinárias contrárias aos tratados – ou dos atos equivalentes ou subordinados a essas leis – não se pode levantar nenhuma objeção séria. De fato, essa competência se moveria absolutamente no terreno da Constituição, que é – não se deve esquecer – o terreno da justiça constitucional. O mesmo vale para a anulação das leis e dos atos equivalentes ou inferiores à lei por violação de uma regra do direito internacional geral, supondo-se que a Constituição reconheça expressamente essas regras gerais, isto é, as integre na ordem estatal sob a denominação de regras “geralmente reconhecidas” do direito internacional, como fizeram certas Constituições recentes. Com efeito, nesse caso a vontade da Constituição é que tais normas sejam respeitadas também pelo legislador; portanto é preciso assimilar completamente, às leis inconstitucionais, as leis contrárias ao

direito internacional. A solução é a mesma, tenham essas normas sido acolhidas pela Constituição no nível de leis constitucionais ou não. Porque, em ambos os casos, sua acolhida significa que elas não podem ser afastadas por uma lei ordinária. Essa acolhida solene deve exprimir a vontade de garantir o respeito ao direito internacional, e é à solução precisamente contrária que chegaríamos se, apesar dela, qualquer lei ordinária pudesse violar o direito internacional sem que se visse nisso, do ponto de vista da Constituição que a contém, uma irregularidade.

Mas é bem diferente o que sucede quando, de um lado, a Constituição não contém esse reconhecimento do direito internacional geral, e, de outro, mesmo se o contém, quando se trata de leis constitucionais contrárias ao direito internacional geral ou mesmo convencional. Porque, para a jurisdição constitucional, órgão estatal, a validade das normas internacionais que deve aplicar para o controle dos atos estatais só pode derivar da Constituição que as abriga, isto é, as põe em vigor para o domínio interno do Estado, da Constituição que criou o tribunal constitucional e que poderia, a qualquer instante, suprimi-lo. Por mais desejável que fosse ver todas as Constituições acolherem, seguindo o exemplo das Constituições alemã e austríaca, as regras do direito internacional geral de maneira a permitir sua aplicação por um tribunal constitucional estatal, há que convir porém que, na falta desse reconhecimento, nada autorizaria juridicamente o tribunal constitucional a declarar uma lei como contrária ao direito internacional; assim como há que convir, tendo havido esse reconhecimento, que a competência do tribunal se detém diante da reforma da Constituição. Claro, é possível que, de fato, uma jurisdição constitucional aplique as regras do direito internacional mesmo nessas duas hipóteses. No entanto, ao fazê-lo, ela não encontraria mais sua justificação jurídica no âmbito da ordem estatal. Uma lei constitucional não pode atribuir

essa competência a um tribunal constitucional; um tribunal constitucional que anulasse uma lei constitucional ou mesmo, apesar do não-acolhimento das regras do direito internacional, uma lei ordinária por violação dessas regras, não poderia mais ser considerado órgão do Estado cuja Constituição o criou, mas apenas como órgão de uma comunidade jurídica superior a esse Estado. E, ainda assim, somente por suas intenções, porque a Constituição da comunidade jurídica internacional não contém qualquer norma que dê a um órgão estatal qualidade para aplicar as regras do direito internacional geral.

17. Se a aplicação das normas do direito internacional pelo tribunal constitucional é submetida às limitações que acabamos de indicar, a aplicação de outras normas que não as normas jurídicas, de normas “suprapositivas” quaisquer, deve ser considerada radicalmente excluída. Às vezes vemos afirmado que há, acima da Constituição de qualquer Estado, certas regras naturais de direito que as autoridades estatais encarregadas da aplicação do direito também deveriam respeitar. Se se trata de princípios incorporados à Constituição ou a um outro grau qualquer da ordem jurídica, que são deduzidos do conteúdo do direito positivo por abstração, é coisa bastante inofensiva formulá-los como regras de direito independentes. Eles são aplicados então com as normas jurídicas às quais estão incorporados, e tão-somente com elas. Mas, se se trata de princípios que não foram traduzidos em normas de direito positivo, mas que deveriam sê-lo só porque seriam equitativos – muito embora os protagonistas desses princípios já os considerem, de modo mais ou menos claro, como direito –, estamos então simplesmente diante de postulados que não são juridicamente obrigatórios, que na realidade exprimem apenas os interesses de certos grupos e que são formulados visando os órgãos encarregados da cria-

ção do direito, e não apenas o legislador, cujo poder de realizá-los é quase ilimitado, mas também os órgãos subordinados que não têm esse poder, a não ser numa medida tanto mais reduzida quanto sua função mais comportar uma maior parte de aplicação do direito, os quais, no entanto, o têm na mesma medida em que conservam um poder discricionário, isto é, na jurisdição e na administração, quando têm de escolher entre várias interpretações igualmente possíveis.

É precisamente nesse fato de que a consideração ou a realização desses princípios – a que não se pode até hoje, a despeito de todos os esforços envidados nesse sentido, dar uma determinação um tanto unívoca que seja – não têm nem podem ter, no processo de criação do direito, pelos motivos precedentemente indicados, o caráter de uma aplicação do direito no sentido técnico, que encontramos a resposta à questão de saber se eles podem ser aplicados por uma jurisdição constitucional. E é só aparentemente que não é assim, quando, como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por se paramentar, a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador como os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não po-

de significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do direito.

Mas, precisamente no domínio da jurisdição constitucional, elas podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um *princípio constitucional* que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juizes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder — que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político

– do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível.

4. *O resultado do controle de constitucionalidade*

18. a) Resulta de nossas explicações precedentes que, se quisermos que a Constituição seja garantida com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular. Essa decisão, mesmo se se referir a normas gerais – e é precisamente esse o caso principal –, deve ter força anulatória.

b) Dada a extrema importância da anulação de uma norma geral, e em particular de uma lei, é lícito indagar se não seria o caso de autorizar o tribunal constitucional a só anular um ato por vício de forma, isto é, por irregularidade no procedimento, se esse vício for particularmente importante, essencial, deixando-se a apreciação desse caráter à inteira liberdade do tribunal, porque não é bom que a Constituição proceda de uma forma geral à difícilíssima distinção entre vícios essenciais e não essenciais.

c) Seria necessário examinar também se não seria bom, no interesse da segurança jurídica, encerrar a anulação, em particular das normas gerais e principalmente das leis e dos tratados internacionais, num prazo fixado pela Constituição, por exemplo, três a cinco anos a partir da entrada em vigor da norma a anular. Porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos.

d) Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão. Mas esse mesmo interesse não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento em que a anulação se produz, ainda não foram objeto de nenhuma decisão de uma autoridade pública e que, se fosse excluído qualquer efeito retroativo da sentença de anulação, deveriam sempre ser julgados de acordo com esta — pois a norma geral só é anulada *pro futuro*, isto é, para os fatos posteriores à anulação. A seqüência mostrará que essa retroatividade limitada é mesmo necessária em certa organização do procedimento do controle de constitucionalidade.

Se uma norma geral é anulada sem efeito retroativo, ou pelo menos com o efeito retroativo limitado que acabamos de indicar; se, por conseguinte, subsistem as conseqüências jurídicas que ela produziu antes da sua anulação, ou em todo caso as que se exprimiram em sua aplicação pelas autoridades, isso em nada diz respeito aos efeitos que sua entrada em vigor teve sobre as normas que regulavam até então o mesmo objeto, isto é, a ab-rogação das normas contrárias conforme o princípio *lex posterior derogat priori*. Isso significa que a anulação de uma lei, por exemplo pelo tribunal constitucional, não acarreta de forma alguma o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor, que ela não faz reviver a lei relativa ao mesmo objeto que havia sido ab-rogada. Resulta da anulação, por assim dizer, um vazio jurídico. A matéria que era até então regulada deixa de sê-lo; obrigações jurídicas desaparecem; segue-se a liberdade jurídica.

Poderão resultar daí conseqüências desagradabilíssimas. Sobretudo se a lei não foi anulada por causa do seu conteúdo,

mas apenas por causa de um vício de forma qualquer que se produziu quando da sua elaboração, em particular quando a elaboração de uma lei para regular o mesmo objeto requer um prazo muito longo. Para remediar esse inconveniente, é bom prever a possibilidade de diferir a entrada em vigor da sentença de anulação até a expiração de certo prazo a contar da sua publicação.

Pode-se cogitar ainda de outro meio, que consistiria em autorizar o tribunal constitucional a pronunciar, na decisão que anula uma norma geral, que a entrada em vigor da anulação voltará a fazer vigorar precisamente as normas gerais que regiam a matéria antes da intervenção da norma anulada. Seria bom, nesse caso, deixar ao próprio tribunal o cuidado de decidir em que caso quer fazer uso desse poder de restabelecer o antigo estado de direito. Seria lamentável que a Constituição fizesse da reaparição desse estado uma regra geral imperativa, para todos os casos de anulação das normas gerais.

Seria preciso talvez abrir uma exceção para a anulação de uma lei que consistisse unicamente na ab-rogação de uma lei até então em vigor; seu único efeito possível seria o desaparecimento da única consequência jurídica que a lei teve — a ab-rogação da lei antiga —, a saber, sua entrada em vigor.

Uma disposição geral como a que acabamos de cogitar não poderia ser considerada, a não ser supondo-se que a Constituição contemple a anulação das normas gerais num certo prazo a partir da entrada em vigor destas, de forma a impedir o retorno em vigor de normas jurídicas demasiado antigas e incompatíveis com as novas condições.

O poder que seria conferido desse modo ao tribunal constitucional, de fazer as normas entrarem positivamente em vigor, acentuaria sobremodo o caráter legislativo da sua função, ainda que só se referisse a normas que já haviam sido postas em vigor pelo legislador regular.

e) O dispositivo da decisão do tribunal constitucional será diferente conforme diga respeito a um ato jurídico (especialmente uma norma geral) ainda em vigor no momento em que é pronunciada – e é esse o caso normal –, ou se tal norma já tiver sido ab-rogada nesse momento, mas ainda deva ser aplicada a fatos anteriores. No segundo caso, à decisão do tribunal constitucional cabe apenas, como já indicamos, anular um resto de validade, o que nem por isso deixa de ser um julgamento constitutivo e de anulação. A fórmula da decisão poderia ser então, em vez de “considere-se anulada a lei”, “a lei era inconstitucional”. Isso teria por consequência excluir a aplicação da lei declarada inconstitucional também aos fatos anteriores à decisão.

O dispositivo será idêntico, tanto faz se a norma geral examinada pelo tribunal constitucional é posterior ou anterior à Constituição com a qual está em contradição. Em ambos os casos, a decisão pronunciará a anulação da norma inconstitucional.

f) Cumpre notar enfim que a anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira ou ao regulamento inteiro, mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se naturalmente que as outras permanecerão apesar de tudo aplicáveis ou ainda não tenham seu sentido modificado de modo inesperado. Caberá ao tribunal constitucional apreciar livremente se quer anular a lei ou o regulamento inteiros, ou simplesmente algumas das suas disposições.

5. O processo do controle de constitucionalidade

19. Quais devem ser os princípios essenciais do processo de controle de constitucionalidade?

a) A questão do modo de introdução do processo diante do tribunal constitucional tem uma importância primordial:

é de sua solução que depende principalmente em que medida o tribunal constitucional poderá cumprir sua missão de garante da Constituição.

A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções.

Entre várias outras soluções possíveis, podemos indicar as que seguem.

Poder-se-ia autorizar e obrigar todas as autoridades públicas que, devendo aplicar uma norma no caso concreto, tivessem dúvidas quanto à sua regularidade, a interromper o respectivo processo e apresentar ao tribunal constitucional um pedido motivado de exame e de eventual anulação da norma. Poder-se-ia também só conceder tal poder a certas autoridades superiores ou supremas – ministros e tribunais superiores –, ou ainda restringi-lo aos tribunais, se bem que a exclusão da administração não seja perfeitamente justificável, dada a aproximação crescente entre seu procedimento e o da justiça. Se o tribunal constitucional anulasse a norma contestada – e nesse caso somente –, a autoridade requerente não deveria mais aplicá-la ao caso concreto que provocou seu pedido, mas decidir como se a norma, que de modo geral só é anulada *pro futuro* – não vigorasse mais quando o caso se produziu. Esse efeito retroativo da anulação é uma necessidade técnica porque, sem ele, as autoridades encarregadas da aplicação do direito não teriam interesse imediato, e por conseguinte suficientemente poderoso para provo-

car a intervenção do tribunal constitucional. Se essa intervenção se produz exclusiva ou até principalmente a pedido dessas autoridades judiciárias e administrativas, é preciso encorajá-las a apresentar tais pedidos, atribuindo nesse caso à anulação um efeito retroativo limitado.

Seria muito oportuno aproximar um pouco o pedido ao tribunal constitucional de uma *actio popularis*, possibilitando que as partes de um processo judiciário ou administrativo o promovam contra os atos das autoridades públicas – sentenças ou atos administrativos – por terem sido produzidos em execução de uma norma irregular, de uma lei inconstitucional ou de um regulamento ilegal, apesar de serem sem dúvida imediatamente regulares. Tratar-se-ia então, não de uma pretensão diretamente aberta aos cidadãos, mas de um meio de fato, indireto, de provocar a intervenção do tribunal constitucional, pois suporia que a autoridade judiciária ou administrativa chamada a tomar uma decisão compartilhasse o ponto de vista da parte e apresentasse, em consequência disso, o pedido de anulação.

Nos Estados federativos, o direito de apresentar o pedido deve ser concedido aos governos dos estados federados contra os atos jurídicos emanados da União, e ao governo federal contra os atos dos estados federados. De fato, em tais Estados, o controle de constitucionalidade tem por principal objeto a aplicação das disposições de fundo características das Constituições federais, que delimitam a competência respectiva da União e dos estados federados.

Uma instituição totalmente nova, mas que mereceria a mais séria consideração, seria a de um defensor da Constituição junto ao tribunal constitucional, o qual, como o ministro público no processo penal, introduziria *ex officio* o processo do controle de constitucionalidade dos atos que estimasse irregulares. É claro que o titular de tal função deveria ser revestido de todas as garantias imagináveis de independência, tanto em relação ao governo como em relação ao Parlamento.

No que concerne em especial ao controle de constitucionalidade das leis, seria extremamente importante conceder também legitimação a uma minoria qualificada do Parlamento. E isso tanto mais que a jurisdição constitucional, como mostraremos mais adiante, deve necessariamente servir, nas democracias parlamentares, à proteção das minorias.

Pode acontecer, enfim, que o tribunal constitucional introduza *ex officio* o processo de controle com relação a uma norma geral sobre cuja regularidade parem dúvidas. Isso pode acontecer não apenas quando, por exemplo, chamado a examinar a legalidade de um regulamento, ele se vê diante da inconstitucionalidade da lei com a qual esse regulamento estaria em contradição, mas também, em particular, quando é chamado a decidir sobre a regularidade de certos atos jurídicos individuais dos quais apenas a legalidade é imediatamente questionada, enquanto a constitucionalidade só o é mediatamente. O tribunal suspenderá então, assim como as autoridades qualificadas para recorrer a ele, o processo relativo ao caso concreto e procederá, desta vez *ex officio*, ao exame da norma que deveria aplicar nesse caso. Se anulá-la, deverá, como as autoridades requerentes num caso análogo, decidir a controvérsia pendente como se a norma anulada não fosse aplicável a tal caso.

No caso em que é chamado a decidir também sobre a regularidade de atos individuais, e em particular sobre os atos das autoridades administrativas, o tribunal constitucional deve naturalmente poder ser provocado pelas pessoas cujos interesses juridicamente protegidos foram lesados pelo ato irregular. Se, também nesse caso, estas tiverem a possibilidade de levar o ato jurídico individual ao tribunal constitucional por irregularidade da norma geral, para cuja execução regular ele foi produzido, os cidadãos terão, em medida muito mais vasta do que no caso de recurso por ocasião de um processo judiciário ou administrativo, a possibilidade de levar indiretamente normas gerais ao próprio tribunal constitucional.

20. b) Para o processo diante do tribunal constitucional, cumpre recomendar de maneira geral o princípio da publicidade e do caráter oral, embora se trate principalmente de questões de puro direito e a ênfase recaia evidentemente nas explicações de direito das peças escritas que as partes venham a apresentar – ou, mesmo, devam apresentar – ao tribunal. Os casos de que o tribunal constitucional trata são de um interesse geral tão considerável que não se poderia excluir em princípio a publicidade do procedimento, que somente uma audiência pública garante. Poderíamos até perguntar se o julgamento pelo colégio de juízes também não deveria ocorrer em audiência pública.

Deveriam ser associados ao procedimento de controle: a autoridade cujo ato é contestado, para permitir que defenda sua regularidade; a instância de que emana o pedido; eventualmente também o particular interessado no litígio diante do tribunal ou da autoridade administrativa que deu ensejo ao processo de controle, ou o particular que tinha o direito de levar imediatamente o ato ao tribunal constitucional. A autoridade seria representada pelo chefe hierárquico, pelo presidente ou por um dos funcionários, se possível versado em direito. Quanto aos indivíduos, seria bom tornar obrigatória a constituição de advogado, devido ao caráter eminentemente jurídico do litígio.

21. c) A decisão do tribunal constitucional, quando o pedido é acolhido, deve pronunciar a anulação do ato contestado de maneira que apareça como consequência da própria decisão.

Para a anulação das normas que só entram em vigor por sua publicação, o ato de anulação, no caso a decisão do tribunal constitucional, também deveria ser publicada, e da mesma maneira que a norma anulada o foi. Embora não se deva afastar *a priori* a idéia de dotar o tribunal constitucional de

um órgão próprio, um *Diário Oficial* seu, para a publicação independente de suas decisões de anulação, seria interessante publicar em todo caso a anulação das leis e dos regulamentos no próprio órgão em que foram publicados, e confiá-la à mesma autoridade. A decisão do tribunal constitucional deveria portanto determinar igualmente essa obrigação de publicação, precisando que autoridade deve providenciá-la.

A anulação só entraria em vigor com essa publicação. Como dissemos, o tribunal constitucional deveria poder decidir que a anulação, em especial das leis e dos tratados internacionais, só entraria em vigor após a expiração de certo prazo a partir da publicação, quando mais não fosse para dar ao Parlamento a possibilidade de substituir a lei inconstitucional por uma lei conforme à Constituição, sem que a matéria regulada pela lei anulada ficasse sem disciplina durante um tempo relativamente longo.

Se a lei foi contestada por um tribunal ou por uma autoridade administrativa por ocasião da sua aplicação a um caso concreto, a questão do efeito retroativo poderá acarretar alguma dificuldade. Se a lei anulada só deixar de vigorar certo tempo depois da publicação da anulação; se, por conseguinte, as autoridades tiverem de continuar a aplicá-la, não se poderá dispensar a autoridade requerente de aplicá-la ao caso concreto que provocou o pedido, o que diminuirá seu interesse a levar as leis inconstitucionais ao tribunal constitucional. É um argumento suplementar a favor da concessão ao tribunal constitucional do poder de restabelecer, anulando imediatamente a lei, o estado de direito anterior à sua entrada em vigor. De fato, essa modalidade permite deixar que o efeito retroativo desejável da sentença de anulação se produza sobre o caso que provocou o pedido, dando ao mesmo tempo ao órgão legislativo o prazo necessário para elaborar uma nova lei, que corresponda às exigências da Constituição.

V. O significado jurídico e político da jurisdição constitucional

22. Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior. Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória? Claro, mesmo uma Constituição que não preveja tribunal constitucional ou instituição análoga para a anulação dos atos inconstitucionais, não é totalmente privada de sentido jurídico. Sua violação pode receber certa sanção, pelo menos quando estabelece a responsabilidade ministerial, sanção dirigida contra certos órgãos associados à elaboração dos atos inconstitucionais, supondo-se que sejam culpados. Mas, à parte o fato de que tal garantia, conforme já observamos, não é em si muito eficaz, por deixar subsistir a lei inconstitucional, não se pode admitir nesse caso que a Constituição deixe de estabelecer um

processo legislativo único, e de fixar princípios quanto ao conteúdo das leis. A Constituição diz sem dúvida em seu texto e quer dizer que as leis só devem ser elaboradas desta ou daquela maneira e que não devem ter este ou aquele conteúdo; mas, admitindo-se que as leis inconstitucionais também serão válidas, ela indica na realidade que as leis podem ser elaboradas de outro modo e que seu conteúdo pode ir de encontro aos limites assinalados; porque as leis inconstitucionais também só podem ser válidas em virtude de uma regra da Constituição; elas também devem ser, de um modo ou de outro, constitucionais, já que válidas. Mas isso significa que o processo legislativo expressamente indicado na Constituição e as diretivas nela estabelecidas não são, a despeito das aparências, disposições exclusivas, mas apenas alternativas. Que as Constituições em que está ausente a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais na verdade não são assim interpretadas, é a estranha consequência desse método, a que já fizemos várias vezes alusão e que dissimula o conteúdo verdadeiro do direito por motivos políticos que não correspondem propriamente aos interesses políticos de que essas Constituições são expressão.

Uma Constituição cujas disposições relativas ao processo legislativo podem ser violadas sem que disso resulte anulação das leis inconstitucionais tem ante os graus inferiores da ordem estatal o mesmo caráter obrigatório do direito internacional diante do direito interno. De fato, um ato estatal qualquer que seja contrário ao direito internacional nem por isso é menos válido. A única consequência dessa violação é que o Estado cujos interesses ela vulnera pode, em última análise, declarar guerra ao Estado que é seu autor: ela acarreta uma sanção puramente penal. Do mesmo modo, a única reação, contra sua violação, de uma Constituição que ignore a jurisdição constitucional, é a punição decorrente da responsabilidade ministerial. É essa força obrigatória mini-

ma do direito internacional que incita muitos autores, sem dúvida erroneamente, a lhe negar de modo geral caráter jurídico. E são motivos de todo semelhantes que se opõem ao fortalecimento técnico do direito internacional pela instituição de um tribunal internacional dotado de poderes de anulação, e ao aumento da força obrigatória da Constituição pela organização de um tribunal constitucional.

Deve-se ter em mente o que precede para poder apreciar a importância da organização da jurisdição constitucional.

23. Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da mino-

ria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria.

24. Mas é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional. A essência do Estado federativo consiste – se não enxergarmos nele um problema de metafísica do Estado mas sim, numa concepção inteiramente realista, um tipo de organização técnica do Estado – numa divisão das funções, tanto legislativas como executivas, entre órgãos centrais competentes para todo o Estado ou seu território (Federação, *Reich*, União) e uma pluralidade de órgãos locais, cuja competência se limita a uma subdivisão do Estado, a uma parte de seu território (estados federados, províncias, cantões, etc.), com representantes desses elementos estatais, designados de maneira mediata (pelos parlamen-

tos ou pelos governos estaduais) ou imediata (pela população da circunscrição), participando da atividade legislativa central, e eventualmente também da atividade executiva central. Em outras palavras, o Estado federativo é um caso especial de descentralização. A disciplina dessa descentralização é o conteúdo essencial da Constituição geral do estado, que *determina principalmente que matérias serão regidas por leis centrais e que matérias o serão por leis locais*, assim como as matérias que serão de competência exclusiva da União e as que serão de competência exclusiva dos estados federados. A repartição das competências é o cerne político da idéia federalista. Isso significa, do ponto de vista técnico, que as Constituições federativas não apenas regulam o processo legislativo e estabelecem certos princípios a propósito do conteúdo das leis – como acontece com as dos Estados unitários – mas também fixam as matérias atribuídas à legislação federal e à legislação local. Qualquer violação dos limites assim traçados pela Constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federativo; e a proteção desse limite constitucional das competências entre União e estados federados é uma questão política vital, sentida como tal no Estado federativo, no qual a competência sempre dá ensejo a lutas apaixonadas. *Mais que em qualquer outra parte, faz-se sentir aqui a necessidade de uma instância objetiva que decida essas lutas de modo pacífico, de um tribunal ao qual esses litígios possam ser levados como problemas de ordem jurídica e decididos como tal – isto é, de um tribunal constitucional.* Porque qualquer violação da competência da União por um estado federado, ou da competência dos estados federados pela União, é uma violação da Constituição federal que faz da União e de seus estados uma unidade. Não se deve confundir essa Constituição total, de que a repartição das competências é parte essencial, com a Constituição parcial da União, que lhe é subordinada, porque, assim como as

Constituições dos estados federados, ela não passa da Constituição de uma parte, de um elemento do Estado, ainda que um só e mesmo órgão seja chamado a modificar a Constituição total e a da União.

Tratando-se de atos jurisdicionais ou administrativos contrários às regras de competência, as vias de recursos judiciais ou administrativos dos estados federados ou da União oferecem a possibilidade de anulá-los por ilegalidade. Não cabe examinar aqui se essa garantia é suficiente para impedir de modo eficaz que os atos administrativos da União invadam a competência dos estados federados e vice-versa, em particular no caso de não existir um tribunal administrativo supremo comum à União e aos estados federados, o qual, na medida em que é chamado a controlar a conformidade desses atos às regras de competência, isto é, sua constitucionalidade, já fará as vezes, mesmo se indiretamente, de tribunal constitucional. Podemos observar contudo que, dada a oposição de interesses, característica do Estado federativo, entre União e estados federados, e a necessidade particularmente forte aqui de uma instância objetiva, e por assim dizer arbitral, que funcione como órgão da comunidade formada pelas coletividades jurídicas, em princípio coordenadas, da União e dos estados federados, a questão da competência a conceder nessa matéria a um tribunal constitucional não se apresenta exatamente da mesma forma que num Estado unitário centralizado, de modo que seria perfeitamente concebível confiar a um tribunal constitucional federal o controle dos atos administrativos, exclusivamente quanto à sua conformidade às regras constitucionais de competência. Seria naturalmente necessário, porém, exigir que o tribunal constitucional a que caberia julgar as leis e regulamentos da União e dos estados federados proporcionasse, por sua composição paritária, garantias de objetividade suficientes, e se apresentasse não como um órgão exclusivo da União ou dos

estados federados, mas como o órgão da coletividade que os engloba igualmente, da Constituição total do Estado, cujo respeito seria encarregado de assegurar.

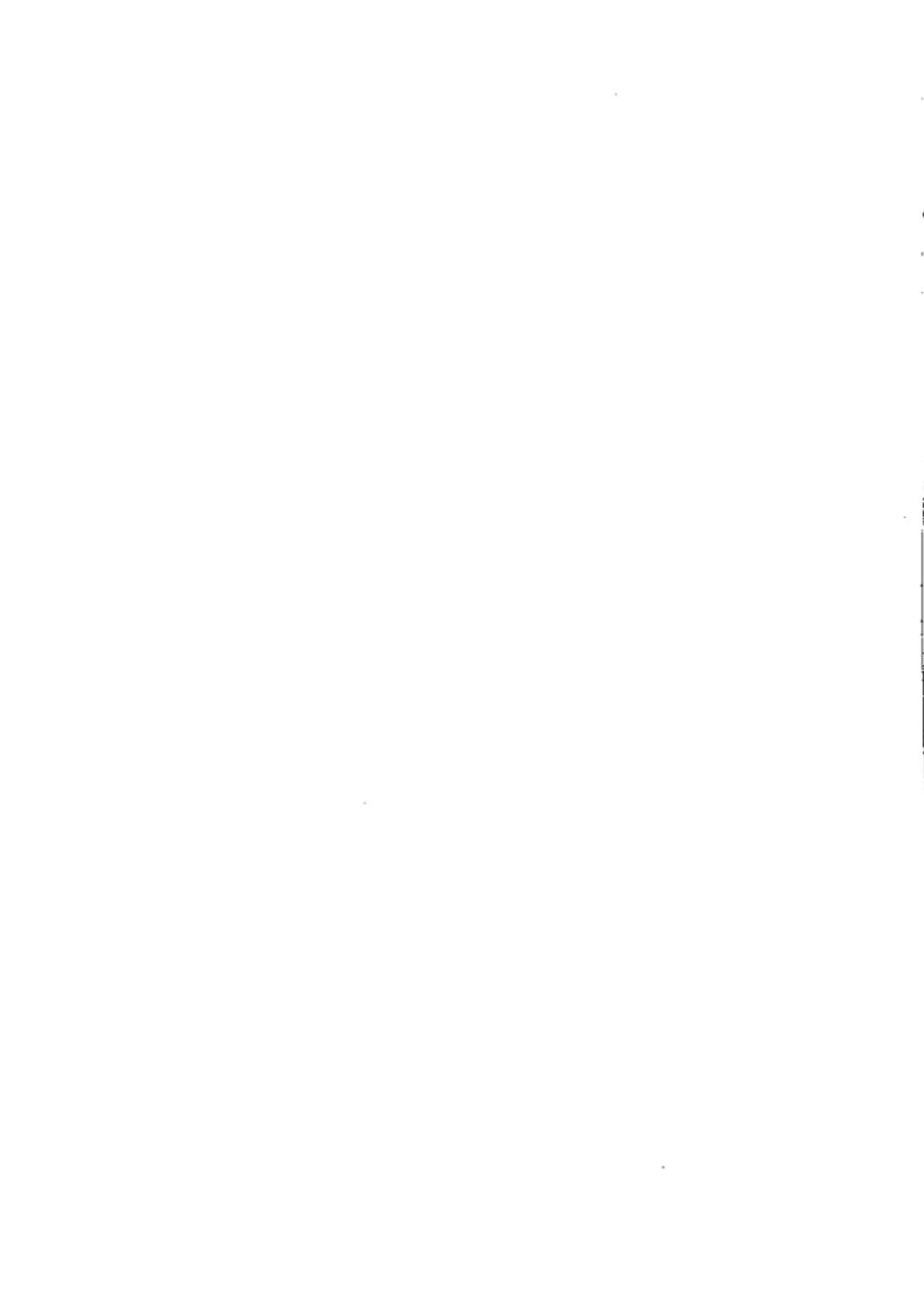
É um dos paradoxos da teoria do Estado federativo apresentar o princípio "o direito federal prevalece sobre o direito estadual" como correspondente à essência do Estado federativo, e dissimular, com isso, a necessidade de uma jurisdição constitucional. É fácil mostrar que nada é tão contrário à idéia do Estado federativo quanto esse princípio, que faz a existência política e jurídica dos estados federados depender da boa vontade da União, à qual permite invadir inconstitucionalmente, por meio de leis ordinárias e até por simples regulamentos, a competência destes últimos, e assim, atribuir-se, em contradição com a Constituição total do Estado, as competências dos estados federados. O verdadeiro respeito à idéia federalista, que encontrou sua expressão na Constituição total do Estado, requer que nem o direito federal prevaleça sobre o direito estadual, nem o direito estadual sobre o direito federal, e que ambos sejam, em suas relações recíprocas, igualmente julgados de acordo com a Constituição total que delimita seu respectivo domínio. Um ato jurídico do Estado central que, ultrapassando o limite que a Constituição total lhe estabelece, invada o domínio constitucionalmente garantido aos estados federados, não deve ter maior valor jurídico do que o ato de um estado federado que viole a competência do Estado central. Esse princípio é o único que corresponde à essência do Estado federativo, e ele não pode ser efetivado de outro modo que não por um tribunal constitucional. A competência natural deste, por resultar da idéia federalista, também deveria abranger enfim o julgamento de todas as violações das obrigações respectivas de que possam ser culpados não apenas os estados federados, mas também o Estado central, se no exercício de suas funções seus órgãos violarem a Constituição total do Estado. O que

se costuma qualificar de intervenção federal [*Bundesexekution*] e que constitui um problema tão difícil para a teoria e a prática do Estado federativo, deveria se apresentar – seja sob a forma primitiva de uma responsabilidade coletiva e resolutória, seja sob a forma tecnicamente mais aperfeiçoada de uma responsabilidade individual e por culpa do órgão responsável – apenas como a execução de uma sentença pronunciada pelo tribunal constitucional, na qual fica estabelecida a inconstitucionalidade da conduta do Estado central ou do estado federado.

25. As missões que se apresentam para uma jurisdição constitucional no âmbito de um Estado federativo ressaltam de forma particularmente clara a afinidade entre a jurisdição constitucional e uma jurisdição internacional voltada para a proteção do direito internacional, quando mais não fosse em razão da proximidade dos graus da ordem jurídica que se trata de garantir. E, assim como esta tem por objetivo tornar a guerra entre os povos inútil, aquela se afirma, em última análise, como uma garantia de paz política no Estado.

II

Debate no Instituto Internacional de Direito Público



O presidente agradece ao expositor e declara aberta a discussão.

Duguit pede que, antes de se iniciar a discussão sobre os vários modos possíveis de organizar a jurisdição constitucional, se discuta a questão da classificação hierárquica [*Stufenbau*] das regras de direito. E, a esse respeito, declara não poder compartilhar as idéias do expositor. De fato, só é possível comparar, classificar e hierarquizar coisas da mesma natureza, semelhantes entre si. Ora, a teoria sustentada por Kelsen coloca numa mesma hierarquia duas coisas totalmente diferentes: de um lado, as regras (Constituição, leis, regulamentos, etc.), de outro, os atos jurídicos (administrativos, judiciais), que não são regras. Ela invoca, para tanto, a idéia de que qualquer grau de regra constitui uma execução das regras do grau superior. Mas essa é uma idéia inexata das regras propriamente ditas (o regulamento, por exemplo, não executa a lei, mas a completa) e também o é nas relações entre as regras e os atos jurídicos, que cumpre pois *a fortiori* isolar.

Kelsen responde, sobre o primeiro ponto, que a única diferença entre as regras e os atos jurídicos consiste em que as regras são gerais, ao passo que os atos jurídicos são especiais, mas possuem um caráter comum que permite agrupá-los numa mesma hierarquia: seu caráter de normas. Os atos

administrativos ou jurisdicionais não são regras de direito, mas, como as regras de direito, normas jurídicas: a regra é uma norma geral, o ato jurídico é uma norma especial ou individual. Com efeito, a norma se define simplesmente: um imperativo, um *Sollen*. Ora, um imperativo pode ser individual, especial, tanto como geral. O direito existe tanto em forma geral como em forma individual. Quanto à segunda objeção de Duguit, Kelsen responde que todo ato de execução ou de aplicação (dois termos equivalentes) compreende, ao lado dos elementos que já estavam contidos na norma que ele executa ou aplica, novos elementos que lhe são próprios e que se somam aos elementos anteriores da ordem jurídica. Dizer que um ato é um ato de execução ou de aplicação de certa norma é dizer unicamente que ele a concretiza ou que a individualiza: aplicar e executar uma norma não é simplesmente reproduzi-la, é acrescentar a ela algo que ela não continha. É nisso que consiste o processo de criação de todo o direito, que vai da elaboração da Constituição à execução material, fim do sistema do direito, fato material e não norma, graças à qual o direito, entrando em contato com a realidade social, nela se insere. Se o ato administrativo, por exemplo, não fosse norma e execução de normas, não poderia ser visto como um fenômeno jurídico, porque o direito é, em sua essência, norma. Concluindo, Kelsen observa que a teoria segundo a qual o ato administrativo não seria um ato de execução da lei foi muitas vezes inspirada por intenções políticas, isto é, pela idéia de fazer a administração aparecer desvinculada de normas jurídicas gerais, das leis.

Duguit mantém seu ponto de vista: a questão de terminologia não lhe importa, mas ele continua pensando que regras (normas gerais) e atos jurídicos (normas individuais) são coisas diferentes, que portanto não se poderia hierarquizar; que o regulamento que organiza um serviço público, do qual a lei estabeleceu o princípio, não executa essa lei; que não se pode entender por execução outra coisa que a

consumação de um ato material prescrito pela lei. Declara enfim não ver como, qualificando o ato administrativo de *norma*, o administrado seja mais bem protegido do arbítrio da administração.

Jêze propõe encerrar essa discussão preliminar, de resto necessária, e voltar ao problema objeto da exposição. A questão que domina o debate é a seguinte: a garantia da Constituição deve ser confiada a uma jurisdição única e especial ou a todos os tribunais? Essa questão se apresenta do mesmo modo nos Estados unitários e federativos?

Berthélemy insiste no interesse eminentemente atual do problema. Em quase todos os países constata-se que um dos poderes tende a ultrapassar seus limites e invadir o campo dos outros, seja o poder legislativo em relação ao executivo, seja o inverso. Ele se pronuncia a favor do controle de constitucionalidade das leis por tribunais ordinários. Na França, a instituição de um tribunal especial foi e será sempre uma ilusão. Nos Estados unitários não se vê quem poderia recorrer a esse tribunal; com o outro sistema, a dificuldade não existe.

Gascón y Marin não está de acordo com Berthélemy. A Espanha, em teoria, conhece o sistema por ele preconizado; na prática, porém, esse sistema não deu bons resultados, já que os juízes não se valem de seus poderes. Além disso, tal sistema dá lugar a julgamentos contrastantes, enquanto um órgão de justiça constitucional único permite que esse grave inconveniente seja evitado.

Berthélemy declara não ser contrário à criação de um tribunal constitucional especial, mas a considera, por si só, insuficiente. Os dois sistemas poderiam ser combinados, permitindo além disso a exceção de inconstitucionalidade diante dos tribunais ordinários.

Fleiner expõe as soluções adotadas nessa matéria pelo direito suíço. O cidadão que se considerar lesado num de seus direitos individuais pode, segundo a Constituição fede-

ral de 1874, apresentar à seção de direito público do tribunal federal, um “recurso de direito público”. Se o recurso foi apresentado no prazo de sessenta dias, o tribunal pode anular a lei com base na qual foi adotada a decisão administrativa ou jurisdicional, contanto que se trate de uma lei cantonal; transcorrido esse prazo, só pode anular a decisão. As leis federais não são sujeitas a esse controle de constitucionalidade; no entanto está em curso um projeto de reforma da Constituição federal, com o fim de atribuir também esse poder ao tribunal federal.

Duguit se declara favorável ao sistema de exceção de inconstitucionalidade levada aos tribunais ordinários; condena o sistema de ação de nulidade por inconstitucionalidade e, portanto, a criação de uma jurisdição constitucional especial, que seria ou inoperante, ou muito perigosa porque se transformaria numa terceira – ou numa primeira – assembléia política.

A pedido de Jèze, Kelsen expõe os resultados da criação na Áustria, pela Constituição federal de 1920, da Suprema Corte Constitucional e as conclusões que se pode tirar dessa experiência, atualmente única. Até aqui, o funcionamento dessa Corte, que pode anular tanto as leis federais como as leis estaduais, não suscitou críticas sérias. Sem dúvida, a intervenção da política no exercício do julgamento é um perigo inegável do sistema, que é necessário enfrentar. Mas acaso o exercício do controle pelos tribunais ordinários preserva desse perigo? Acaso os juízes não têm uma orientação e preconceitos políticos? O exemplo da Suprema Corte americana não prova isso? O problema essencial é, portanto, o da composição da jurisdição constitucional. Na Áustria, os juízes da Suprema Corte são eleitos pelo Parlamento; mas somente seis deles, dos vinte, podem ser escolhidos entre os membros das Assembléias legislativas; os catorze outros são geralmente juristas de carreira, escolhidos notadamente entre os professores de Direito Público. São portanto esses mem-

bro não parlamentares que constituem a maioria e impõem as decisões, ao passo que os membros parlamentares dos partidos opostos se equilibram. Portanto a Constituição austríaca deu espaço à política; concedeu-lhe um lugar oficial na composição da Corte, o que tem a vantagem de permitir que seus membros não parlamentares não levem em conta os interesses políticos em jogo, já que os membros parlamentares naturalmente os levam em consideração. Até agora, esse sistema deu resultados bastante satisfatórios. No entanto, desde já, os partidos políticos começam a se esforçar para instalar, nas vagas de que os parlamentares são excluídos, partidários oficiais ou oficiosos seus. É um grave perigo. O relator ressalta que, na sua opinião, a objeção capital que se opõe ao sistema de exceção de inconstitucionalidade é a incerteza e a insegurança do Direito a que ele conduz, pois mesmo o tribunal de cassação, que em certa medida faria as vezes de regulador da jurisprudência constitucional, poderia, por motivos políticos, proferir decisões contraditórias. Ora, é funesto, para os cidadãos, que uma lei seja declarada ora constitucional, ora inconstitucional, e a questão da constitucionalidade das leis interessa não apenas aos partidos, mas a todos os cidadãos. Admitir a incerteza sobre esse ponto é consentir a ruína da Constituição. Aliás, a diferença técnica, se não política, entre os dois sistemas é pouco considerável: ela concerne simplesmente à centralização, à concentração do contencioso e, em segundo lugar, ao alcance do julgado, porque, no sistema da exceção de inconstitucionalidade, tem-se a anulação da lei, mas uma anulação parcial, limitada ao caso em exame. O sistema da Corte Constitucional especial consiste simplesmente em centralizar e proporcionar um alcance geral ao controle de constitucionalidade.

Thomas expõe o estado e as tendências do direito alemão sobre esse ponto. Até aqui, o controle de constitucionalidade só se exerce na Alemanha sobre as leis estaduais, mais precisamente sobre sua conformidade às leis federais;

foi o Tribunal Federal de Leipzig que recebeu competência para exercer esse controle: suas decisões são publicadas no *Diário Oficial* e têm força de lei. Até agora, elas não provocaram críticas. No entanto, ante o silêncio da Constituição, o Tribunal Federal afirmou, por uma decisão de 20 de novembro de 1925, que ele tinha competência para examinar a constitucionalidade das leis federais. Mais ou menos na mesma época, o governo apresentou um projeto, que talvez venha a ser retomado pelo governo atual, que tenderia a proibir o controle pelos tribunais federais, concentrando-o nas mãos do *Staatsgerichtshof*, tribunal não permanente composto metade por juizes togados, metade por juizes administrativos. Essa composição da jurisdição constitucional – exclusão dos parlamentares, apelo a magistrados e também a professores – representa um progresso em relação à organização austríaca, cujo princípio deve ser aprovado.

Berthélemy indica que, a seu ver, se uma jurisdição constitucional única é indispensável nos Estados federativos, essa solução não vale para os Estados unitários.

Jêze sugere que se poderia pensar em organizar o controle de constitucionalidade por meio ou no âmbito das próprias assembléias legislativas, isto é, uma garantia política da Constituição, permitindo que uma minoria pedisse um voto a uma maioria especial sobre a questão de saber se esta ou aquela lei não deveria ser, ela mesma, aprovada por maioria especial. Porque é necessário desconfiar do espírito conservador dos juizes e mesmo dos juristas, que por natureza são tradicionalistas e propensos a imobilizar a interpretação dos textos: é perigoso confiar a eles a missão de dizer o direito em matéria política.

Jêze declara encerrada a discussão e não crê necessário formular resoluções sobre uma questão em que as opiniões estão tão divididas.

A sessão foi encerrada às 17h15.

III

A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais

(Nota de R. Carré de Malberg)

“Na monarquia absoluta, a distinção entre o grau da Constituição e o grau das leis [...] não desempenha na prática nenhum papel [...] o problema da constitucionalidade das leis não tem sentido nela.”

Essas palavras, extraídas da exposição tão substancial e interessante de H. Kelsen, poderiam se adequar perfeitamente, *mutatis mutandis*, ao que se pode chamar de parlamentarismo absoluto. Elas dizem muito do modo em que, nas atuais condições do direito público francês, se apresenta a questão da criação de um sistema de garantias da constitucionalidade das leis.

Antes de mais nada, observemos brevemente que tal questão só oferece pleno interesse com relação ao conteúdo das leis, vale dizer no que concerne à sua constitucionalidade material. Já no que diz respeito à constitucionalidade formal, ela não deveria nem sequer ser levantada. Acaso a promulgação não tem o objetivo preciso e único de atestar a perfeição formal da lei, autenticando seu texto? E esse instituto acaso não implica, por seu próprio objetivo, que é tarefa e dever exclusivo do promulgante assegurar-se de que a lei, cuja certidão de nascimento ele redige, deve corresponder aos requisitos procedimentais de validade exigidos para a sua elaboração, requisitos esses que, de resto, conforme a Cons-

tuição de 1875, se reduzem à adoção, pelas duas câmaras, de um texto deliberado por ambas em termos idênticos? Se um tribunal, por ocasião de uma controvérsia, considerar que a promulgação de uma lei se deveu a erro, a autoridade judicante tem a possibilidade de provocar, por intermédio do ministério público, que informará o ministro da Justiça, um novo exame da existência da lei pelo governo, cujo chefe é a única autoridade competente para revogar o precedente decreto de promulgação.

Muito mais delicado, na França, é o problema relativo às incertezas ou às contestações que podem surgir acerca da constitucionalidade intrínseca de uma lei. E isso precisamente por causa do modo em que foi entendida e organizada, na origem de nosso direito público moderno, a hierarquia dos atos e das autoridades.

Não queremos aludir apenas à debilidade congênita que, em nosso país, afeta a autoridade chamada a dizer o direito em caso de controvérsia. É supérfluo recordar que a Revolução, embora mostrando querer conservar a distinção entre os “três poderes” (tít. III, preâmb. Const. 1791), tratou como madrasa a autoridade judiciária, colocando-a, sobretudo, numa condição de inferioridade da qual só em pequena parte os juízes foram retirados pelo art. 4.º do Código Civil. O simples fato de que, de acordo com a lei de 27 de novembro – 1.º de dezembro de 1790 (cf. tít. III, cap. V, Const. 1791), até mesmo o Tribunal de Cassação se caracterizava e devia funcionar como satélite e órgão auxiliar da Assembléia Legislativa, basta para excluir a idéia de que fosse consentido ao corpo judiciário, em qualquer medida e sob qualquer aspecto, comportar-se eventualmente como censor das leis, em relação às quais devia limitar-se a assegurar a aplicação.

Essa espécie de imunidade de que a lei assim se beneficiava e que tinha como efeito colocá-la acima de qualquer discussão, isentando-a de toda e qualquer possibilidade de

controle jurisdicional, teve porém outra causa, muito mais grave. Ela se prende, sobretudo, à concepção que os criadores revolucionários do direito público francês conseguiram impor no que concerne ao modo como o corpo legislativo exerce seu poder de legislar.

A esse respeito, são possíveis dois pontos de vista. Pode-se dar, antes de mais nada, que, segundo o direito vigente, o poder legislativo deva ser considerado de natureza diferente do poder constituinte. Isso se verifica nos Estados em que a Constituição é concebida como ato pelo qual o povo, deliberando soberanamente, institui os diversos órgãos estatais, inclusive o órgão legislativo, como “delegados”, a que confere, de forma separada e limitada, o exercício de determinados poderes. Nesse primeiro sistema, o corpo legislativo não pode ser confundido com o povo soberano: é uma simples autoridade investida, não da soberania, mas de um poder, e no exercício das suas funções age do mesmo modo derivado que os outros corpos ou autoridades constituídas no exercício das suas respectivas funções. As leis que ele adota são, com respeito à Constituição, apenas atos de poder subalterno, legítimos unicamente nos limites em que seu conteúdo, obra de um órgão constituído, não está em contradição com nenhuma das disposições superiores estabelecidas pelo soberano, isto é, pelo povo, autor do ato constituinte. Nessas condições, é natural que os juizes – embora sujeitos às leis ordinárias, na medida em que sua função consiste principalmente em aplicá-las – não possam e não devam aplicá-las a não ser depois de ter como certa sua regularidade constitucional. De fato, diante da Constituição eles estão, quanto ao exercício da sua função e segundo esse ponto de vista, em pé de igualdade com o legislador, dado que este representa o povo de forma não-diferente da dos juizes. De modo que, dado um conceito orgânico semelhante, os argumentos já utilizados pelo juiz Marshall em favor do controle

de constitucionalidade das leis, e hoje retornados por tantos publicistas, se impõem com uma força e uma lucidez que não admitem réplicas.

O sistema francês de organização dos poderes constituídos tomou, desde o início, caminho bem diferente. Deixando de lado a excepcional medida em que o rei, sob alguns aspectos particulares, era qualificado de “representante”, a Constituição de 1791, na esteira da declaração dos direitos de 1789, estabeleceu entre o corpo legislativo e as outras autoridades uma espécie de desigualdade que tinha uma causa profunda e que excluía qualquer possibilidade de uma separação verdadeira e substancial entre poder legislativo e poder constituinte. Enquanto o executivo e a autoridade judiciária exerciam suas atribuições na forma e com os poderes de funcionários que agem a serviço da nação, a assembléia de deputados, concebida como o órgão que “quer pela nação”, se tornava a “representação” mesma desta última e adquiria, a esse título, a posse da soberania nacional com os poderes daí decorrentes. E é isso que a declaração de 1789 formulava em termos penetrantes quando, no art. 6º, a propósito da lei oriunda das decisões do legislador, dizia que é “expressão da vontade geral” (Const. 1793, art. 4º da Declaração dos Direitos; Const. do ano III, art. 6º da Declaração dos Direitos); e na seqüência do texto precisava e reforçava o alcance dessa definição especificando que “através dos seus representantes todos os cidadãos” exercem “o direito de participar da sua formação”. Era como dizer que, no corpo legislativo, no momento da elaboração das leis, está presente o próprio povo ou a totalidade dos cidadãos. O que o legislador decidiu é decisão legislativa do povo, isto é, não de uma autoridade encarregada pelo povo, mas do próprio povo soberano. Abria-se desse modo um abismo jurídico entre o poder legislativo da assembléia dos deputados, que representa a nação, e as competências das outras autoridades, que só

ocupam cargos como funcionários. Compreende-se portanto facilmente como, dadas essas premissas, a Constituição de 1791 (tít. III, cap. II, seq. I, art. 3.º) tenha podido concluir que “na França, não há autoridade superior à da lei”.

Seria fácil objetar a essa ideologia revolucionária global, que se inspirava principalmente nas teorias do *Contrato social*, que o próprio Rousseau havia demonstrado, de forma decisiva, que o soberano não pode ser nem substituído nem representado. E nós, analogamente, não pretendemos justificar o conceito que identifica o corpo legislativo com o soberano. Nós nos limitamos a constatar que esse conceito presidiu a fundamentação e a orientação de nosso direito público orgânico. E acrescentemos, sobretudo, que não podia deixar de exercer uma influência capital sobre a solução a dar ao problema das relações entre leis e Constituição. As instituições jurídicas não são unicamente um produto de realidades positivas e de necessidades práticas: as idéias, mesmo quando contestáveis, também adquirem, mediante o domínio que exercem sobre os espíritos, uma poderosa influência sobre a formação do direito.

Ora, como partiam da idéia de que, através do Parlamento, legisla a nação composta pela totalidade dos cidadãos, os constituintes de 1789-1791 tomavam um caminho que devia levá-los logicamente a descartar toda e qualquer possibilidade de discussão e de recurso destinados a infirmar as leis, mesmo se por motivos de inconstitucionalidade. O soberano é sempre igual a si mesmo. Seja quando o corpo dos cidadãos é idealmente representado por uma constituinte, seja quando é representado pelo legislador ordinário, é sempre o mesmo senhor que age. E como essa senhoria não sofre mudanças em relação à denominação – lei ou Constituição – sob a qual é exercida, não é racionalmente concebível que uma terceira autoridade possa ser chamada a se interpor entre o soberano, autor da Constituição, e um legis-

lador que, por sua vez, não se distingue desse soberano. Tanto mais que, no sistema estatal edificado pela Revolução, a distância que separa o legislador dos outros órgãos constituídos não decorria de uma graduação hierárquica dos poderes. Com efeito, a idéia de graduação só pode encontrar seu lugar nas relações entre autoridades que exercem de forma sucessiva um poder uniforme por qualidade e natureza. Ora, do conceito de que o corpo legislativo é principalmente a encarnação do soberano, resulta que a Assembléia Legislativa, de um lado, e as autoridades executivas ou judiciárias, de outro, não apenas exerciam os poderes do Estado em diversos níveis, mas eram também dotadas de poderes de natureza diferente, de modo que não se podia admitir que nenhuma das autoridades do segundo tipo julgasse a obra soberana do legislador. Numa palavra, com o ponto de vista adotado pela Revolução quanto à forma pela qual a Assembléia dos Deputados exercia o poder legislativo, ficava comprometida, desde o início, uma real distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias.

De fato, e não obstante os esforços feitos para fazer-se duradoura, a Constituição de 1791 não previa nenhum meio jurídico que permitisse provocar um exame da validade das leis consideradas em contradição com suas disposições. Ela afirmava, é bem verdade, em seu título I, que “o poder legislativo não poderá adotar nenhuma lei que atente contra o exercício dos direitos naturais garantidos pela Constituição”; mas, como essa afirmação de princípio não era acompanhada de nenhuma sanção positiva, é lícito sustentar que, depois de ter erigido o Parlamento como soberano efetivo, a Constituição de 1791 também lhe dava crédito (tomo a expressão emprestada do relatório do presidente Jèze)¹ e se remetia à sua apreciação quanto ao que ele podia fazer legislando. Essa

1. V. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ed., pp. 127 ss.

conclusão é corroborada pela seqüência do título I, que reservava à lei o poder de impor às liberdades constitucionais as condições de exercício ou as limitações julgadas necessárias no interesse da “segurança pública” ou para a preservação “dos direitos alheios”, o que, na prática, equivalia a dar carta branca ao legislador para a regulamentação dessas liberdades. Com isso, a Constituição de 1791 apenas continuava a aplicar a mesma idéia inicial, a saber, a de um parlamento que, por representação, exprime soberanamente a vontade do povo.

Claro, objetar-se-á que, mesmo na concepção que atribui ao povo e à sua soberania tanto a obra do legislador como a dos constituintes, é perfeitamente possível sustentar que, mediante as condições restritivas que a Constituição estabelece ao exercício do seu poder legislativo, o povo se autolimitou, no sentido que vedou, a si e à sua representação legislativa, notadamente a seus membros individuais, intervir com leis ordinárias sobre os princípios estabelecidos por meio da Constituição e sobre as liberdades reconhecidas aos cidadãos por tal meio. Tendo o povo se vinculado desse modo, as leis ordinárias aprovadas pelo legislador popular que desprezassem uma disposição constitucional deveriam ser consideradas irregulares, visto que em todo Estado a soberania, popular ou não, só pode ser exercida nas condições estabelecidas pela ordem jurídica vigente. Seria assim reaberta a possibilidade de organizar um controle da validade constitucional das leis. Acaso o próprio Sieyès, esse grande teórico da soberania popular, não combinava sua definição do regime representativo – no qual, dizia ele, o povo quer através da assembléia de seus representantes – com a instituição de um colégio “constitucional”, que teria como encargo anular as leis que violassem a Constituição?

O instituto preconizado por Sieyès só foi introduzido, porém, no ano VIII, quando as idéias sobre a soberania po-

pular passavam por um eclipse completo e o corpo legislativo havia perdido os títulos e as qualidades que, a partir de 1789, o haviam tornado grande. No tempo da Revolução, o projeto de controle das leis apresentado por Sieyès estava necessariamente fadado ao insucesso. Partindo do princípio de que o ato do legislador é ato do próprio povo, a Revolução tomara uma direção diametralmente oposta aos institutos que permitem contestar a validade das leis.

Alegar a inconstitucionalidade de uma lei significa, na realidade, atacar total ou parcialmente suas disposições, pretendendo que o legislador não tivesse o poder de editá-las, por contrariarem uma norma constitucional. Em outras palavras, a questão da constitucionalidade de uma lei se reduz substancialmente a uma questão de interpretação dos textos e dos princípios constitucionais, interpretação que tem por objeto preciso o de procurar e estabelecer a amplitude e o alcance das limitações postas pela Constituição ao poder do legislador. Portanto quem poderia ser mais qualificado para essa tarefa do que aquele que é o próprio autor da Constituição, isto é, o povo? *Ejus est interpretari, cujus est condere*². Ora, segundo a doutrina da Revolução, o povo está tão presente na elaboração das leis pelo legislador ordinário quanto na Constituição elaborada por uma assembleia constituinte. O legislador é chamado, pois, lógica e naturalmente, no momento mesmo da elaboração das leis, a resolver, em virtude do seu poder de representação popular,

2. Argumentos nesse sentido são oferecidos pelas leis de 16-24 de agosto de 1790 (tít. II, art. 12) e 27 de novembro-1º de dezembro de 1790 (art. 21), as quais, para a interpretação das leis, prescreviam, a primeira, o *référé facultatif* à autoridade judiciária, e a segunda, o *référé obligatoire* ao legislador. Basta todavia recordar que, de acordo com a Constituição de 1791, a convocação da constituinte era subordinada ao voto de três assembleias legislativas consecutivas, para se convencer de que esses tempos prolongados excluíam a possibilidade de contar, para a interpretação da Constituição, com um *référé* (recurso) do legislador ao órgão constituinte.

as dificuldades eventualmente levantadas por esta ou aquela disposição da lei, cuja conformidade com a Constituição seja dúbia ou contestada. Por meio do órgão legislativo, o próprio povo precisará, de modo definitivo, o alcance da vontade por ele originariamente expressa no ato constitucional. Numa palavra, cabe ao corpo legislativo examinar e decidir, por ocasião e no curso das suas deliberações sobre um projeto de lei, se o conteúdo desse projeto é compatível ou não com a Constituição, isto é, se pode ser adotado simplesmente por meio do legislativo ou se, ao contrário, para a sua adoção é necessário recorrer ao procedimento especial requerido para as modificações da lei constitucional. Volta-se assim, mais uma vez, à supremacia do Parlamento.

Até aqui, limitamo-nos a falar da direção originalmente impressa pela Revolução à solução do problema das relações entre lei e Constituição. Mas o que diz hoje, a esse respeito, o art. 8º da lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875? Ao reservar às câmaras "o poder de declarar que cabe a reforma das leis constitucionais", essa lei retoma numa fórmula verdadeiramente expressiva todas as tendências, tradições e modos de pensar nascidos em nosso país do conceito revolucionário que vê no Parlamento a imagem do soberano. Instintivamente, a Constituição de 1875 veio colocar-se, no que concerne à sua interpretação, no sulco traçado pelos fundadores do nosso direito público. Ela remete aos futuros parlamentares o poder de avaliar, quando necessário, a amplitude das limitações que se pode impor às leis ordinárias, nisso obedecendo à consideração de que esses futuros parlamentares não são, com respeito ao soberano, diferentes por qualidade dos que em 1875 disciplinaram os poderes que cabem ao poder legislativo, ainda que, então, assim tenham feito a título de constituintes. O poder das câmaras de reconhecerem sua competência legislativa, decidindo, quando necessário, se "cabe" a adoção de certas novas disposi-

ções, de recorrerem ou não ao procedimento de reforma, se torna assim, em certo sentido, um complemento ao poder legislativo do Parlamento, do mesmo modo que o poder jurisdicional implica, via de regra, a faculdade, para o tribunal provocado, de começar por se declarar competente. Assim, o poder legislativo vê-se posto no mesmo plano do poder constituinte, e a distinção entre lei constitucional e lei ordinária fica, tanto hoje como na época da Revolução, notavelmente enfraquecida.

Sabe-se, de resto, o quanto a Constituição de 1875 contribuiu conscientemente para esse enfraquecimento através do método da abstenção por ela adotado no que concerne à determinação e à delimitação do âmbito material do poder legislativo. O alcance dessa abstenção se manifesta notadamente ao se confrontar, do ponto de vista da sua natureza respectiva, a relação entre Constituição e leis que decorre dos textos de 1875 e a relação estabelecida por esses mesmos textos entre legislação, constitucional ou ordinária, e atos do poder executivo. Esses últimos são ditos executivos no sentido e pelo motivo de que pressupõem sempre, seja na própria Constituição, seja nas leis, uma norma que os autoriza de forma não somente expressa mas também específica, isto é, para casos e objetos determinados, ou pelo menos para uma duração preestabelecida e estritamente limitada. E aqui fica possível falar de graduação dos poderes. Surge portanto a necessidade inelutável de considerar o ato executivo como privado de validade se ficar demonstrado que a autoridade executiva extrapolou as condições especiais de habilitação que lhe haviam sido atribuídas; essa necessidade é tão imperiosa que nosso direito público, derogando de forma surpreendente todas as proibições impostas pelos tribunais ordinários, teve de lhes reconhecer o poder e o dever de rejeitar a aplicação dos regulamentos ilegítimos. Mas quando se tratou do poder legislativo, a Constituição de 1875 não procurou em absoluto limitar sua esfera de competência: renunciou de saí-

da a tanto, advertindo antecipadamente a inutilidade de qualquer tentativa do gênero num regime político que devia forçosamente fazer reviver na França a tradição de soberania do Parlamento, órgão da vontade geral. Longe portanto de proceder com o método que consiste em conferir ao Parlamento poderes legislativos contidos, do ponto de vista material, em limites bem precisos – o que teria dado origem a um sistema de habilitação outorgada e limitada –, reconheceu-lhe, sob a denominação de poder legislativo, uma faculdade geral e incondicional de editar, mediante suas leis, qualquer regra, decisão ou disposição cuja iniciativa se considerasse autorizado a tomar pela atitude e pelas tendências do corpo eleitoral; e não deu a essa faculdade soberana outro contrapeso que não o dever, às câmaras, de convocarem uma reunião de seus membros em assembléia nacional, para o caso em que as respectivas maiorias decidissem introduzir inovações destinadas a modificar seu conteúdo textual, um conteúdo que, sempre no mesmo espírito, ela reduzia, de resto, a proporções mais modestas. Não se tratava, na verdade, de um sistema de poderes outorgados, mas do abandono quase total de um poder ao qual a própria Constituição de 1875 renunciava. E desse abandono não decorria tampouco uma relação de graduação entre o poder constituinte e o poder legislativo. Verificava-se antes um nivelamento entre Constituição e leis ordinárias, isto é, em última análise, exatamente o contrário de uma verdadeira distinção entre as duas espécies de leis, dado que a Constituição de 1875 deixava de desempenhar a função de lei fundamental e superior que domina e condiciona a legislação ordinária.

Hoje, após uma experiência de mais de meio século, verifica-se uma reação contra a onipotência parlamentar, em especial contra a liberdade quase ilimitada de legislar que a Constituição de 1875 atribuiu ao Parlamento. Os promotores dessa reação não vão mais procurar apenas na América os argumentos úteis para restaurar em nosso país a noção de

Constituição mediante a introdução de um controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis. Na própria Europa, os argumentos lhes são fornecidos seja por Estados que, como a Áustria, já consagraram a instituição de um tribunal constitucional, seja em Estados, como o império alemão, nos quais, não obstante o deliberado silêncio da Constituição, o movimento a favor do controle ganha continuamente terreno na doutrina, a qual já é capaz de se apoiar em decisões judiciárias.

Permito-me simplesmente observar, a esse respeito, que os Estados que se concedem um direito público substancialmente novo não devem, como nós, levar em conta um passado cujo início remonta a 1789. A mentalidade do povo francês se formou, daí em diante, numa escola cujos ensinamentos lhe apresentaram as decisões legislativas do Parlamento como a expressão da vontade geral do povo: com ou sem razão, o povo, em nosso país, acostumou-se a ver na sua assembléia parlamentar o órgão normal e por excelência qualificado da soberania nacional. Não é fácil remar contra tal corrente e conseguir reverter um passado cuja força política está consolidada por esses hábitos espirituais. E – para nos exprimirmos em termos jurídicos – não é fácil reduzir em nosso sistema de direito público o Parlamento ao papel de uma *simples autoridade* que, como o executivo ou o corpo judiciário, exerce suas funções sob o império de uma lei constitucional que seria tão-somente o ato de vontade primitivo, fundamental e efetivamente limitativo do verdadeiro soberano.

No entanto, é essa a transformação – podemos dizer a revolução – por que teriam de passar nossos conceitos e nossas instituições para que fosse possível introduzir em nosso regime orgânico um procedimento de controle jurisdicional que garantisse a subordinação e a conformidade das leis à Constituição. Enquanto o espírito público continuar domi-

nado pela idéia de que o Parlamento concentra em si legitimamente o poder de expressar a vontade geral e enquanto essa idéia se achar implicitamente consagrada, no plano legislativo, por nossa própria Constituição, não vemos, de fato, como um tribunal – ainda que recrutado nos corpos políticos mais conspícuos e fortalecido em seu prestígio pela participação das mais eminentes personalidades do mundo jurídico – poderia na prática discutir, inclusive no caso de recursos que contenham censuras de inconstitucionalidade, e ainda menos contestar deliberações legislativas que, em razão da qualidade representativa das câmaras, são consideradas como a própria manifestação da vontade legislativa em ato do povo francês e têm, no caso, o valor de interpretação da vontade popular tal como se manifestou precedentemente na Constituição.

A pressão pela reforma constitucional*

* "Der Drang zur Verfassungsreform", in *Neue Freie Presse*, 6.10.1929.

Se não é possível aceitar o extremismo paradoxal da célebre tese de Lassalle segundo a qual a Constituição de um Estado é, em última análise, o exército e os canhões dos quais o governo dispõe — já que ela subestima a força das idéias, e sobretudo das *idéias jurídicas* —, forçoso é conceder que a *Constituição expressa as forças políticas de determinado povo*, é um documento que atesta a situação de equilíbrio relativo na qual os grupos em luta pelo poder permanecem até nova ordem. Se a exigência de modificação da Constituição cresce a tal ponto que não pode ser mais contida, é decerto um sinal de que *houve um deslocamento de forças* que procura se exprimir no plano constitucional.

Tal deslocamento de forças também é, claramente, o motivo mais profundo da crise política austríaca, que culminou na tentativa da reforma constitucional que a maioria burguesa pretende realizar em face da oposição. Se quisermos tomar posição sobre os projetos de modificação da Constituição vigente, que o governo apresentou ao Conselho Nacional, será útil termos em mente a situação política de que resultou, *nove anos atrás*, a Constituição que se pretende mudar. Com efeito, somente uma *comparação objetiva da situação de então com a de hoje* permitirá um juízo desapassionado sobre a oportunidade e a viabilidade de tais projetos e talvez até indi-

que a direção em que é necessário aperfeiçoar a Constituição, para que seja assegurada uma vida tranqüila e próspera ao Estado.

A Constituição de 1920

A Constituição de 1.º de outubro de 1920 nasceu no âmbito da coalizão dos três partidos que formavam a Assembléia Nacional Constituinte, mas baseia-se em substância *no acordo entre os dois maiores partidos, o socialdemocrata e o cristão-social*. A influência do partido pangermânico foi relativamente pequena. No seio do governo, ela foi preparada através da colaboração do chanceler, dr. Renner, com o vice-chanceler, Fink, coadjuvado pelo secretário de Estado cristão-social, dr. Mair. Este último havia sido chamado ao gabinete “com a tarefa estritamente pessoal de colaborar para a reforma constitucional e administrativa”. Por outro lado, o trabalho recebeu o impulso decisivo – não podendo o projeto de Constituição ser apresentado à Assembléia Nacional Constituinte como proposta do governo – da comissão constitucional, da qual eram presidente e relator, respectivamente, o dr. Bauer e o dr. Ignaz Seipel. Deve-se sobretudo ao profundo conhecimento que esses dois eminentes políticos tinham da questão constitucional não ter a Assembléia Nacional Constituinte encerrado os trabalhos sem qualquer resultado; devem-se ao entendimento deles todas as disposições essenciais da Constituição, estabelecidas de acordo com o projeto apresentado e ilustrado pelo dr. Seipel. O que levava os socialdemocratas a acelerar os trabalhos era o perigo de que a falência da Constituinte pudesse induzir *os governos das províncias [Länder], que pressionavam por uma Constituição*, a realizá-la através de um acordo entre os próprios *Länder*, excluindo o parlamento central; e tal Constituição

confederativa não podia obviamente agradar a uma social-democracia então orientada num sentido fortemente centralista. Por outro lado, para o partido cristão-social a rápida conclusão do projeto que a situação propunha representava uma ocasião extremamente favorável para evitar uma nova disciplina dos direitos fundamentais e de liberdade, e portanto aquele arranjo das relações entre Estado e Igreja, Igreja e escola, que havia sido realizado na *Constituição de Weimar*. Numa nova disciplina dos direitos fundamentais e de liberdade, dificilmente seria evitada a solução weimariana, tanto mais que, conforme o programa de coalizão acordado entre os cristãos-sociais e os socialdemocratas, a Constituição de Weimar deveria fornecer o modelo para a Constituição austríaca e o compromisso que havia sido alcançado, no *Reich*, entre o centro e a socialdemocracia, na Áustria se imporia por si mesmo. Esse compromisso, que teria significado uma forte aproximação ao sistema da *separação entre Igreja e Estado*, teria sido desfavorável aos cristãos-sociais.

Desse ponto de vista, a Constituição de 1920 foi um resultado legislativo com o qual ambos os grandes partidos, tão diferentes em suas concepções, podiam-se considerar, e na época de fato se consideraram totalmente satisfeitos.

A República como governo parlamentar

A lei de 1º de outubro de 1920, com a qual a República austríaca se erigiu em Estado federativo, é essencialmente marcada por duas características: a Constituição traz todos os traços salientes de um *Estado federativo* e tem uma acentuada índole *democrático-parlamentar*. O elemento federativo deve ser atribuído de novo à influência do partido cristão-social, que mostrava então fortes tendências federalistas. As disposições que criam um governo parlamentar pro-

vêm, por sua vez, da parte socialdemocrática, e não encontraram resistências particulares no decorrer das negociações. Os socialdemocratas eram de fato, na época, o partido mais forte, e sua esperança de obter a maioria nas eleições seguintes não era vista em geral com muito otimismo. O sistema parlamentar, tecnicamente fundado numa oposição entre maioria e minoria, cuja dialética leva porém a tensão entre tese e antítese a uma síntese e a um compromisso entre os opostos, não pode deixar de ser eminentemente vantajoso para uma oposição que disponha de certo número mínimo de votos. Mas em 1920, com a possibilidade de ir para a oposição, os cristãos-sociais tinham de fazer muito mais as contas do que os socialdemocratas. O perigo de um regime acentuadamente socialista era considerado então muito maior do que hoje. De modo que a disposição constitucional *que beneficia particularmente a oposição* e que requer, *para a modificação da Constituição, uma maioria de dois terços*, teria sido certamente defendida pelos burgueses com a máxima energia, mesmo se os socialdemocratas houvessem considerado essa exigência como natural e típica de qualquer Constituição escrita. Ela significava então claramente que uma maioria socialista simples no Parlamento não estaria em condições de abolir a garantia constitucional da *propriedade privada* e que uma minoria burguesa de mais de um terço dos votos bastaria para defender o sistema capitalista. Quão pouco os cristãos-sociais eram contra o parlamentarismo naqueles dias pode-se verificar pelo fato de que, no programa de coalizão para o qual acenei, sustentaram a exigência de que, no projeto de Constituição em elaboração, fossem adotadas, no que concerne à posição do chefe de Estado, as disposições da Constituição provisória, isto é, que as funções de chefe de Estado não fossem confiadas a um órgão autônomo mas ao presidente do Parlamento — e isso representa um traço particularmente característico do governo

parlamentar. O projeto de Constituição apresentado mais tarde pelo secretário de Estado cristão-social, dr. Mair, prevê uma figura autônoma de *presidente federal* eleito pelo povo, mas não lhe atribui nenhum poder de nomear os ministros (que devem ser eleitos pelo parlamento) e não confia a ele, mas sim ao parlamento, o poder de dispor do exército, nem prevê a possibilidade de que edite decretos de necessidade. Em 1920, não havia pois nenhum antagonismo substancial entre os dois maiores partidos políticos da época, que visavam a construir a República austríaca como governo parlamentar.

Os poderes legislativo e executivo

Com a eleição do primeiro *Conselho Nacional* com base na nova Constituição, os socialdemocratas perderam sua posição de partido mais forte, e com cerca de 38% dos votos retrocederam para a segunda posição, enquanto os cristãos-sociais, com cerca de 47%, passaram a ocupar a primeira. Apesar disso, desde a entrada em vigor da nova Constituição, o partido social-democrata dispõe no Conselho Nacional de muito mais de um terço dos votos. No entanto, a partir desse momento esteve ininterruptamente na oposição e durante todo esse tempo – não importa aqui se voluntariamente ou não – deixou o governo aos partidos burgueses. Somente num estado, o de Viena, tem uma maioria preponderante, e portanto também forma o governo. Em consequência dessa situação, *o partido socialdemocrata teve antes de mais nada de passar da posição inicial centralista a uma posição federalista*, enquanto no partido cristão-social, que está no governo tanto da União como da maior parte dos estados, às tendências federalistas iniciais contrapõem-se em certas matérias acentuadas aspirações centralistas.

A mudança decisiva da situação política está porém no fato de que o partido socialdemocrata, por força do sistema parlamentar introduzido pela Constituição, exerce *uma influência determinante na formação da vontade estatal no âmbito do legislativo*, e pode manter essa influência mesmo sem estar no governo, enquanto, estando por longo tempo na oposição, *veio perdendo a influência*, originalmente muito grande, *que tinha no interior do executivo*. Os partidos burgueses, durante a década em que estiveram sozinhos no governo da União, perceberam estar com o aparelho judiciário e administrativo quase inteiramente nas mãos. Isso vale, em particular, para os dois elementos decisivos: *o exército e a polícia*.

Não é aqui lugar para investigar por que motivos o partido socialdemocrata sofreu de repente perdas consideráveis nessas duas vertentes tão delicadas da organização estatal. No entanto, a realidade não pode ser negada. Confirmou-se novamente o velho princípio de que o verdadeiro poder político reside não tanto no legislativo quanto no executivo. De modo que o resultado da evolução política sob o império da Constituição federal de 1920 é uma forte *desproporção* entre o poder da oposição no interior do legislativo e sua falta de poder no interior do executivo.

Do ponto de vista sociológico, o sentido da atual crise constitucional está na tentativa dos grupos burgueses de levar sua posição de poder no interior do legislativo ao nível da que atingiram no seio do executivo; e de restringir ou até mesmo eliminar o sistema parlamentar. E, assim, a crise do parlamentarismo que se observa em todos os estados democráticos, também na Áustria tornou-se aguda.

Na avaliação da reforma constitucional não se deve deixar de levar em conta, todavia, que a força de um grupo político não pode ser medida apenas por sua representação no parlamento e por sua influência sobre os órgãos judiciários

e administrativos. Importância pelo menos igual têm a amplitude e a natureza das camadas sociais que são dominadas pela ideologia de que o grupo político em questão é portador, e que constituem a força e o instrumento da sua organização. Sem destruir essas forças, não é possível erigir uma Constituição que as ignore, com perspectiva duradoura.



As linhas fundamentais da reforma constitucional*

* "Die Grundzüge der Verfassungsreform", in *Neue Freie Presse*,
20.10.1929 e 30.10.1929.

I.

Nova organização dos poderes legislativos

Os projetos de lei apresentados pelo governo federal ao Conselho Nacional indicam uma tentativa de modificar cabalmente a Constituição em vigor. O que se pretende introduzir é uma reforma de alto a baixo. Serão substancialmente modificados tanto o caráter *parlamentar* quanto a forma *federativa*, elementos fundamentais da nossa Constituição. A reforma do parlamentarismo vai na direção de um notável fortalecimento do poder da maioria parlamentar, e é para isso que serve, em particular, a ampliação das atribuições do presidente federal. O caráter federativo é modificado na sua substância, visto que, ao lado da câmara de representantes dos estados, o atual Conselho Federal, é introduzida uma câmara profissional, elemento totalmente estranho ao princípio federativo; e visto que, em particular, o princípio federativo sem dúvida vai cair para um terço da população, isto é, para Viena, que perde a posição de estado-membro. Para essa parte importantíssima do Estado ocorre uma centralização administrativa tão ampla que não se poderá mais falar de Estado federativo. A reforma é tão profunda que cabe sin-

ceramente indagar se não estamos diante de uma *mudança total* da Constituição, no sentido do art. 44-2 da lei constitucional federal.

Transformação do Conselho Federal

São substancialmente modificados, sobretudo, os *órgãos e o procedimento legislativo federais*. O Conselho Nacional será substituído pelo chamado *Conselho dos Estados e das Profissões [Länder-und Ständerat]*. O Conselho dos Estados [*Länderat*] nada mais é que o Conselho Federal da Constituição vigente, essencialmente modificado em sua composição. Seus membros não são mais eleitos pelas assembléias dos estados; quem o comporá, por assim dizer a título pessoal, serão os chefes dos governos estaduais e, nestes, os membros encarregados das finanças (em Viena, o prefeito e o membro do governo encarregado das finanças). A modificação mais significativa no plano político está no fato de que os estados *não são mais representados* de acordo com o número de seus habitantes, mas todos o serão em igual medida, de modo que Viena não terá o quádruplo dos representantes de Vorarlberg, mas sim o mesmo número de representantes que este, que é o menor dos estados. Sobre a composição do Conselho das Profissões [*Ständerat*], formado pelos representantes das categorias profissionais, o projeto governamental não contém disposições mais detalhadas, que são remetidas a uma lei constitucional especial. Quanto ao procedimento legislativo, o Conselho dos Estados e o Conselho das Profissões formam câmaras autônomas. A cada uma delas é atribuído um poder de veto suspensivo das deliberações legislativas do Conselho Nacional, de modo que o *Parlamento será constituído não mais por duas, mas por três câmaras*.

Modificação do processo legislativo

O processo legislativo é profundamente modificado, na medida em que doravante a legislatura do Conselho Nacional será subdividida em *sessões*. O Conselho Nacional não será mais um órgão permanente, mas será convocado cada ano pelo presidente federal para duas sessões ordinárias. Deve-se ver nisso um sintoma bastante significativo da tendência, que no projeto é perseguida também de outras formas, a romper com o sistema de governo parlamentar. Essa tendência se manifesta, em particular, no fato de que é conferido ao presidente federal o poder de dissolver o Conselho Nacional. A esse respeito, causa muita preocupação que o dever de convocar novas eleições dentro de certo prazo é limitado pela cláusula “se circunstâncias excepcionais a tanto não se opuserem”. Isso significa, nem mais nem menos, que depende do poder discricionário do governo, responsável por convocar novas eleições, quanto tempo a República ficará sem Parlamento. Também se insere nesse quadro, em particular, a *limitação da imunidade* prevista pelo projeto, a qual não cobrirá mais os comportamentos penais consumados mediante escritos ou que não tenham nenhuma relação com a atividade desenvolvida como membro do Conselho Nacional. Essa é uma reforma bem-vinda, pela qual faz anos não me canso de lutar.

Também é muito oportuno o fortalecimento proposto nas disposições sobre a *iniciativa popular*: um projeto de lei é válido quando o número de assinaturas requeridas tiver sido colhido no prazo de um ano. Se o projeto não for adotado sem modificações pelo Conselho Nacional no prazo de um ano a contar da sua apresentação, *deve ser submetido a consulta popular*. Às atuais possibilidades de submeter a referendo uma deliberação legislativa do Conselho Nacional deve-se – em evidente analogia com a Constituição alemã – acrescentar o poder do presidente federal de apelar ao povo quando não concordar com uma deliberação legislativa do

Conselho Nacional. Para a consulta popular é introduzido o *voto obrigatório*. Entre as disposições mais acentuadamente políticas do projeto está aquela com base na qual *as modificações da Constituição podem ser adotadas não somente com a maioria de dois terços* do Conselho Nacional, mas também por meio de simples referendo popular com maioria absoluta dos votos válidos, contanto que solicitado por mais da metade dos membros do Conselho Nacional. É eliminado desse modo um poder importante da minoria parlamentar, a qual, mesmo se dispuser de mais de um terço dos votos, não poderá mais impedir a modificação da Constituição.

O chefe de Estado

Mas a modificação mais importante no setor da legislação está no fato de que *se acrescenta ao poder legislativo do Parlamento um poder análogo ao do chefe de Estado*. De fato, é nesse sentido que se deve entender o poder de editar *decretos de necessidade*, que o projeto atribui ao presidente federal.

Este último deve ser eleito pelo povo. Se na votação popular nenhum dos candidatos obtiver a maioria dos votos válidos, o poder de elegê-lo passa à Assembléia Federal. Já que nas condições políticas existentes na Áustria é totalmente improvável que a primeira votação leve a tal resultado, para a eleição do presidente federal vai ser a *Assembléia Federal*, na prática, que será levada em conta, e não o povo. A Assembléia deve escolher entre os três candidatos que tiverem obtido o maior número de votos na eleição popular. Assim sendo, existe a possibilidade de que o Parlamento eleja *precisamente* o candidato que menos confiança obteve do povo, o que, naturalmente, colocará o Parlamento em nítido antagonismo com aquele. Com isso o projeto, que está posto sob o signo do combate ao parlamentarismo, acaba por fortalecê-lo.

A *duração do mandato* de presidente federal não será inferior a sete anos. Disposição igual pode ser encontrada nas Constituições alemã e checoslovaca, as quais, no entanto, muito se diferenciam nesse aspecto das Constituições de outros Estados democráticos, como a Suíça ou os Estados Unidos.

O projeto prevê também a possibilidade de *destituir o presidente* mediante votação popular. As condições para isso são tão complexas, porém, que dificilmente tal hipótese poderá se realizar.

Assembléia Federal e governo dos estados

A Assembléia Federal, a quem cabe a eleição do presidente, é formada pelo conjunto das três câmaras: o Conselho Nacional, o Conselho dos Estados e o Conselho das Profissões. O Conselho dos Estados, nesse caso, é formado não apenas pelos chefes dos governos estaduais e pelos membros do seu governo encarregados das finanças, mas *por todos os membros desses governos e do senado de Viena*. Para se ter uma idéia da composição política dessa parte da Assembléia Federal, há que ter em mente a disposição segundo a qual, no futuro, *os governos dos estados deverão ser eleitos pelas assembléias estaduais de acordo com o princípio majoritário*. Isso significa que, nos estados cujos governos foram eleitos de acordo com o sistema proporcional, faltarão os representantes da oposição. Essa disposição do projeto não vale porém para *Viena*, segundo cuja Constituição, como se sabe, a minoria também é representada no governo. Consideradas as atuais condições políticas, todos os estados, com exceção de *Viena*, só enviariam à Assembléia Federal representantes burgueses, enquanto, no que concerne a *Viena*, participariam da eleição do presidente federal tanto os social-democratas como os membros burgueses do senado da cidade. Isso significa que a Assembléia Federal se compõe de duas partes que não podem deixar de

apresentar, no plano político, uma estrutura substancialmente diferente. Um partido que, sozinho ou com um grupo menor, tiver a maioria no seio do Conselho Nacional, pode se apresentar no Conselho dos Estados e das Profissões como uma magra minoria, de modo que na eleição do presidente federal é precisamente o Conselho dos Estados e das Profissões que pode desempenhar o papel decisivo.

Os decretos de necessidade

O presidente federal que assume o cargo desse modo pode, de acordo com o projeto, editar *decretos de necessidade* [*Notverordnungen*] aprovados pelo governo. Quando numa determinada matéria *não for possível esperar* a deliberação do Conselho Nacional, o presidente, para evitar danos irreparáveis, poderá editar *decretos que modificam as leis*. Confrontando-se esse poder com as disposições do art. 14 da velha lei fundamental de 1867 sobre a representação do Império, salta aos olhos que o projeto vai muito além da Constituição de 1867. De fato, de acordo com o citado art. 14, os decretos de necessidade só podiam ser editados *quando o Parlamento não estivesse reunido*. Doravante, ao contrário, poderão ser adotados também quando o Parlamento está reunido, *até mesmo em matérias que sejam objeto de um procedimento parlamentar em curso*. O presidente federal poderá, por motivos que só a ele cabe avaliar, transferir simplesmente os poderes legislativos do Parlamento a si mesmo. Também no que concerne às matérias cuja disciplina escapa ao decreto de necessidade, o projeto piora a Constituição de 1867. Os decretos de necessidade não podem modificar a Constituição nem comportar ônus financeiros permanentes para o Estado ou obrigações financeiras para os cidadãos. Essa disposição também se encontra no art. 14, *que no entanto contém igualmente a proibição de alienar os bens do*

Estado, que o projeto não leva em consideração. De acordo com a Constituição de 1867, o decreto de necessidade perdia sua *força provisória de lei* se não fosse apresentado pelo governo ao Parlamento no prazo de quatro semanas, ou se este não o ratificasse, e tudo isso automaticamente. O projeto se limita, ao contrário, a estabelecer que o governo deve apresentar sem demora o decreto ao Conselho Nacional e só o deve ab-rogar se esse Conselho o pedir expressamente.

De resto, segundo o projeto, os decretos de necessidade podem ser editados não apenas pelo presidente federal mas também pelas *autoridades policiais*: “As autoridades encarregadas de tarefas relativas à segurança pública, no exercício de tais tarefas e no âmbito da sua esfera de ação, podem, *se não houver normas legais particulares*, adotar, em caso de ameaça à tranquilidade e à ordem pública, ou para garantir a segurança pessoal de indivíduos ou a propriedade privada posta em perigo, as disposições necessárias para afastar tal perigo, e podem declarar punível sua inobservância.” Essa disposição deverá se tornar o terceiro parágrafo do art. 18 da lei constitucional federal, que estabelece a legitimidade da ação administrativa e fixa em particular o princípio de que os decretos só podem ser editados para a aplicação das leis. O poder de editá-los, atribuído às autoridades policiais, deve ser considerado, portanto, como *uma limitação do princípio da legalidade dos decretos*. Às autoridades policiais, no âmbito da sua esfera de ação, será atribuído o poder de editar decretos que não se limitam a dar aplicação às leis. Tais decretos, portanto, podem ser decretos *que substituem ou modificam as leis*. Esse é o único sentido em que se pode tomar as palavras “se não houver normas legais particulares”. Para que o projeto não tivesse um alcance tão amplo assim, teria sido necessária uma formulação totalmente diferente; tanto mais se considerarmos que os decretos de polícia, ao contrário dos decretos de necessidade do presidente federal, não precisam ser apresentados ao Parlamento, e que, portanto, não se pode obter sua supressão por esse órgão.

II.

Os poderes do presidente federal

O projeto governamental prevê uma notável ampliação dos poderes do *presidente federal*. Do poder a ele atribuído de editar *decretos de necessidade* já falei no artigo precedente. Se ora volto ao tema é porque cumpre ressaltar que esse poder, que permite substituir ou modificar as leis, da forma como é configurado no projeto, serve não tanto para reforçar a posição do chefe de Estado quanto para debilitar a influência da oposição parlamentar. E, de fato, a condição a que, segundo tal projeto, está presa a possibilidade de editar decretos de necessidade – a saber, “quando *não for possível* a deliberação do Conselho Nacional” – *não poderá se verificar*, estando o Conselho reunido, pois o perigo de que o Parlamento venha a ser desautorizado será suficiente para provocar uma solução tempestiva, calando uma oposição que pretendesse retardar a deliberação. No que concerne à introdução de um *poder efetivo do presidente federal* de editar decretos de necessidade – poder necessário na medida em que o projeto prevê um intervalo entre a cessação do velho Parlamento e a convocação do novo, bastaria limitar a

esse intervalo a possibilidade de editá-los. Somente então teríamos um verdadeiro poder decretatório, e não *um poder legislativo concorrente*, como o que está previsto no projeto. Como a *comissão principal* do Conselho Nacional também pode funcionar no citado intervalo, seria natural vincular os regulamentos (decretos) do presidente à aprovação dessa comissão e publicá-los em seguida com a menção a essa aprovação. Dado que não há possibilidade de qualquer tipo de obstrução no seio da comissão, não há por que excluir esses representantes do Parlamento. Os decretos de necessidade deveriam deixar de vigorar se não fossem *expressamente* ratificados pelo novo Parlamento no prazo de quatro semanas, a contar da sua reunião. Para evitar abusos, o tribunal constitucional deveria poder anular *ex officio* os decretos de necessidade pelos seguintes motivos: ou porque são inconstitucionais em sua origem, na medida em que se baseiem em pressupostos inconstitucionais, ou se refiram a objetos excluídos da disciplina por regulamento (decreto); ou porque se tornaram inconstitucionais na medida em que faltou a ratificação parlamentar obrigatória e não foram abrogados. Nada haveria a objetar, do ponto de vista democrático, a um poder decretatório assim estruturado.

O projeto governamental tira do Conselho Nacional o poder de eleger ministros; a tarefa de nomear e demitir os membros do governo é confiada ao presidente federal. Embora seja verdade que se pretende alcançar assim o objetivo de tornar o governo independente do Parlamento, continua mantida porém a disposição da lei constitucional federal que permite ao Conselho Nacional, com deliberação adotada por maioria, *suspender a confiança* no governo ou nos ministros federais, e nesse caso o presidente tem o dever de dissolver o governo ou demitir o ministro. Assim, do sistema de governo parlamentar restou uma parte nada irrelevante. Se ponderarmos que as disposições sobre a eleição do presi-

dente colocam tal órgão substancialmente sob a influência da maioria dos cidadãos, devemos considerar que a prevista modificação na formação do governo, em vez de fazer este depender do chefe de Estado, coloca-o, mais ainda que no passado, sob a influência da maioria parlamentar. Sob tal aspecto, absolutamente correto no plano técnico-constitucional, há que considerar que o ato com o qual o presidente federal *dissolve o governo não está sujeito à aprovação ministerial*. O mesmo vale para a exclusão, prevista no projeto, da ratificação pelo ministério dos atos mediante os quais o presidente *executa decisões da Corte Constitucional*. Tal exclusão é necessária aqui, porque de outro modo não seria possível a execução de uma decisão da Corte, pronunciada não contra um estado mas contra a União. Os atos do chefe de Estado, sujeito, também ele, à responsabilidade ministerial, não devem ser vinculados sem exceções à ratificação ministerial, como os atos governamentais de um monarca não responsável. No entanto, seria ainda menos desejável que a responsabilidade do presidente federal fosse assimilada à responsabilidade ministerial normal em toda sua extensão, isto é, que o presidente fosse responsabilizado pelas violações culposas não apenas da Constituição mas também das leis.

Quem pode dispor do exército

O projeto de Constituição tira do Conselho Nacional o poder de dispor do exército, e transfere-o ao presidente federal, com o nome de "alto comando". No entanto, essa nova atribuição do presidente é tão desprovida de importância quanto o era a do Conselho. Com efeito, o projeto desvaloriza o alto comando do presidente sobre o exército, do mesmo modo que a lei constitucional federal desvalorizava o poder de dispor atribuído ao Conselho Nacional, através da

cláusula segundo a qual, se o presidente não dispõe do exército no sentido da lei sobre a defesa, o ministro federal competente dele dispõe, nos limites da autorização recebida pelo governo. E como a lei sobre a defesa não dará ao presidente faculdades diferentes das que dava ao Conselho Nacional, e estas são praticamente desprovidas de importância, nada mudará em relação à situação atual, em que *o ministro das Forças Armadas dispõe do exército*. Ao contrário, a posição desse ministro sairá fortalecida, visto que o projeto contém uma disposição pela qual o poder de comando sobre o exército federal é exercido pelo ministro federal competente. Em que o “poder de comando” do ministro se distingue do “alto comando” do presidente, não está nem um pouco claro.

A suplência do presidente federal

O projeto suprime a regra geral da lei constitucional com base na qual todos os atos do presidente, não havendo disposição constitucional diversa, só podem ser adotados por proposta *do governo federal*. Assim, são expressamente vinculados à proposta governamental todos os atos do presidente. Essa modificação não tem nenhuma importância, de resto. É notável, entretanto, que o projeto tenha considerado necessário completar as disposições constitucionais sobre a *suplência do presidente federal pelo chanceler* com o acréscimo: “Se o impedimento durar um tempo previsivelmente maior, *a suplência deve ser regulada por lei federal*.” O projeto mostra, portanto, mais que a Constituição vigente, preocupar-se com a possibilidade de que um presidente federal seja impedido de exercer suas funções por um longo período, durante o qual se concentraria na pessoa do chanceler um conjunto excepcional de poderes.

O ministro sem pasta

Entre as disposições concernentes à posição do governo federal, merecem destaque aquelas mediante as quais é constitucionalmente legitimado o costume, seguido até aqui, de encarregar *um ministro sem pasta* da direção de um setor da responsabilidade do chanceler ou de outro ministério. Como o projeto estabelece que o ministro sem pasta tem, nesse caso, na medida em que se encarrega concretamente das matérias que incumbem a tal setor, a posição de um ministro ordinário, ele dá ao presidente, a quem cabe conferir o cargo, a possibilidade de *fracionar os ministérios*, e por conseguinte a faculdade de criar *novos ministérios*.

A intervenção militar autônoma

Uma das inovações mais delicadas que o projeto contém para o setor administrativo é uma disposição que significa um nítido retorno ao sistema militarista. A Constituição vigente rejeita tal sistema de modo absoluto, só consentindo o emprego do exército federal dentro do Estado quando “o legítimo poder civil pedir sua colaboração”. A essência do militarismo está de fato exatamente em que, sobre o emprego do exército dentro do país, quem decide é a própria autoridade militar, e não a autoridade civil. O projeto pretende limitar a citada disposição da Constituição vigente, de tal modo que sua aplicação venha a depender apenas do beneplácito das autoridades militares. A disposição correspondente diz assim: “*A intervenção militar autônoma* com os objetivos indicados no parágrafo segundo (defesa das instituições constitucionais, manutenção da ordem e da segurança internas, etc.) só é consentida quando as autoridades competentes não forem capazes, *por motivo de força maior*, de

provocar a intervenção militar ou quando se tratar de repelir *agressões ou resistências* voltadas contra setores do exército federal.” Mas quem estabelece que as autoridades civis competentes “não são capazes por motivo de força maior”? As próprias autoridades militares, naturalmente. Nesse ponto, o projeto vai muito além do direito que toda formação militar tem de se defender das agressões. Esse poder autônomo de intervenção das autoridades militares, a ser sancionado constitucionalmente, alinha-se inteiramente com a faculdade, que segundo o projeto as autoridades policiais passarão a ter, de editar disposições e decretos penais que se encontram além do princípio da legitimidade da ação administrativa.

Quem deve ser o guardião da Constituição?*

* "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", in *Die Justiz. 1930-31*, Heft 11-12, vol. VI, pp. 576-628.

I. A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal. Sobre a conveniência de tal busca é possível – segundo distintos pontos de vista políticos e em relação a distintas Constituições – chegar a opiniões bastante diversas. Pode haver situações em que a Constituição não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, de modo que as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido. A própria questão técnico-jurídica quanto à melhor configuração das garantias da Constituição pode ser respondida de maneiras muito diferentes, considerando-se a particularidade de cada Constituição e a divisão do poder político que efetua; em particular, estabelecendo se se deve dar preferência às garantias preventivas ou às repressivas, se a ênfase deve ser colocada na eliminação do ato inconstitucional ou na responsabilidade pessoal de quem o pratica, etc. Todos esses temas podem ser debatidos a fundo. Apenas um ponto parece ter até agora ficado fora da discussão, parece ser uma noção de obviedade tão primária que quase não se

considerou necessário salientá-la dentro do exaustivo debate que o problema da garantia constitucional suscitou nos últimos anos: o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.

Quando portanto os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, uma das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procurava mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional¹. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra

1. Em minha *Allgemeine Staatslehre* (“Teoria geral do Estado”), Berlim, 1925, demonstrei essa tendência do constitucionalismo em várias de suas teses.

violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só. Isso também pertence ao método da ideologia constitucional: falar apenas do monarca, quando na verdade está agindo um órgão colegiado em que o monarca não é parte autônoma. Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo *político* de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado.

A Constituição da monarquia constitucional tem um acentuado caráter dualístico. Ela divide o poder político entre dois pólos: Parlamento e governo, sendo que este já de antemão possui uma certa preponderância sobre o primeiro, de modo algum apenas *de facto*, mas sim também *de jure*. Que o governo, particularmente o monarca que o encabeça, seja tanto na realidade política quanto nas normas da Constituição, um órgão que como o Parlamento exerce o poder estatal – e mesmo em maior medida que este – não pode ser posto em dúvida; tampouco se pode duvidar de que o poder confiado ao governo esteja em permanente concorrência com o do Parlamento. Portanto, 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? A objeção de que se trata de uma intolerável contradição seria totalmente descabida, pois seria aplicar a categoria do conhecimento científico (ciência jurídica ou teoria do Estado) àquilo que só pode ser entendido como ideologia política. Num sistema intelectual cujo profundo parentesco com a teologia não é ignorado hoje por ninguém, o princípio de contradição não tem mais lugar. O que importa não é estabelecer se as teses de tal teoria constitucional são verdadeiras, mas sim se alcançam seu objetivo político: e de fato o fizeram em medida máxima. Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como *guardião da Constituição* era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional².

II. Na situação política em que a Constituição democrático-parlamentar do *Reich* alemão veio inevitavelmente a se encontrar no momento em que para sua própria defesa, como estimam seus defensores, transigiu por assim dizer em apenas um único de seus artigos, o de n.º 48 – colocando-se num espaço jurídico demasiado estreito para conse-

2. Trata-se evidentemente da mesma ideologia, somente que a serviço do princípio democrático, quando se proclama o parlamento como *guardião da Constituição* porque, como diz Bluntschli, o “corpo legislativo” carrega em sua conformação as mais importantes garantias “de que não exercerá suas atribuições com espírito inconstitucional” (*Allgemeines Staatsrecht*, 4.ª ed., 1868, v. 1, pp. 561-62).

guir evitar, com tal manobra, o perigo de ser golpeada – num semelhante estado de coisas, enfim, seria com certeza compreensível se o debate sobre a questão das garantias da Constituição fosse provisoriamente adiado*. É pois surpreendente o fato de uma nova coleção de monografias sobre direito público, as “*Contribuições para o direito público da atualidade*”³, iniciar sua série com um trabalho que, com o título *O guardião da Constituição [Der Hüter der Verfassung]*, está dedicado justamente ao problema da garantia da Constituição. Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na Berliner Handelshochschule, Carl Schmitt, cuja ambição é mostrar-nos “o quanto muitas formas e conceitos tradicionais estão estreitamente ligados a situações passadas, não sendo hoje mais nem sequer ‘vinho velho para odres novos’, mas sim apenas rótulos falsos e antiquados”⁴, e que não se cansa de lembrar “que a situação da monarquia constitucional do século XIX, com sua separação entre Estado e sociedade, política e economia, encontra-se superada”⁵

* Veja-se a nota da revisão à p. 97 deste volume. (N. do R.T.)

3. *Beiträge zum öffentlichen Rechte der Gegenwart*. Ed J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

4. SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 9.

5. SCHMITT, *Hüter der Verfassung*, p. 128, cf. tb. p. 117.

e que portanto as categorias da teoria do Estado constitucional não são aplicáveis à Constituição de uma democracia parlamentar-plebiscitária como a Alemanha de hoje. Daí deduz ele, por exemplo, que o conceito de “lei formal”, oriundo do constitucionalismo do século XIX e que deveria assegurar ao Parlamento, enquanto “legislador”, o direito de aprovar o orçamento, não poderia manter seu sentido original na Constituição de Weimar, e que portanto, apesar da expressa disposição dos arts. 85 e 87, não seria de modo algum “absoluta e incondicionalmente necessária” a forma de uma lei do *Reich* para a fixação do orçamento, a autorização de crédito e a assunção de garantias, bastando em lugar disso o decreto do presidente na forma do art. 48-2*. Tentativas similares de dissolver ou atenuar a assim-chamada reserva financeira da Constituição também foram, evidentemente, feitas pela teoria constitucional, que não se viu impedida pelo conceito de *lei formal* de sustentar que o monarca poderia fixar o orçamento e autorizar crédito mediante decretos de necessidade, como por exemplo demonstra a teoria e a prática do famigerado art. 14 na Áustria. Porém a consciência *histórico-crítica* que nos preserva do *formalismo irrefletido* de compreender disposições da Constituição do *Reich* como “o orçamento é fixado através de lei” e “tal aquisição (de recursos financeiros mediante crédito), bem como a assunção de garantias a cargo do *Reich*, só poderão acontecer em função de uma lei do *Reich*”, no sentido de que o orçamento só pode ser fixado através de lei e que a autorização de crédito e a assunção de garantias só pode ter lugar em função de uma lei – essa *consciência histórico-crítica* não deve nos

* No Brasil, atualmente, o presidente da República costuma editar medidas provisórias dispondo sobre diretrizes orçamentárias (por ex., MP 1.817, de 22.3.1999, MP 1.643, de 18.3.1998) e abrindo créditos extraordinários (por ex., MP 1.752-36, de 7.5.1999, 1.813, de 23.4.1999, 1.785-3, de 26.3.1999, etc.). (N. do R.T.)

impedir de retomar uma ideologia do constitucionalismo que, mais claramente que qualquer outra, traz na testa o seu vínculo com a época, seu nascimento de uma situação histórico-política específica: a doutrina do *pouvoir neutre* do chefe de Estado! Essa fórmula de Constant torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar. Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o *guardião da Constituição* não seja, digamos – como se deveria supor a partir do art. 19 –, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o presidente do *Reich*, e isso já com base na própria Constituição em vigor, e não, por exemplo, depois de uma reforma constitucional.

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder *neutro*, apóia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo⁶. A tentativa de aplicar a ideologia de Constant (do *pouvoir neutre* do monarca) ao chefe de Estado de uma

6. B. Constant, originalmente um republicano moderado, toma-se monarquista depois da Revolução, defendendo, após a queda de Napoleão, as dinastias legítimas no livro *De l'esprit de la conquête et de l'usurpation*. Com esse escrito torna-se também co-fundador da *ideologia da legitimidade*. Não obstante, participa da tentativa de colocar Bernadotte no trono; como a ação fracassa, Constant passa para o lado dos Bourbons. Escreve no *Journal des Débats* contra Napoleão, que retornava de Elba, qualificando-o de Átila e

república democrática torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional. É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado “guardião da Constituição”, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos “detentores de direitos de decisão e de influência política”, ou como um “terceiro mais alto”, nem como “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justaposto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”. Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do *Reich* de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como “ditadura” e que, em todo caso, segundo as expressões acima citadas, não é compatível com a função de um garante da Constituição.

Que Schmitt acredite poder aplicar sem maiores problemas a tese ideológica do *pouvoir neutre* do monarca constitucional ao chefe de Estado de uma república democrática, eleito sob a alta pressão das correntes político-partidárias, é tanto mais estranho porque, por vezes, ele vê claramente as

Gengis Khan. Após algumas semanas, porém, ele é “membro do Conselho de Estado” e escreve, por incumbência de Napoleão, os atos complementares às Constituições do Império. Após a segunda Restauração, Constant é novamente partidário da *Charte* e dos *Bourbon*. Assim, por exemplo, ele diz na Câmara dos Deputados em 1820: “Les Bourbons avec la Charte sont un immense avantage, parce que c’est un immense avantage qu’une famille antique sur un trône incontesté.” Depois da expulsão de Carlos X vamos encontrá-lo novamente como zeloso defensor da legitimidade de Luís Felipe. Cf. A. M. Dolmatowsky, “Der Parlamentarismus in der Lehre Benjamin Constants”, in: *Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaften*, 63. Jahrgsg, 1907, p. 602.

circunstâncias reais que tornam transparente o caráter ideológico da doutrina constitucional do monarca como guardião da Constituição. Assim, ele afirma que na monarquia constitucional o perigo de uma violação da Constituição provinha do governo, ou seja, da esfera do *executivo*, circunstância que deveria ser totalmente eliminada pela idéia tanto de um poder “neutro” do monarca na função de chefe do governo e do executivo, como de sua vocação para atuar como guardião da Constituição! Schmitt, aqui, reconhece o perigo por parte do governo monárquico no século XIX apenas com a intenção de poder afirmar que “hoje”, ou seja, no século XX e na república democrática, o temor de uma violação constitucional se dirigiria “sobretudo contra o legislador”, isto é, não contra o governo presidencial, mas sim contra o Parlamento. Como se *hoje* na Alemanha a questão da constitucionalidade da atividade que o *governo*, composto por presidente e ministros, desenvolve com base no art. 48, não fosse uma questão de vida ou morte para a Constituição de Weimar! Deveras, se não se cogita a possibilidade de violação constitucional por parte do governo, a fórmula que proclama o chefe de Estado *guardião da Constituição* soa bastante inofensiva; e não é mais preciso protestar contra a inexatidão de uma fórmula com a qual a função de garantia da Constituição não é reclamada apenas – como poderia parecer – para a pessoa do presidente da república, mas sim para o colégio composto por ele e os ministros que assinam seus atos. Contudo, faremos bem se não perdermos de vista que nessa argumentação trata-se apenas de uma teoria política do “como se”.

III. Para sustentar a tese de que o presidente do *Reich* seria o guardião da Constituição, Schmitt tem que se voltar contra a instituição, freqüentemente reclamada e em muitos Estados também concretizada, de uma jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da

Constituição a um tribunal independente. Este funciona como um tribunal constitucional central na medida em que, num processo litigioso, deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cassando tais atos em caso de sua inconstitucionalidade, e eventualmente julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação. Pode-se certamente discutir sobre a conveniência de tal instituição, e ninguém afirmará que se trata de uma garantia absolutamente eficaz em qualquer circunstância. Mas de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um *tribunal* e sua função verdadeiramente *jurisdicional*. No plano da teoria do direito, essa é realmente uma questão de classificação muito importante; da sua solução, contudo, tanto em sentido afirmativo como negativo, nada resulta a favor ou contra que se confie a referida função a um órgão colegiado cujos membros, a ser nomeados de alguma maneira, tenham garantida a plena independência: uma independência em relação a governo e Parlamento e que chamamos *judiciária*, porque nas modernas Constituições costuma ser concedida aos tribunais (aliás, não apenas a estes). Deduzir, a partir de um conceito qualquer de *jurisdição*, que a instituição aqui referida como *tribunal constitucional* seria impossível ou inconveniente, seria um caso típico daquela *jurisprudência conceitual*, que já pode ser considerada como superada hoje em dia.

É de supor que tampouco Schmitt maneje tal argumentação. Porém ele faz crer o contrário quando, num escrito situado no plano da política do direito e na sua luta contra a jurisdição constitucional, dá ênfase à questão de saber se ela seria verdadeira jurisdição, formulando como problema de-

cisivo o de se o *judiciário* poderia atuar *como guardião da Constituição*. Resulta mesmo estranho que ele, empregando meios relativamente extensos, creia poder demonstrar que os tribunais civis, criminais e administrativos da Alemanha, que exercem um direito de controle material sobre as leis que devem aplicar, não sejam, “num sentido preciso, guardiães da Constituição”. Por motivos pouco compreensíveis, porém, ele não nega esse título à Corte suprema dos Estados Unidos, embora essa Corte não faça essencialmente nada de diferente dos tribunais alemães quando estes exercem seu direito de controle, ou seja, não aplicando ao caso concreto as leis consideradas inconstitucionais. Ora, de um tribunal constitucional central com poder de cassação – ao qual Schmitt não negará a subsunção ao conceito de *guardião da Constituição*, ainda que não queira considerá-lo um “tribunal” – de tal “guardião” efetivo, os tribunais que dispõem de seu poder de controle diferenciam-se apenas no plano quantitativo, ou seja, na medida em que o primeiro não anula a lei inconstitucional apenas para um caso concreto – como os últimos – mas sim para todos os casos. De que serve observar então, como faz Schmitt, que a função constitucional de um guardião da Constituição consiste em “substituir e tornar supérfluo o direito geral e ocasional de desobediência e resistência que repousa no direito de controle material” e que “apenas então estamos diante de um guardião da Constituição no sentido institucional”? Isso, em realidade, não basta para chegarmos ao “sentido preciso” do conceito “guardião da Constituição”; basta apenas para concluir que os tribunais, mesmo quando exercem o direito de controle, “não devem ser considerados guardiães da Constituição”. Uma afirmação meramente terminológica, pois Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona na prática como garante da Cons-

tuição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de “guardião da Constituição”, ou seja, se renuncie a uma expressão cujo *pathos* já é, por si só, uma advertência contra tendências ideológicas ligadas a ela. O que importa é determinar a conveniência de se confiar dessa maneira aos tribunais a função de garantia da Constituição, e, em caso negativo, se é necessário retirar-lhes o direito de controle. Será inútil procurar em Schmitt uma solução clara desse problema.

Em compensação acharemos, como foi dito, uma grande quantidade de argumentos com os quais se procura continuamente – de modo bastante assistemático – demonstrar que a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais por um colégio de homens independentes, em processo litigioso – Schmitt realmente não leva em consideração a possibilidade de um controle jurídico de outros atos imediatamente subordinados à Constituição –, não seria *jurisdicional*. Porém os argumentos que apresenta nada provam para o ponto determinante, isto é, no plano da política do direito, mas também são inúteis no plano teórico-jurídico.

IV. Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções *políticas* existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato *político*, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. Se devemos dar ao termo “política”, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a “jurisdição”, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como “exercício do poder” (em contraposição a um “exercício do direito”). “Política” é a função do legislador, o qual submete os indivíduos à sua vontade e exerce um poder justamente pelo fato de obrigá-los a perseguir seus interesses dentro dos limites das nor-

mas que impõem, decidindo assim os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas faz aplicar esse ordenamento criado pelo legislador. Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração. Se enxergamos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. Se fosse da natureza da jurisdição não ser política, então seria impossível uma jurisdição internacional; ou melhor: a decisão, segundo as normas do direito internacional, de controvérsias entre Estados, que só se distinguem dos conflitos internos porque aparecem mais claramente como conflitos de poder, deveria receber outra denominação. Na teoria do direi-

to internacional costuma-se distinguir entre conflitos arbitráveis e não-arbitráveis, conflitos jurídicos e de interesses (de poder), controvérsias jurídicas e políticas. Contudo, o que significa isso? Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica, contanto que seja incorporado pela questão sobre se a pretensão que um Estado ergue em relação a outro e que este se recusa a satisfazer – nisto consiste todo conflito – está fundamentada no direito internacional ou não. E tal questão sempre pode ser decidida segundo o direito internacional, ou seja, juridicamente, o que com efeito se verifica, seja positivamente – acolhendo-se a pretensão –, seja negativamente, rejeitando-a. [*Tertium non datur.*] Um conflito não é “não-arbitrável” ou político porque, por sua natureza, não possa ser um conflito jurídico e portanto ser decidido através de um tribunal, mas sim porque uma das partes ou ambas, por uma razão qualquer, não querem deixar que seja resolvido por uma instância objetiva. A tais exigências, e às tendências contrárias ao desenvolvimento da jurisdição internacional que delas nascem, a teoria do direito internacional fornece a necessária ideologia com os conceitos de conflito “arbitrável” e “não-arbitrável”, de controvérsia política e jurídica. Schmitt os transfere para o âmbito do direito interno quando – como muitos outros professores de direito público – os diferencia entre matérias “objeto de jurisdição” [*justiziable*] e matérias “não objeto de jurisdição” [*nicht justiziable*], a fim de advertir contra uma extensão da jurisdição com relação a estas, na medida em que declara que com isso “a jurisdição só pode ser prejudicada”. Segundo Schmitt as questões “políticas” não são objeto de jurisdição. Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teó-

rica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária. Isto significaria deduzir justamente de um conceito qualquer, por exemplo o de jurisdição, elementos para a conformação da organização estatal.

V. Uma vez que Schmitt dá um valor tão particular à comprovação de que a assim chamada jurisdição constitucional não é de fato jurisdição, seria de esperar dele uma definição clara e precisa desse último conceito. Essa expectativa, porém, infelizmente é frustrada. O que ele apresenta como definição de jurisdição é mais do que escasso, e acaba sendo substancialmente um retorno a concepções já há muito reconhecidas como errôneas.

Se reunimos suas observações bastante dispersas sobre essa duvidosa matéria, chegamos por exemplo à seguinte tese: a jurisdição por sua natureza está ligada a normas, isto é, a normas que “possibilitam a subsunção de um fato material” e além disso não são “duvidosas nem polêmicas” em seu conteúdo. Portanto, uma vez que na decisão sobre a constitucionalidade de uma lei nunca se trata da subsunção de um fato material, mas sim, geralmente, de “definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa”, não se estaria aqui diante de jurisdição. Para começar logo com a segunda qualidade com que a “jurisdição” é aqui caracterizada, só podemos expressar nossa admiração, uma vez que Schmitt parece crer que os tribunais civis, criminais e administrativos, cuja natureza jurisdicional não coloca em dúvida, teriam aplicado sempre e somente normas cujo conteúdo não era

duvidoso nem polêmico, que a controvérsia jurídica a ser decidida por um desses tribunais é sempre uma questão de fato e nunca uma assim-chamada questão de direito, a qual surge apenas quando o conteúdo da norma a ser aplicada for duvidoso e portanto polêmico. Como exemplo de um caso em que não há “patente contradição” entre uma lei constitucional e uma lei ordinária, mas sim “dúvida e diferenças de opinião” sobre “se e em que medida existe uma contradição”, nos é apresentado: “quando a lei constitucional determina que as faculdades de teologia sejam mantidas e uma lei ordinária dispõe que as academias de teologia sejam suprimidas”. O conteúdo da lei constitucional é evidentemente duvidoso, porque é incerto se por “faculdades de teologia” pode-se compreender também “academias de teologia”. Qualquer palavra é supérflua para demonstrar que a jurisprudência dos tribunais ordinários – cujo caráter jurisdicional não pode, nem é nunca posto em dúvida – significa em numerosos casos a definição do conteúdo de uma lei que é, de modo absolutamente idêntico, duvidoso. Quando Schmitt fala da “diferença fundamental entre a decisão de um processo e a decisão de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição constitucional”, só podemos dizer que a maioria das decisões de processos são decisões de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição legal. E, com efeito, nunca se havia feito uma afirmação sobre a jurisdição que desconhecesse tão completamente a sua essência como a seguinte: “Toda jurisdição está ligada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e polêmicas em seu conteúdo”. Basta a inversão dessa frase para trazer de volta a verdade simples e por qualquer um visível de que a justiça em geral só começa realmente quando as normas se tornam duvidosas e polêmicas em seu conteúdo, pois do contrário haveria apenas controvérsias sobre fatos, e não propriamente controvérsias *jurídicas*. Pode-se

duvidar de que seja conveniente confiar a um tribunal independente a definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa, e por várias razões, pode-se preferir que o governo ou o Parlamento cuidem dessa função. Porém é impossível afirmar que a função de um tribunal constitucional não é jurisdicional quando a norma que deve aplicar tem conteúdo duvidoso, de modo que sua decisão consista na definição desse conteúdo; porque é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja, no caso de uma lei constitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária.

O outro critério – pelo qual as normas a serem aplicadas pelo judiciário devem possibilitar a subsunção de um fato material – não é, realmente, incorreto; porém tanto mais incorreta é a afirmação de que a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei não implica tal subsunção. Schmitt infelizmente deixa de explicar melhor o que entende por *Tatbestand*. Mas talvez possamos supor que ele veja realizado o procedimento de subsunção da maneira mais simples e clara quando um tribunal criminal deva decidir sobre uma acusação. Se o tribunal estabelece que o comportamento do acusado é mesmo aquele fato que a lei penal prevê como delito, ou seja, como condição de uma determinada pena, trata-se de procedimento absolutamente idêntico ao que se verifica quando um tribunal constitucional reconhece como inconstitucional uma lei impregnada por alguém. A inconstitucionalidade de uma lei pode consistir não só – como parece à primeira vista – no fato de não ter sido adotada segundo o procedimento previsto pela Constituição, mas também em que possua um conteúdo que, segundo a Constituição, não poderia ter; a Constituição, de fato, não regula apenas o procedimento legislativo, mas também define de algum modo o conteúdo das futuras leis, por exemplo mediante a fixação de linhas diretrizes, princípios, etc. Como porém uma jurisdição constitucional em relação às leis só é possível se as normas constitu-

cionais materiais se apresentarem também na forma constitucional específica, isto é, como leis qualificadas – pois do contrário toda lei constitucional material será ab-rogada ou modificada por uma lei ordinária que com ela contraste, não sendo portanto possível uma lei inconstitucional – o controle da constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição. E mesmo no caso de que a Constituição exclua totalmente determinado conteúdo de lei, de modo que uma lei constitucional com tal conteúdo não possa absolutamente ser adotada, por exemplo a lei de um estado-membro que intervém na competência federal (e que, mesmo adotada como lei da Constituição estadual, não esteja conforme à Constituição federal), ainda nesse caso a inconstitucionalidade da lei consiste na sua adoção; não no fato de não ter sido adotada de maneira devida, mas no simples fato de ter sido adotada. O *suporte fático* [*Tatbestand*] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser *subsumido* pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser *subsumido* a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou conseqüência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplicá-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em to-

dos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é *subsumido* à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela. O tribunal constitucional, por outro lado, reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde, como *actus contrarius*, ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, isto é, com a anulação da norma inconstitucional, seja apenas – de modo pontual – para o caso concreto, seja – de modo geral – para todos os casos.

Quando Schmitt caracteriza o controle da constitucionalidade de uma lei no sentido de que aqui é apenas “confrontado o conteúdo de uma lei com o de outra, sendo estabelecida uma colisão ou contradição”, de modo que apenas “são comparadas regras gerais, mas não subsumidas uma à outra ou aplicadas uma à outra”, ele força um entendimento da realidade de modo tal que não vê a diferença entre a lei como norma e a produção da lei como suporte fático. Ele é simplesmente vítima de um equívoco. Em conseqüência, falha totalmente o seu argumento, apresentado em todas as variações possíveis, de que não existe uma “jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária”, nem “uma jurisdição da norma sobre a norma, uma lei não pode ser a guardiã de uma outra lei”. Na jurisdição constitucional não se trata – como Schmitt exige da *teoria normativa* que analisa essa função – de que uma norma deva “proteger normativamente a si mesma”, ou que uma lei mais forte deva proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas sim meramente que uma norma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mesmo, num nível superior.

VI. Para não permitir que a jurisdição constitucional valha como *jurisdição*, para poder caracterizá-la como *legislação*, Schmitt apóia-se numa concepção da relação entre

essas duas funções que acreditávamos até então poder considerar há muito obsoleta. Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas “deduzida” desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico! Schmitt afirma de fato com toda seriedade que a “decisão” do juiz “é deduzida no seu conteúdo de uma outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei”. Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral – lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas “acha” direito já formado, “acha” uma decisão já existente na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo⁷. Não é portanto tão estranho que Schmitt, depois de haver se servido dessa teoria do automatismo para separar, como princípio, a jurisdição como mera aplicação da lei e a legislação como criação do direito, e depois que ela lhe assegurou o principal argumento teórico em sua luta contra a jurisdição constitucional – “uma lei não é uma sentença, uma sentença não é uma lei” –, coloque-a de lado, declarando enfaticamente: “Em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei”. Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou

7. Cf. minha *Allgemeine Staatslehre*, pp. 231 ss., 301.

seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político*. Com isso, porém, torna-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político. Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas. É difícil que haja outra explicação além desta: a tese de que a jurisdição constitucional não é jurisdição é tão importante, sendo até mesmo sustentada por Schmitt em contradição com sua própria compreensão teórica, porque constitui o pressuposto de uma exigência da política do direito: como a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei e a anulação de uma lei inconstitucional não são *jurisdição*, por isso mesmo tal função não pode ser confiada a um colégio de juízes independentes, mas deve ser confiada a um outro órgão. Trata-se apenas de outro uso da mesma argumentação quando Schmitt divide os Estados – segundo a função preponderante em cada caso – em Estados jurisdicionais e Estados legislativos, concluindo do fato de que um Estado – como o *Reich* alemão hoje – seja um Estado legislativo que: “Num Estado legislativo, ao contrário, não pode haver jurisdição constitucional ou jurisdição do Estado como o apropriado guardião da Constituição”. Do mesmo modo afirma: “Num Estado que não seja puramente jurisdicional, esta [a jurisdição] não pode exercer tal função.” Talvez porém fosse mais correto dizer que um Estado cuja Constituição estabelece um tribunal constitucional não é, por isso mesmo, um “Estado legislativo”, do

que concluir, porque tal Estado não se encaixa nesse esquema teórico, que aqui “não pode” existir um tribunal constitucional. É sempre a mesma técnica de deduzir de um conceito jurídico pressuposto uma configuração jurídica desejada, a típica mistura de teoria jurídica com política do direito⁸.

Uma pesquisa jurídica científica que se ocupa com a possibilidade de uma jurisdição constitucional não deveria,

8. A tese da diferença essencial entre lei e sentença, que ninguém contradiz tão energicamente como Schmitt quando afirma que ambas têm a mesma natureza, na medida em que ambas são *decisões*, constitui estranhamente, para esse mesmo autor, a base de uma polêmica contra a teoria do gradualismo defendida por mim, a qual, reconhecendo a natureza idêntica de legislação e jurisdição, vai em busca de uma diferença quantitativa. Quando a teoria do gradualismo vê uma produção de norma tanto na legislação como na jurisdição, procede tão metodologicamente quanto Schmitt quando este reconhece em ambas o “elemento de decisão”. Daí se explicará a veemência de sua polêmica, que trabalha menos com argumentos objetivos do que com juízos de valor bastante emocionais, como “abstrações vazias”, “metáforas fantasiosas”, “lógica aguada”. O resultado da teoria do gradualismo – elaborada por mim com base numa crítica metodológica radical e numa luta encarniçada contra todo antropomorfismo – a “*Hierarquia das normas*” [*Hierarchie der Normen*], é liquidado rapidamente numa nota como um “antropomorfismo acrítico e privado de método” e “alegoria improvisada”. Teria pouco sentido, na resenha de um trabalho que é eminentemente de política do direito, discutir sobre uma teoria que não oferecerá outra coisa além de uma análise estrutural do direito. Contento-me portanto em afirmar que a doutrina contra a qual Schmitt polemiza não tem quase nada a ver com a teoria defendida por mim. Há aqui um mal-entendido grosseiro. Schmitt crê estar refutando essa teoria quando escreve: “Quando uma norma é mais difícil de modificar que outra, trata-se – sob todos os aspectos pensáveis: lógico, jurídico, sociológico – de outra coisa que uma hierarquia; uma atribuição de competência por meio de lei constitucional não está, com respeito aos atos emanados pelo órgão competente, na posição de autoridade superior (pois uma normatização não é uma autoridade), e a lei ordinária não é, com maior razão, subordinada à lei mais difícil de modificar.” Pois bem, se eu sustentasse que a Constituição só está “acima” da lei porque é mais difícil de modificar que esta, então minha teoria seria de fato tão absurda como Schmitt a expõe. Nessa exposição, porém, é ignorado apenas um pequeno detalhe: que eu diferencio com a máxima ênfase entre Constituição no sentido material e

por fim, ignorar o fato de que já existe um Estado – precisamente a Áustria – em que há mais de um decênio funciona uma jurisdição constitucional central perfeitamente organizada. Analisar a sua real eficiência seria certamente mais frutífero que indagar sobre a sua compatibilidade com o conceito de Estado legislativo. Schmitt se contenta em colocar a “solução austríaca” entre aspas e observar que “no cansaço da primeira década após o *crash*, o exame do significado objetivo de tal alargamento da jurisdição não foi adequado, satisfazendo-se com normativismos e formalismos abstratos”. “Normativismos” e “formalismos” seriam uma referência à Escola de Viena; bem, esta não foi impedida por sua “abstração” de realizar um trabalho criativo-jurídico bastante concreto, onde se inclui a Corte Constitucional austríaca, cujo “significado concreto”, em todo caso, Schmitt deixa de examinar, não descendo para tanto do alto de suas próprias abstrações.

A impossibilidade teórica desse método, a sua contradição interna, tornam-se manifestas também quando Schmitt, na conclusão de seu escrito, põe-se a deduzir das suas premissas teóricas o desejado resultado de política do direito.

Constituição no sentido formal, e que fundamento a subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não através da forma da Constituição, puramente accidental e não essencial, mas sim através do seu conteúdo. A Constituição interessa como norma que está acima da legislação porque define o procedimento legislativo, e em certa medida também o conteúdo das leis (a ser emanado com base na Constituição); do mesmo modo que a legislação está acima da assim-chamada execução (jurisdição, administração), eis que regula a formação e – em medida bastante ampla – o conteúdo dos respectivos atos. Na relação entre o nível da legislação e o da execução, a questão da alterabilidade mais fácil ou mais difícil não tem nenhum papel. Schmitt deveria sabê-lo, mesmo que tivesse lido apenas minha comunicação sobre “Essência e desenvolvimento da jurisdição do Estado” [Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit] (in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, 1928), ou ao menos a p. 36 do mesmo escrito.

Lê-se ali: “Antes portanto de instituir, para questões e conflitos eminentemente políticos, um tribunal como guardião da Constituição, sobrecarregando e ameaçando o judiciário com tal politização”, deveria ser lembrado o conteúdo positivo da Constituição de Weimar, a qual, no juízo de Schmitt, institui o próprio presidente do *Reich* como guardião. Isto significa, nem mais nem menos, que para questões e conflitos eminentemente políticos não se deve instituir um tribunal como guardião da Constituição porque através da atividade de tal tribunal a jurisdição seria politizada, sobrecarregada e ameaçada. A jurisdição? Como poderia justamente a jurisdição ser sobrecarregada e ameaçada pela jurisdição constitucional, quando esta última – como Schmitt ininteruptamente se esforçou por demonstrar – não é absolutamente *jurisdição*?

Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos *limites* da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. Nesse contexto, porém, a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim como um problema sobre a melhor configuração da função desta, devendo-se separar claramente ambos os problemas. Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de

uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, “a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento⁹”. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la. Trata-se do antiqüíssimo dilema platônico: *politeia* ou *nomoi*?; reis-juizes ou legislador régio? Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como *legislador negativo*¹⁰. Porém entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também

9. Kelsen, *A garantia jurisdicional da Constituição*. Essas frases correlacionam-se com exposições que anexo aqui na íntegra a fim de mostrar àqueles que tenham lido apenas o escrito de Schmitt o verdadeiro caráter de um dos “zelotes de um normativismo cego”, de sua “lógica normativista e formalística” (41) e das “devastações que essa espécie de lógica promoveu no conceito de lei”. Veja-se o que consta, a propósito, na exposição mencionada, principalmente nas pp. 167-70 deste volume.

10. Veja-se o que consta, a propósito, na exposição sobre “A garantia jurisdicional da Constituição”, principalmente nas pp. 150-3 deste volume.

como *legislador negativo* (no sentido material da palavra *lex-lei*). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis.

VII. É questão de política do direito se o processo através do qual um órgão dotado de independência judiciária examina a constitucionalidade de uma lei deve ser configurado tal como um processo criminal, civil ou administrativo – particularmente, se deve possuir caráter litigioso –, ou seja, se deve ser formulado de modo que os prós e contras da constitucionalidade da lei sejam discutidos o mais publicamente possível. Tal processo não é exclusivo do judiciário; também o processo administrativo pode ser assim formulado. Se a propósito se fala de *forma judiciária*, é porque historicamente, e até hoje, ele aparece principalmente nos *tribunais*. Na antiga Atenas, durante certo período, até mesmo o processo legislativo tinha essa configuração: quando uma lei antiga devia ser substituída por uma nova, a primeira era acusada diante dos nomótetas. E Atenas com certeza era tudo, menos um “Estado jurisdicional”, no sentido da conceituação de Schmitt. O processo dialético do Parlamento moderno é, fundamentalmente, algo muito parecido à “forma judiciária” do processo diante de um tribunal. Seu objetivo é trazer à luz todos os prós e contras de determinada solução, e a experiência demonstra que esse resultado é mais bem garantido quando se confia o ataque e a defesa a duas instâncias diferentes. Isso é imediatamente possível quando na questão em debate existem dois interessados ou dois grupos de interesse com orientação distinta. Esse é sem dúvida o caso da questão de inconstitucionalidade de uma lei. Conflitos de interesse de natureza nacional, religiosa, econômica, antagonismos entre grupos interessados em centralização ou descentralização, e muito mais. Dar a tais antagonis-

mos uma expressão técnico-processual adequada é tarefa do código processual. O caráter litigioso, o assim-chamado *caráter judiciário* do procedimento, é também totalmente indicado quando se trata da aplicação de uma norma constitucional que concede uma margem larga de discricionariedade. O litígio então não trata, ou melhor, não trata somente e não só diretamente sobre a questão da constitucionalidade, mas também sobre a conveniência do ato impugnado; é também uma discussão sobre o melhor modo pelo qual a criação do direito – individual ou geral – deve ocorrer dentro do quadro traçado pela Constituição. Por exemplo, quando está em questão se uma lei ordinária fere a Constituição, e o teor desta não oferece orientação precisa sobre esse ponto, de modo que a decisão do tribunal constitucional significa, em verdade, um desenvolvimento da Constituição em determinada direção, é precisamente nessa situação que o conflito de interesses existente é da máxima importância. E justamente aqui é de particular importância que a vontade estatal, que se manifesta na decisão do tribunal constitucional, aconteça dentro de um processo que expresse os conflitos de interesses existentes. Em todo processo civil, de acordo com a liberdade discricionária que a lei concede ao juiz, o *litígio* versa também sobre a oportunidade da decisão, e a forma judiciária demonstra ser adequada em relação à atividade *política* de criação do direito realizada pelo tribunal, na medida em que se consuma na sentença uma *ponderação de interesses*. Para não falar do processo administrativo, cuja forma judiciária em nada prejudica a discricionariedade outorgada em medida tão ampla à administração. Mesmo que se quisesse falar, com respeito ao poder discricionário concedido à aplicação do direito – não em sentido teórico, mas no plano da política do direito –, de normas mais ou menos “sujeitas à jurisdição” [*justiziable*], seria totalmente errônea a afirmação de que “a base para uma possível forma judi-

ciária” do procedimento seria suprimida “na mesma medida que a norma sujeita à jurisdição”.

O verdadeiro sentido da assim-chamada forma judiciária e sua utilidade para o processo diante de uma autoridade que atue como *guardião* da Constituição, certamente não será compreendido se não se contemplar o fato sociológico básico de onde se origina a instituição do processo litigioso: como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal – e em particular naquela de um “guardião da Constituição” – tomam parte interesses contrastantes, e toda “decisão” versa sobre conflitos de interesses, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos; de modo que um processo de caráter litigioso, se não para outras coisas, serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses. Tudo isso porém não pode ser visto se o contraste de interesses existente é escamoteado pela ficção de um interesse comum ou de uma unidade de interesses; o que é essencialmente diverso e essencialmente maior do que tudo isso pode ser, na melhor das hipóteses, um acordo de interesses. Trata-se da típica ficção de que se lança mão quando se opera com a “unidade” da “vontade” do Estado ou com a “totalidade” do coletivo num sentido outro que o meramente formal, a fim de justificar uma configuração com um certo conteúdo definido da ordem estatal. A essa caracterização conduzem também as considerações em que Schmitt desenvolve a categoria do “Estado total” em contraposição ao sistema do “pluralismo”.

VIII. Ambos os conceitos são introduzidos a fim de caracterizar a situação constitucional concreta do *Reich* alemão. (Os conceitos de “policracia” e “federalismo”, que Schmitt igualmente utiliza ao lado de “pluralismo”, têm um papel relativamente insignificante.) Por “pluralismo” Schmitt compreende “uma multiplicidade composta por complexos de forças sociais solidamente organizados que perpassam todo

o Estado – ou seja, tanto as diferentes áreas da vida estatal quanto os limites territoriais dos estados e das entidades autônomas locais – e que dominam enquanto tais a vontade estatal, sem deixar de ser apenas formações sociais (não-estatais)”. Quanto a esses “complexos de forças sociais” devemos pensar primeiramente nos partidos políticos; já o fato que Schmitt caracteriza com a palavra pluralismo consiste sobretudo no estado de coisas definido até aqui como *Estado de partidos*. Como resulta da conceituação, é condição decisiva para uma estrutura política considerada *pluralista* que haja uma oposição real entre Estado e sociedade. O pluralismo consiste justamente no fato de que a vontade estatal é dominada por complexos caracterizados como *somente sociais*, expressamente *não-estatais*. Para que se possa realmente falar de “pluralismo”, portanto, deve existir uma esfera de vida social livre do Estado de onde surjam, partindo de diferentes pontos, influências sobre a vontade estatal. Em vez disso, para Schmitt, a “mudança para o Estado total” consiste em que desapareça o conflito entre Estado e sociedade: “A sociedade transformada em Estado torna-se um Estado de economia, de cultura, assistencial, de bem-estar, previdenciário; o Estado transformado em auto-organização da sociedade, e portanto não mais separável desta, abarca todo o social, ou seja, tudo o que diz respeito à convivência dos seres humanos; não existe naquela mais nenhum setor a respeito do qual o Estado possa observar uma neutralidade incondicional, no sentido de uma não-intervenção”. Nessa “violenta mudança” para o “Estado total”, nessa superação do Estado liberal – não-intervencionista, limitado apenas a poucas funções sociais, que deixava à sociedade o máximo de espaço livre e constituía, assim, a real condição da contraposição conceitual entre Estado e sociedade –, Schmitt enxerga o sinal característico decisivo do moderno “Estado legislativo”, considerando também como tal o *Reich*

alemão da atualidade. Que o conceito de “Estado total”, tal como é definido até aqui, não ofereça qualquer visão nova da realidade sociológica, mas sim apenas uma nova palavra para o que até agora se costumava denominar “objetivo estatal expansivo”, em contraposição a “objetivo estatal limitado”; que o Estado total do século XX não seja absolutamente, como parece crer Schmitt, um fenômeno novo, pois já o Estado antigo e do mesmo modo o “Estado absoluto”, isto é, o Estado policial do século XVIII, eram “Estado total”, o qual, portanto, não está dialeticamente superado pelos anteriores; que já o Estado liberal do século XIX, assim, fosse uma reação contra um Estado total – tudo isso não é de grande importância. Dar novos nomes a fatos há muito conhecidos é hoje um método muito apreciado e difundido pela literatura política. Mais notável ainda é a tentativa de descrever a situação real da Constituição do *Reich* alemão com duas características que se excluem mutuamente. Como é possível que esse estado de coisas seja, por assim dizer, o ápice do pluralismo e ao mesmo tempo uma “mudança para o Estado total”, se o pluralismo somente é possível na medida em que a vontade estatal seja influenciada por uma esfera social, não-estatal, em cuja supressão e estatização consiste justamente a “mudança para o Estado total”? Essa contradição, além disso, coloca Schmitt diante de dificuldades que não são irrelevantes. A respeito dos partidos políticos, que existem também no Estado total, Schmitt diz: “os partidos, nos quais se organizam os diferentes interesses e tendências sociais, são a própria sociedade transformada em Estado de partidos...”. Uma vez que no Estado total não existe mais uma sociedade, Schmitt precisa tornar em Estado a sociedade dentro dos partidos, isto é, apresentar os partidos como formação estatal, não mais social. Com isso, porém, sua categoria do pluralismo torna-se inutilizável. E de nada serve que procure encobrir essa contradição, argumentando

por fim: “A existência de uma multiplicidade de tais complexos que concorrem entre si e se mantêm reciprocamente dentro de certos limites, ou seja, a existência de um Estado de partidos pluralista, impede que o Estado total se imponha enquanto tal com o mesmo ímpeto que já demonstrou nos assim-chamados Estados de partido único, Rússia Soviética e Itália”. Uma vez que, segundo a definição originária, o Estado pluralista se diferencia do Estado total justamente pelo fato de que este absorve a esfera social, tampouco pode dar resultado essa outra tentativa de se livrar da contradição: “Com a pluralização, porém, a mudança para o Estado total não é anulada, mas sim apenas, por assim dizer, parcelada, na medida em que cada complexo organizado de forças sociais – da associação coral e do clube esportivo à autodefesa armada – procura tanto quanto possível concretizar a totalidade em si e para si”. Essa totalidade parcelada é simplesmente uma *contradictio in adjecto*.

A razão mais profunda da contradição está em que Schmitt, com os termos “pluralismo” e “Estado total”, une dois pares de opostos que não têm nada em comum – a oposição entre Estado e sociedade e a oposição entre uma volição autocrática-centralista e outra democrática-descentralista – e em que nos conceitos de “pluralismo” e “Estado total” aparece em primeiro plano ora uma, ora outra das duas oposições. O Estado total, enquanto Estado que absorve completamente a sociedade e abraça todas as funções sociais, é possível tanto na forma de democracia – na qual o processo da vontade estatal se dá na luta dos partidos políticos – como na forma de autocracia, na qual a formação de partidos políticos está excluída. O Estado “total” pode também ser um “Estado de partidos pluralista” porque uma expansão tão arrojada do objetivo estatal ainda é compatível com uma articulação bastante ampla do povo em partidos políticos. Do mesmo modo, um Estado “total” entendido nesse senti-

do seria compatível com uma ampla descentralização, porém não um Estado “total” no sentido de uma comunidade com vontade centralizada, “unitária”, e portanto “mais forte”, cujo “ímpeto”, contudo, é quebrado num Estado democrático de partidos. Mas por que Schmitt sobrecarrega sua definição de pluralismo com a oposição entre Estado e sociedade, a qual – como demonstram seu Estado total pluralista e sua totalidade parcelada – é irrelevante para o fato a ser compreendido sob o conceito de pluralismo e apenas envolve contradições? Sobretudo por que a oposição entre Estado e sociedade é completamente eliminada no conceito de “Estado total”, em evidente contradição com a realidade social que deve ser apreendida através desse conceito? Não é preciso ser adepto da concepção materialista da história para reconhecer que um Estado cuja ordem jurídica garante a propriedade privada dos meios de produção mantém fundamentalmente a produção econômica e a distribuição dos produtos como função não-estatal e remete o cumprimento desta que é, talvez, a mais importante das tarefas, a um setor que só pode diferenciar-se do Estado enquanto *sociedade*, não pode ser um “Estado total” no sentido da definição de Schmitt, isto é, um Estado que “abraça todo o social”. Nesse sentido – de um regime de coerção que absorve completamente a sociedade – apenas o Estado socialista pode ser um “Estado total”. Se qualificamos o Estado capitalista de hoje como “Estado total” sem poder provar tal coisa asseverando que seu ordenamento já teria realizado a mudança decisiva para o socialismo de Estado – o que, de fato, não é possível, nem Schmitt procura fazer – então dificilmente poderemos nos defender da objeção de que a “mudança para o Estado total” é apenas uma ideologia burguesa através da qual se encobre a situação de violenta oposição em que se encontra o proletariado, ou pelo menos uma grande parte dele, em relação ao Estado legislativo da democracia parlamentar, do

mesmo modo que a burguesia do início do século XIX em relação ao Estado policial "total" da monarquia absoluta. Uma ideologia que afirma uma unidade inexistente de Estado e sociedade, pois a luta de classes não ocorre como luta entre órgãos estatais, mas sim como luta que uma parte da sociedade – que não está no Estado porque não se identifica com ele –, conduz contra outra parte da sociedade que é o Estado, porque e na medida em que seu ordenamento garante os interesses dessa parte. Com a "mudança para o Estado total" o conflito entre Estado e sociedade teria perdido o seu sentido. Porém, do ponto de vista do proletariado e de uma teoria social proletária, esse conflito tem hoje exatamente o mesmo significado que tinha outrora do ponto de vista da burguesia e de uma doutrina burguesa do Estado e da sociedade, sendo por isso tão atual e correto hoje como era então¹¹.

Assim, os conceitos de pluralismo e Estado total não podem resistir a uma crítica sociológica. Seu significado torna-se claro quando atentamos para a pronunciada acen-

11. Se – como salienta Schmitt – a essência do "pluralismo" é caracterizada pelo "contraste com uma plena e compacta unidade estatal" e se nesse conceito – segundo sua definição modificada – reaparece o contraste entre Estado e sociedade (os partidos políticos em luta entre si representando, também como formações estatais, um elemento pluralista), então uma organização do tipo Estado federativo só pode ser considerada um estilhaçamento pluralista da unidade do Estado. O mesmo vale também para o desmembramento do Estado através de uma Constituição corporativa. Quanto à demanda pelo regime econômico "de um Estado de corporações, de sindicatos ou de conselhos", Schmitt admite também que "sua concretização não fortaleceria a unidade da vontade estatal, mas antes a ameaçaria; os contrastes econômicos e sociais não seriam resolvidos e superados mas sim se colocariam mais aberta e violentamente, pois os grupos em luta não estariam mais obrigados a seguir a via indireta das eleições gerais e da representação popular". Isso, porém, significa exatamente que o sistema corporativo é refutado como pluralista. Totalmente diferente, no entanto, é o posicionamento em relação ao Estado federativo. Aqui Schmitt admite somente a "possibilidade" de que pluralismo e federalismo – sendo que este, segundo a definição modificada de pluralismo, pode ser na verdade somente um caso especial do último e

tuação valorativa com que surgem. Pluralismo: um estado de coisas em que a sociedade reprime o Estado, em que tendências hostis ameaçam o Estado em sua existência, por o ameaçarem em sua unidade; pluralismo significa “o poder de diversas grandezas sociais sobre a vontade estatal, “dissolução do conceito de Estado”, “divisão do Estado”, “estilhaçamento da unidade do Estado e da Constituição”. A “mudança para o Estado total” é evolução em direção oposta; é a vitória do Estado sobre a sociedade hostil, é a situação da assegurada unidade do Estado. Contra as forças pluralistas hostis ao Estado, que lhe ameaçam a unidade, buscam-se “remédios” e lança-se a questão de se “seria legítimo (...), eventualmente invocando-se o princípio cooperativo genuinamente alemão, impulsionar ainda mais essa evolução para o pluralismo”. E Schmitt responde negativamente a essa questão da forma mais decidida. Seu juízo de valor torna-se de todo evidente quando afirma que “o sistema pluralista, com seus contínuos acordos de partidos e de facções, transforma o Estado numa justaposição de compromissos através dos quais os partidos que participam a cada vez do acordo de coalizão dividem entre si todos os cargos, rendimentos e vantagens segundo a lei das quotas e ainda, porventura, con-

además um caso especialmente perigoso – “se aliam”. Todavia, ele faz essa possibilidade recuar totalmente e torna o federalismo, “não obstante, um contrapeso ainda particularmente forte contra as atuais formações pluralistas de poder e os métodos de sua política partidária”. Noutra contexto é feita referência ao fato de que “a Constituição se firma no caráter estatal dos estados” e que “o federalismo pode ser um reservatório de forças estatais”. Não causa surpresa, portanto, que o federalismo seja justificado precisamente como “antídoto contra os métodos de um pluralismo político-partidário”. Aqui, de novo, “pluralismo” é algo totalmente diferente; por outro lado, essa justificação do federalismo simplesmente ignora que a uma multiplicação do sistema parlamentar, como a que a Constituição federal traz consigo, está ligada uma multiplicação daquele “pluralismo”, ao qual, portanto, qualquer coisa pode servir de contrapeso, menos o federalismo!

sideram como justa a paridade observada nessa atividade". Sim, no fim das contas, o pluralismo é até mesmo declarado "inconstitucional". Assim, a categoria do pluralismo pode servir para pôr de lado aquela solução do problema da garantia da Constituição que consiste na introdução de uma jurisdição constitucional; e o "Estado total" serve para fundamentar a solução que se assegura como a justa porque garante a unidade do Estado, ameaçada ou mesmo eliminada pelo antagonismo especificamente pluralista entre Estado e sociedade.

IX. Schmitt vê o caráter pluralista da jurisdição constitucional em que ela ocorre como um processo, no qual se fazem valer "direitos subjetivos" junto à Constituição ou ao poder estatal. Interpretar isso como "dissolução do conceito de Estado" é de fato totalmente infundado. Se a Constituição de um Estado federativo habilita tanto a União como os estados a impugnar, diante de um tribunal constitucional central, leis estaduais ou federais contrárias às normas sobre competência, se dá poderes aos tribunais ou a outras autoridades de sublinhar a inconstitucionalidade de normas que devem aplicar, ou mesmo se lhes dá direito a uma *actio popularis* a fim de eliminar radicalmente atos inconstitucionais, não se criam com isso "direitos subjetivos", como direitos com tendência hostil ao Estado, porque hostil ao direito objetivo, mas sim no sentido jusnaturalista de direitos inatos, independentes do ordenamento objetivo do Estado e do direito, a ser respeitados por esse ordenamento, que não sejam atribuídos e portanto não sejam por ele suprimíveis. O "direito subjetivo", que não consiste em outra coisa que na legitimação processual, na possibilidade de introduzir junto a uma autoridade central um processo cujo escopo é a eliminação de um ato inconstitucional, a remoção de uma injustiça, tal direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para a garantia da ordem estatal, sendo assim justa-

mente o oposto do que se poderia denominar a “dissolução pluralista do Estado”. Do mesmo modo, poder-se-ia falar de um “estilhaçamento pluralista” da unidade do Estado a propósito da promotoria pública e da magistratura, pois no processo penal o Estado se divide em acusador e juiz.

A “mudança para o Estado total” influi sobre a jurisdição constitucional antes de tudo na medida em que sua busca é interpretada como tentativa de conter aquela mudança e, assim, o processo de fortalecimento e consolidação do Estado, sua vitória sobre a sociedade. “Não é de admirar que a defesa contra uma tal expansão do Estado” – leia-se a “mudança para o Estado de economia”, que representa a fase decisiva na mudança para o Estado total – “surge antes de tudo como defesa contra aquela atividade estatal que num momento como este determina justamente a natureza do Estado, portanto como defesa contra o Estado legislativo. Por isso são reclamadas em primeiro lugar garantias contra o legislador. Assim se explicarão as primeiras e pouco claras tentativas reparadoras [...] que se aferraram à jurisdição a fim de obter um contrapeso para o cada vez mais poderoso e abrangente legislador. Tinham necessariamente que terminar em vazios formalismos [...] Seu verdadeiro erro estava em que somente poderiam contrapor ao poder do moderno legislador uma jurisdição que ou estivesse vinculada por normas precisas emitidas por esse mesmo legislador ou só pudesse opor-lhe princípios indeterminados e controversos, cujo auxílio não serviria para criar uma autoridade superior ao legislador”. Mas quem neste mundo já esperou de um tribunal constitucional que ele se oponha ao alargamento da competência legislativa? Então a expansão do legislativo só se pode realizar através de quebras da Constituição? Dificilmente seria possível uma interpretação mais equivocada da jurisdição constitucional. E quando Schmitt prossegue: “Numa situação assim modificada e diante de tal alargamento dos

deveres e problemas estatais, talvez o remédio possa ser dado pelo governo, porém decerto que não pelo judiciário”, preparando assim sua exigência de que não um tribunal, mas o governo, seja feito guardião da Constituição, é precisamente nesse contexto que não se pode fechar os olhos para o fato de que a expansão legislativa também se dá, em medida considerável, através do poder de decreto do governo, particularmente quando, com base numa interpretação do art. 48-2 – apoiada com entusiasmo justamente por Schmitt –, o poder de decreto do governo toma o lugar do poder legislativo do Parlamento. De resto, um tribunal constitucional é instrumento totalmente inútil para impedir a mudança para o Estado total. Não se pode, no entanto, desacreditar uma instituição partindo-se de um objetivo que lhe é completamente estranho, e afirmando depois que ela não está em condições de alcançá-lo.

Um efeito da doutrina do “Estado total” que não é irrelevante consiste na diminuição do valor de um argumento capital a favor de se confiar o controle a uma corte independente, e não ao governo. Uma vez que a Constituição divide o poder essencialmente entre dois pólos, Parlamento e governo (onde por “governo” deve-se entender especialmente o órgão composto pelo chefe de Estado e os ministros que assinam seus atos), já apenas por isso deve existir necessariamente um antagonismo contínuo entre Parlamento e governo. E o perigo de uma violação constitucional deve nascer sobretudo da possibilidade de um dos dois pólos ultrapassar os limites que a Constituição lhe designou. Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa

mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo. Segundo a doutrina do “Estado total”, porém, não existe antagonismo entre Parlamento e governo. Onde deriva – sem que tal precise ser dito expressamente, e Schmitt de fato não o faz – que quando o governo, isto é, o chefe de Estado em conjunto com os ministros, atua como guardião da Constituição para defendê-la de leis inconstitucionais, o controle constitucional não está sendo entregue a nenhuma instância que possa ser considerada parte litigante.

A eliminação do antagonismo entre governo e Parlamento, decisiva para a solução do problema da garantia da Constituição, resulta do fato de Schmitt interpretá-lo apenas como uma consequência ou variante do dualismo de Estado e sociedade, que desaparece com a mudança para o “Estado total”. “Todas as instituições e normatizações importantes do direito público que se desenvolveram ao longo do século XIX na Alemanha e constituem grande parte de nosso direito público têm por base aquela distinção (entre Estado e sociedade). O fato de que o Estado da monarquia constitucional alemã, com suas contraposições de príncipe e povo, Coroa e Câmara, governo e representação popular, tenha sido de modo geral construído dualisticamente, é apenas expressão do dualismo geral e fundamental de Estado e sociedade. A representação popular, o Parlamento, a corporação legislativa foram concebidos como o palco em que a sociedade entrava em cena e atuava como antagonista do Estado”. “Esse Estado que

no sentido liberal, não-intervencionista, era fundamentalmente neutro em relação à sociedade e à economia, (...) modificou-se radicalmente, na mesma medida em que aquela construção dualística de Estado e sociedade, governo e povo, perdeu sua tensão, e o Estado legislativo se consumou. Pois agora o Estado vai se tornando de fato auto-organização da sociedade. Com isso cai, como mencionamos, a até aqui sempre pressuposta distinção entre Estado e sociedade, governo e povo, de modo que todos os conceitos e instituições construídos sobre tal pressuposto (lei, orçamento, autonomia administrativa) tornam-se novos problemas". No Estado total que abarca todo o social, particularmente, é impossível também haver qualquer antagonismo entre governo e Parlamento, pois tal antagonismo deve desaparecer junto com aquele que existe entre Estado e sociedade. Porém Schmitt não apresenta essa conclusão expressamente, afirmando apenas *expressis verbis* que com a mudança para o Estado total deixa de existir a distinção entre Estado e sociedade e, portanto, entre "governo e povo". Ao caracterizar o Estado total, ele não fala do dualismo entre governo e Parlamento, o qual na análise da monarquia constitucional do século XIX é apresentado como mera variante do antagonismo entre Estado e sociedade. Ele deixa ao leitor a tarefa de prosseguir com o pensamento nessa direção; diz no entanto com suficiente clareza: "Todas as contraposições até aqui usuais, ligadas ao pressuposto do Estado neutro, que surgem a partir da distinção entre Estado e sociedade e são apenas casos de aplicação e transcrição dessa distinção, deixam de existir. Separações antitéticas tais como: Estado e economia, Estado e cultura (...) política e direito (...) perdem seu sentido e tornam-se vazias". A essas "separações antitéticas", porém, segundo suas observações anteriores, pertence também a oposição entre governo e Parlamento.

Não é preciso ter especial perspicácia para demonstrar que o antagonismo entre governo e Parlamento desapareceu

tão pouco no Estado contemporâneo quanto aquele entre Estado e sociedade, com o qual não é, em absoluto, idêntico. Ele não perdeu seu sentido, apenas se modificou. Nele se expressam não mais o antagonismo entre as camadas populares representadas na maioria parlamentar e os grupos de interesse que impregnam o monarca e seu governo, mas sim o antagonismo que existe entre a minoria e a maioria parlamentar, tendo esta no governo o seu fiduciário. Esse não é porém o único sentido que um antagonismo entre Parlamento e governo pode ter modernamente. Ele pode assumir outro sentido quando estiver no cargo um governo minoritário ou um chefe de Estado eleito apenas por uma minoria do povo, e especialmente quando um governo, não tendo por trás de si uma maioria parlamentar, governar inconstitucionalmente sem Parlamento. Numa época em que o governo do *Reich* se vê obrigado a ameaçar com a própria demissão caso o Parlamento ou apenas uma comissão deste se reúna, correspondendo ao desejo da maioria parlamentar, torna-se difícil aceitar as últimas conseqüências da doutrina do “Estado total” e admitir que “Parlamento e governo” seja uma “separação antitética” que tenha perdido seu sentido e se tornado vazia com a mudança para o Estado legislativo.

X. Os caminhos que levam do “Estado total” ao chefe de Estado como “guardião da Constituição” não são, de resto, fáceis de encontrar, mesmo para um leitor bastante atento. Parece que a real unidade do “Estado total” funciona como uma espécie de alicerce sociológico para outra unidade, qual seja, a que o preâmbulo da Constituição de Weimar pressupõe e que – caso seja algo mais que a unidade jurídica da população do Estado, que toda Constituição estabelece – é apenas uma outra expressão da mesma ideologia. “A Constituição do *Reich* em vigor firma-se no conceito democrático da homogênea, indivisível unidade de todo o povo alemão, o qual por força de seu próprio poder constituinte e

mediante uma decisão política positiva, portanto mediante ato unilateral, deu a si mesmo essa Constituição. Desse modo, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que procuram fazer dela um tratado, um acordo ou coisa similar, são solenemente repelidas como *contrárias ao seu espírito*". A *conexão intrínseca* – em nenhum momento afirmada diretamente por Schmitt – que existe entre a construção do "Estado total" e a "unidade homogênea, indivisível de todo o povo alemão", torna-se clara pelo fato de que o "pluralismo" opõe-se a essa unidade exatamente do mesmo modo que à outra unidade representada pelo "Estado total". O pluralismo é caracterizado expressamente pela "oposição a uma plena e compacta unidade estatal". E assim como o pluralismo estorva o "ímpeto" do Estado total através da oposição que nele se expressa entre Estado e sociedade, "parcelando" a totalidade, o "elemento pluralista" que aparece "na realidade de nossa situação constitucional atual" ameaça essa "unidade homogênea, indivisível", na qual "se firma" a Constituição de Weimar. É principalmente sobre essa unidade que Schmitt fundamenta sua interpretação da referida Constituição. Essa unidade não é meramente um postulado ético-político, tal como costumam apreghar os preâmbulos constitucionais, mas sim uma realidade social, se é verdadeiro que o antagonismo pluralista de Estado e sociedade que ameaça tal unidade está, com efeito, eliminado, e que o "Estado total" que elimina tal antagonismo é uma realidade. De fato, a realidade é descrita como decadente em meio a uma desagregação "pluralista", o que, no entanto, não impede que os "interessados nesse pluralismo" (ou os teóricos que o favorecem?) sejam censurados por "encobrir a realidade com auxílio de um assim chamado formalismo".

Essa "unidade homogênea, indivisível, de todo o povo alemão", invocada pelo preâmbulo constitucional, é o prin-

cipal suporte da tese do presidente do *Reich* como guardião da Constituição. Pois do fato de que “a Constituição de Weimar é uma decisão política do povo alemão unitário enquanto detentor do poder constituinte” – sendo que em verdade essa Constituição é a resolução de um Parlamento cuja identidade com o “povo alemão unitário” só pode ser afirmada mediante a ficção da representação –, Schmitt conclui que “o problema do guardião da Constituição requer uma solução diferente da que pode ser oferecida por uma fictícia forma judiciária”. Ou seja: a solução é que o presidente do *Reich* seja o guardião da Constituição, pois ele, eleito por todo o povo, está destinado a “defender a unidade do povo como um todo político”, atuando como “contrapeso para o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos”, tendo também a possibilidade, pela indução do referendo popular, “de se ligar diretamente a essa vontade geral do povo alemão, de atuar como guardião e defensor da unidade e integridade constitucional do povo alemão. Mais tarde voltaremos a tratar do fato de que o presidente do *Reich* é definido aqui como “guardião da Constituição” num sentido que nunca poderá ser aplicado a um tribunal constitucional, e dentro do qual este nunca foi afirmado por ninguém, de modo que contrapor o presidente do *Reich* a um tribunal constitucional faz tão pouco sentido quanto afirmar que o exército, por ser a melhor defesa do Estado, torna desnecessários os hospitais. Bastará aqui afirmarmos que se a Constituição institui um tribunal constitucional, isto não é uma “fictícia forma judiciária”, mas sim a criação de uma instituição real; e que, se algo aqui pode ser qualificado de “fictício” é justamente a tal “unidade do povo”, a qual Schmitt – pretensamente imitando a Constituição – *pressupõe* como real, e ao mesmo tempo declara eliminada pelo sistema pluralista concretamente existente com o intuito de apresentar o chefe de Estado como remédio contra essa situação e como restaurador da referida unidade.

Representar a unidade do Estado de um modo visível exteriormente é sem dúvida a função que o chefe de Estado, segundo todas as Constituições que instituem um órgão tal, deve cumprir. Certamente, como diz Schmitt, “a posição do chefe de Estado está intimamente ligada à representação da unidade política na sua inteireza. Isso porém – numa compreensão realista, livre de qualquer ideologia – significa apenas que pertence à função do chefe de Estado expressar simbolicamente a demanda irrenunciável por uma unidade material, mais que formal do Estado. Podemos até mesmo ver aí a função principal desse órgão que as diferentes Constituições chamam de chefe de Estado. Essa função consiste não tanto nas competências materiais que são atribuídas a esse órgão, que deve exercê-las em conjunto com os ministros, como parte não-independente de um órgão composto (que não é absolutamente o órgão supremo, mas apenas um ao lado de outros órgãos supremos do Estado), quanto na sua denominação como *chefe* do Estado, *imperador*, *rei*, *presidente*, e nos privilégios honoríficos que lhe são atribuídos. A importância política dessa função não deve de maneira nenhuma ser subestimada. Contudo, significa tomar ideologia por realidade quando se vê – como faz Schmitt com relação à doutrina da monarquia constitucional – na instituição do chefe de Estado não simplesmente o símbolo de uma unidade do Estado postulada no plano ético-político, mas sim o produto ou o produtor de uma dada unidade real, no sentido de uma efetiva solidariedade de interesses. Pois esse é, de fato, o verdadeiro sentido da doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, que Schmitt transfere para o chefe de Estado republicano: mascarar o efetivo, radical contraste de interesses que se expressa na realidade dos partidos políticos, e mais importante ainda, na realidade do conflito de classes que está por trás destes. Em termos pseudodemocráticos, a fórmula dessa ficção seria algo assim: o

povo que forma o Estado é um coletivo unitário homogêneo e possui também um interesse coletivo unitário que se expressa numa vontade coletiva unitária. Essa vontade coletiva, que está além de qualquer conflito de interesses e, assim, acima dos partidos políticos – é a “verdadeira” vontade do Estado –, não é produzida pelo Parlamento; este é o cenário dos conflitos de interesses, da desagregação político-partidária (Schmitt diria “pluralista”). Seu artífice e instrumento é o chefe de Estado. O caráter ideológico dessa interpretação é evidente. Ela está já de saída em contradição com o fato de que a Constituição liga os atos do chefe de Estado à colaboração dos ministros, responsáveis perante o Parlamento. De resto, mesmo que houvesse atos autônomos do chefe de Estado, permaneceria sendo um mistério como nesses atos pode-se realizar uma harmonia de interesses que não existe em parte alguma, o interesse *objetivo* do Estado, que não é o interesse deste ou daquele grupo particular. Mesmo um plebiscito popular – provocado pelo chefe de Estado – exprime, na melhor das hipóteses, a vontade de uma maioria, que é apresentada como a *vontade geral do povo*, a típica ficção democrática.

Que todo chefe de Estado, na medida em que é independente dos grupos de interesses antagonísticos, buscará com seus atos uma linha mediana, isto é, a linha do acordo, é algo que se compreende por si mesmo. Essa atitude, de fato, assegura, via de regra, a sua própria posição. O seu poder “neutro”, porém, deve ser algo bem maior que a possibilidade de equilibrar interesses. E justamente essa possibilidade é notavelmente limitada pelo fato, já mencionado, de que ele não pode agir sem a colaboração dos ministros, que dependem da maioria parlamentar.

Se, com todo o realismo e sem qualquer verniz ideológico, enxergamos a “neutralidade” do chefe de Estado nessa possibilidade de influenciar a vontade estatal na direção de

um acordo – garantida por sua independência dos partidos políticos – temos de admitir que as condições para isso encontram-se em maior grau num monarca hereditário do que num presidente de Estado eleito e reelegível. A eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência. Concluir – a partir do fato de que o chefe de Estado é eleito pelo povo, isto é, na verdade nomeado por uma maioria, por vezes mesmo por uma minoria do povo em luta com outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unitário é portanto discutível, não apenas porque tal vontade geral não existe, mas também porque justamente a eleição não representa nenhuma garantia para uma função do chefe de Estado de equilibrar interesses em conflito. Se esta, via de regra, de fato se manifesta, é apesar desse método de nomeação. Enxergar na eleição uma garantia de independência, como faz Schmitt, só é mesmo possível se fecharmos os olhos para a realidade. Tampouco se deve superestimar os outros meios que as Constituições de repúblicas democráticas oferecem para garantir a independência do chefe de Estado eleito, tais como um mandato longo e uma destituição mais difícil, tanto mais que eles, em parte, são paralisados pela possibilidade de reeleição prevista constitucionalmente. Mesmo a estipulação de incompatibilidades, à qual Schmitt atribui especial importância, não tem grande peso; sobretudo se estiver proibida a filiação a corporações legislativas, mas não a organizações políticas: uma proibição de pouco significado prático. Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida do que a do juiz ou do funcionário. Não se pode, sobretudo, desvalorizar a neutralidade do juiz de carreira em favor da do chefe de Estado com o argumento de que “Os verdadei-

ros detentores do poder político podem facilmente obter a influência necessária sobre o preenchimento dos postos de juízes e a nomeação dos peritos. Se o conseguem, a resolução em forma judiciária ou técnica das controvérsias torna-se um cómodo instrumento político, e isso é o oposto do que na verdade se objetivava com a neutralização”. Ora, os juízes são, via de regra, nomeados pelo chefe de Estado; não é este o “verdadeiro” detentor do poder político? E se apenas os partidos políticos o são, então a ausência de neutralidade dos juízes não pressupõe a ausência de neutralidade da instância que o nomeia? “Do ponto de vista prático”, opina Schmitt, “é sempre um inibidor notável dos métodos político-partidários de preenchimento de cargos quando não é o companheiro de partido transformado em ministro aquele que nomeia os funcionários, mas sim um chefe de Estado independente do Parlamento, ou seja, de um partido”. Onde, porém, está a garantia de que um “companheiro de partido” não seja eleito chefe de Estado, e desde quando os partidos políticos não têm a possibilidade, também fora do Parlamento, de tornar dependentes os órgãos eleitos por eles ou com sua ajuda? Se a neutralidade garantida através da “independência” é a precondição essencial para a função de guardião da Constituição, então o chefe de Estado não possui nenhuma vantagem – pelo menos – em relação a um tribunal independente, e isso deixando-se totalmente de lado um fator que, embora não deva ser superestimado, pode muito bem fundamentar uma certa superioridade do tribunal: o fato de que o juiz é impelido à neutralidade já por sua ética profissional.

Como Schmitt não pode provar que o chefe de Estado é em maior medida independente e neutro do que o judiciário e o funcionalismo público, declara finalmente: “Tanto o judiciário como o funcionalismo de carreira são sobrecarregados de um modo insustentável quando se acumulam sobre

eles todas as tarefas e decisões políticas para as quais se deseja independência e neutralidade partidária". Essa mudança da qualidade para a quantidade, porém, é totalmente inadmissível e não prova absolutamente nada. Não se pode comparar todo o judiciário a um camelo que desabarará no chão se lhe pusermos em cima o fardo adicional da jurisdição constitucional. Não é a jurisdição enquanto tal que está em questão, mas sim um único tribunal; as tarefas deste não sobrecarregam a "jurisdição", a qual não existe como quantidade, é uma abstração, e enquanto tal não pode ser sobrecarregada, mas sim somente aquele tribunal concreto, o qual Schmitt, no entanto, provou anteriormente não ser uma autoridade judiciária. E trata-se somente de saber quem é mais independente e neutro: esse tribunal ou o chefe de Estado. Através da imagem distorcida de uma sobrecarga da jurisdição, Schmitt procura inutilmente esquivar-se de admitir que não conseguiu comprovar sua tese do "chefe de Estado como guardião da Constituição" com o argumento de que ele estaria mais apto a protegê-la por possuir em maior medida que o tribunal a qualidade da independência e, portanto, da neutralidade. Antes, a própria fórmula com que Schmitt define a essência da "neutralidade", que seria pressuposto para a tarefa de guardião da Constituição, adapta-se justamente a um tribunal constitucional, militando diretamente contra o chefe de Estado. Diz ele que "num Estado de direito com poderes separados, não é lógico confiar adicionalmente essa função (a de guardião da Constituição) a um dos poderes existentes, pois em tal caso esse poder ganharia preponderância sobre os outros e poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle, tomando-se assim o senhor da Constituição. É preciso, portanto, introduzir um poder neutro especial ao lado dos outros poderes, combinando-o e equilibrando-o com estes através de atribuições específicas". Ora, então o chefe de Estado não é um dos "poderes existentes",

sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento e presidente do *Reich* (em conjunto com os ministros)? E justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do *pouvoir neutre* do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.

XI. Que o chefe de Estado, no âmbito de uma Constituição do tipo da de Weimar, não seja exatamente o órgão mais indicado para a função de controle constitucional; que particularmente quanto à independência e neutralidade, ele não possua qualquer vantagem diante de um tribunal constitucional, é antes confirmado do que desmentido pelo escrito de Schmitt. Porém Schmitt não apenas afirma que o chefe de Estado é o órgão mais apto a ser o guardião da Constituição, mas também que, segundo a Constituição vigente, o guardião é o presidente do *Reich* e apenas ele. Ninguém negará que ele também o é, que funciona como garante da Constituição ao lado do Tribunal Federal instituído pelo art. 19, ou da outra corte aqui mencionada e ao lado dos tribunais civis, criminais e administrativos que exercem um direito de controle material sobre as leis, na medida em que

possui, ao lado desses órgãos, a missão de examinar a constitucionalidade das leis e de outros atos. Ele a cumpre quando, de acordo com o art. 70, nega a promulgação de uma deliberação legislativa contrária à Constituição ou quando, de acordo com o art. 48-1 e com ajuda das Força Armadas, obriga ao cumprimento dos seus deveres um estado que tenha ferido a Constituição do *Reich*; isso na pressuposição de que ele não se limite a meramente executar a decisão de um tribunal que, em processo objetivo, tenha previamente constatado a violação constitucional, ou seja, que o presidente do *Reich* não atue apenas como órgão executivo de um guardião da Constituição (como por exemplo o presidente federal segundo o art. 146 da Constituição federal austríaca)¹². Declarar o presidente do *Reich* como único guardião da Constituição contraria as mais claras disposições da Constituição do *Reich*. Schmitt afirma incidentalmente: “Quando nas Constituições alemãs do século XIX se prevê, ao lado de outras garantias, um tribunal especial do Estado para a proteção judiciária da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que esse tipo de proteção pode apenas representar uma parte das instituições de proteção e garantia da Constituição, e que seria uma sumária superficialidade esquecer, em função dessa proteção judiciária, os estreitíssimos limites de qualquer jurisdição e as muitas outras espécies e métodos de garantia constitucional”. Como porém ninguém afirmou que o tribunal constitucional seria o único guardião da Constituição, podemos com maior direito dizer: 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

12. Cf. a esse respeito Kelsen, *Die Bundesexekution*, 1927, pp. 167 ss. Traduzido neste volume com o título “A intervenção federal”.

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!

A tese de que apenas o presidente do *Reich* é o guardião da Constituição somente pode alcançar aparente justificação na medida em que seja dado a esse conceito de “guardião da Constituição” – isto é, de órgão que deve assegurar a constitucionalidade de certos atos de Estado, ao mesmo tempo reagindo contra violações constitucionais – um significado que jamais tenha tido ou possa ter ligação com a expressão, se é que o presidente do *Reich* deve ser contraposto como guardião da Constituição a um tribunal constitucional e se é que Schmitt pode dizer: “Antes portanto que se possa instituir, para questões e conflitos eminentemente políticos, uma corte como guardiã da Constituição, sobrecarregando e ameaçando a jurisdição com tal politização, se deveria primeiro recordar o conteúdo positivo da Constituição de Weimar e seu sistema de legislação constitucional. Segundo o seu conteúdo atual, existe já um guardião da Constituição, qual seja, o presidente do *Reich*”. Chama inevitavelmente a atenção o fato de que Schmitt, entre as atribuições do presidente do *Reich* em que deve manifestar-se sua função como guardião da Constituição, enumera também aquelas que não têm absolutamente nada a ver com uma garantia da Constituição. Schmitt, de fato, enxerga a função de guardião da Constituição no exercício de quase todas as atribuições que a Constituição concede ao presidente do *Reich*. É assim com a competência prevista pelos arts. 45 ss., isto é, a representação no exterior, a declaração de guerra, a conclusão da paz, a nomeação de funcionários, o comando supremo das Forças Armadas, etc.; a dissolução do *Reichstag* prevista no art. 43; a convocação de plebiscito popular se-

gundo o art. 73; e, especialmente, tudo que o chefe de Estado (em conjunto com os ministros) é autorizado a fazer pelo art. 48 – e não apenas pela sua cláusula 1^a. Se o presidente do *Reich* “protege” a Constituição ao exercer todas essas funções que ela lhe confia, então “guardião da Constituição” não significa senão “executor da Constituição”. Nesse caso, porém, o *Reichstag* e outros órgãos diretamente subordinados à Constituição são tão “guardiães da Constituição” quanto o presidente do *Reich*, e no mesmo sentido se poderia denominar os tribunais e autoridades administrativas como “guardiães” das leis. Afinal, Schmitt acredita reconhecer aquela função também na fórmula de juramento do art. 42, eis que considera o presidente do *Reich* como guardião da Constituição também porque este jura que irá “defender” a Constituição. O art. 42, contudo, não diz – como cita Schmitt – “defender a Constituição”, mas sim “defender a Constituição e as leis do *Reich*”, o que não significa outra coisa que cumprir a Constituição e as leis, exercer as próprias funções de modo constitucional e legal. Nesse sentido, o presidente do *Reich* é “guardião” tanto da Constituição quanto das leis. E, na realidade, a argumentação de Schmitt acaba fundamentalmente distinguindo a função de apenas um dos órgãos criados pela Constituição para sua própria execução imediata, a posição de apenas um desses órgãos mantenedores da Constituição, ou seja, a competência funcional do presidente do *Reich* – ou, mais precisamente, do governo composto pelo presidente e os ministros do *Reich* –, em detrimento das competências funcionais de todos os outros órgãos diretamente subordinados à Constituição, particularmente o *Reichstag*, na medida em que qualifica como função do “guardião da Constituição” apenas a primeira, porém não as últimas. Desse modo, ele não apenas empresta uma aura mais sublime à referida função, mas desperta também a impressão de que um controle da constitucionalidade dos atos

daquele órgão – e tal controle é plenamente possível na medida em que sua função não é de controle – seria no mínimo supérfluo. “Guardião da Constituição”, no sentido originário da expressão, significa garante da Constituição. Guardar o “guardião” seria o primeiro passo de um absurdo *regressus ad infinitum* de política do direito. No entanto Schmitt compreende, em seu conceito de guardião da Constituição, funções totalmente diversas do controle constitucional, colocando mesmo a ênfase justamente sobre essas outras funções.

O verdadeiro sentido que Schmitt liga ao conceito de “guardião da Constituição” por ele introduzido na discussão sobre a garantia constitucional – aquele do qual ele depende mais que de qualquer um – aparece de modo mais nítido e preciso na passagem de seu escrito em que ele crê haver dado o golpe de misericórdia na idéia de jurisdição constitucional, ou seja, ali onde liquida essa instituição como antidemocrática. Explica ele que “é um abuso dos conceitos de forma judiciária e jurisdição, bem como da garantia institucional dos funcionários de carreira da Alemanha, quando, em todos os casos nos quais, por motivos práticos, a independência e a neutralidade parecem ser convenientes ou necessárias, se quer logo implantar um tribunal com juristas de carreira e uma forma judiciária”. E depois de apresentar a opinião, já referida num contexto anterior, de que desse modo “a jurisdição” é “sobrecarregada” num nível inaceitável, ele arma o golpe mais forte que, do ponto de vista do princípio democrático, aceito por Schmitt, se pode vibrar no plano da política do direito contra a criação de um tribunal constitucional: “Além disso, a instituição de semelhante guardião da Constituição” – repare-se: um semelhante tribunal constitucional também seria um “guardião da Constituição”, ainda que muito pior que o presidente do *Reich*; Schmitt de fato utiliza o conceito de maneira univer-

sal, também nesse sentido! – “seria diretamente contrária à coerência política do princípio democrático.” Por que um tribunal constitucional seria um guardião antidemocrático da Constituição, menos democrático que o chefe de Estado? O caráter democrático de um tribunal constitucional, não diferente daquele do chefe de Estado, só poderá depender do modo de sua nomeação e de sua posição jurídica. Caso se queira dar uma configuração democrática a esse tribunal, nada impede que o façamos ser eleito pelo povo, como o chefe de Estado, e que se dê a seus membros tão pouco quanto ao chefe de Estado a posição de funcionários de carreira; ainda que certamente pudesse permanecer a questão sobre se tal modo de criar e qualificar o órgão seria o mais conveniente, considerando-se a sua função. Tais ponderações, porém, valem também para o chefe de Estado. Seja como for, não é possível afirmar que um tribunal não possa ser estruturado de modo tão democrático quanto qualquer outro órgão. Quando Schmitt opina que: “Do ponto de vista democrático dificilmente seria possível confiar tais funções a uma aristocracia da toga”, tal objeção é liquidada simplesmente pelo fato de que um tribunal constitucional eleito pelo povo, ou apenas pelo parlamento – como, por exemplo, a Corte Constitucional austríaca nos moldes da Constituição de 1920 –, é tudo menos uma “aristocracia da toga”. Mas segundo a exposição de Schmitt, um tribunal constitucional parece antidemocrático não apenas porque supostamente tem que ser organizado de modo burocrático-aristocrático, mas também por uma outra razão, a qual embora Schmitt não maneje expressamente a fim de sustentar o referido caráter antidemocrático, deixa ter este sentido ao menos de modo tácito, eis que liga tal argumento diretamente à afirmação de que a instituição de um tribunal constitucional seria contrária ao princípio democrático; no âmbito da democracia parlamentar-plebiscitária do século XX – assim sustenta Schmitt –

um tribunal constitucional não estaria, como na monarquia constitucional do século XIX, voltado “contra um monarca, mas sim contra o Parlamento”. Enquanto em relação ao monarca a jurisdição pôde ter sucesso, não poderia ser seriamente considerada “como contrapeso ao Parlamento”, pois “a necessidade de instituições estáveis e de um contrapeso ao parlamento se configura hoje, na Alemanha, como um problema totalmente diverso do controle do monarca. Isso vale tanto para o direito de controle judiciário geral e difuso como para o controle concentrado numa única instância”. Este certamente é um dos mais assombrosos raciocínios desse livro, que não é pobre em surpresas lógicas. A afirmação de que um tribunal constitucional teria que fazer frente apenas ao Parlamento, e não também ao governo, está em contradição direta com a realidade. Se Schmitt tivesse se ocupado um pouco mais atentamente da *solução austríaca*, que dele merece apenas uma irônica menção, saberia que esse tribunal, por sua jurisprudência, entrou em conflito *justamente com o governo*, conflito esse que ameaça sua própria existência. Mas todo o escrito de Schmitt está imbuído da tendência de ignorar a possibilidade de uma violação da Constituição pelo chefe de Estado ou pelo governo, possibilidade que existe justamente em relação a uma Constituição que tem entre suas disposições mais importantes um artigo como o 48. Na medida, porém, em que Schmitt sustenta sua tese, não demonstrada e indemonstrável, de que um tribunal constitucional faria frente apenas ao Parlamento, ele reinterpretar a função desse “guardião da Constituição”, mudando-a de um controle da constitucionalidade de atos de Estado, particularmente de leis (*note-se*: promulgadas pelo chefe de Estado), para um “contrapeso ao Parlamento”. Esse é realmente o papel que a Constituição de Weimar destina ao presidente do *Reich*, ou melhor dizendo, assim se pode avaliar politicamente a posição, em termos de direito pú-

blico, que o presidente do *Reich* possui segundo a Constituição; não é, contudo, a função de um tribunal constitucional, ou seja: nesse sentido não se poderá nunca afirmar que um tribunal constitucional, de acordo com a intenção da Constituição que o institui, deve atuar como “contrapeso ao Parlamento”. O fato de que esse tribunal não pode desempenhar uma função nunca imaginada nem imaginável para si não depõe naturalmente em nada contra essa instituição, a qual por essa mesma razão pode existir ao lado de um chefe de Estado que atue como “contrapeso ao Parlamento”, sendo assim, justamente pela existência de um tal “contrapeso”, duplamente necessária.

XII. Nesta altura, porém, fica mesmo claro o que Schmitt efetivamente entende por “guardião da Constituição”. Nada, simplesmente nada que pudesse justificar a contraposição do presidente do *Reich* enquanto “guardião da Constituição” a um tribunal constitucional – que também controla tal “guardião” –, impossibilitando que esse tribunal seja “guardião” ao declarar o presidente como tal, como se se tratasse da mesma função, para a qual procuraríamos e encontraríamos no chefe de Estado apenas um titular mais idôneo, como faz Schmitt quando assim formula o resultado de sua investigação: “Antes de propor um tribunal como guardião da Constituição, tarefa para a qual não é próprio, deve-se lembrar que a Constituição já indica o presidente do *Reich* para essa função”. Se o presidente do *Reich* – e isso certamente não precisa ser negado – é concebido pela Constituição como “contrapeso ao Parlamento”, não se pode qualificar essa função como de “guardião da Constituição”, se também se denomina do mesmo modo a garantia da Constituição mediante um tribunal constitucional. Não se trata de uma mera questão de precisão terminológica, pois é nesse equívoco inadmissível que Schmitt vai buscar um de seus principais argumentos contra a instituição da jurisdição constitucional.

E essa argumentação lhe permite não apenas superestimar a competência funcional do presidente do *Reich* – um dos dois mantenedores principais da Constituição –, mas também subestimar a do outro, o Parlamento. Se o parlamento, como diz Schmitt, é o “cenário do sistema pluralista” por ser o terreno onde os conflitos de interesses se exprimem na luta dos grupos de interesses organizados em partidos políticos para influenciar a vontade estatal, esse é um processo que, não obstante todos os perigos que poderia comportar para uma formação benéfica da vontade do Estado, não pode ser qualificado de inconstitucional. A Constituição de Weimar criou de fato não só o presidente do *Reich*, “eleito por todo o povo”, mas também, e mesmo em primeiro lugar, o *Reichstag*, eleito por esse mesmo povo, e portanto aquele sistema que Schmitt qualifica de “pluralista”. Se a Constituição institui o presidente como “contrapeso” ao *Reichstag*, é apenas porque coloca este último, e portanto o sistema “pluralista” que necessariamente vem ligado a ele, como “peso” no jogo das forças políticas.

Esse sistema pode parecer pernicioso do ponto de vista de um ideal político qualquer; porém declará-lo inconstitucional por isso e apenas por isso é um abuso jusnaturalista de uma categoria que só tem sentido em termos de direito positivo. O sistema em questão não seria inconstitucional nem se o Parlamento, por falta de uma maioria estável ou por obstrução de uma minoria, fosse incapaz de trabalhar; tanto mais se a Constituição, nesse caso, indica o chefe de Estado como órgão substituto, o que, segundo a interpretação que Schmitt faz da Constituição de Weimar, seria legal. Exatamente do mesmo modo como não se tem uma violação da Constituição e o órgão substituto não pode ser considerado guardião da Constituição quando o monarca constitucional fica incapaz de trabalhar (p. ex. a Baviera sob Luís II). Porém é justamente este o sentido que o conceito de “guardião da Constituição” assume em Schmitt. E como o presidente

do *Reich*, com o complexo de competências que lhe atribui a Constituição, e particularmente por causa de seu poder de atuar como substituto do *Reichstag*, é declarado guardião da Constituição – e apenas ele, excluído o segundo (ou melhor, o primeiro) mantenedor da constituição, o *Reichstag* – a função desse *Reichstag* que “forma o cenário do sistema pluralista”, a qual, de modo exclusivo e unilateral, é contraposta como “centrífuga” à função centrípeta do presidente, sendo assim colocada como contrária à defesa da Constituição, deve aparecer pura e simplesmente como ilegal. A partir do “sistema pluralista”, uma categoria sociológica originalmente não-valorativa, se deduzem inopinadamente os “métodos dissolutivos do Estado próprios do Estado pluralista de partidos”, os “métodos destruidores da Constituição próprios do sistema pluralista” e, por fim, o “pluralismo inconstitucional”, sendo tarefa do presidente “salvar” o Estado de tudo isso. A “Constituição” não consiste nas normas que regulam os órgãos e o procedimento legislativos, assim como a posição e competência dos supremos órgãos executivos não consiste em normas ou “leis”. A “Constituição” é um estado de coisas, o estado da “unidade” do povo alemão. Em que consiste essa “unidade”, que tem um caráter material, não meramente formal, não é dito com mais precisão, mas só pode ser um estado de coisas desejado por apenas um determinado ponto de vista político. No lugar do conceito positivo de Constituição introduz-se a “unidade” como um ideal jusnaturalista. Com a ajuda desse ideal pode-se interpretar como quebra da Constituição o sistema pluralista cujo cenário é o Parlamento – e com isso a função desse mantenedor da Constituição, pois ela, entrando no lugar da Constituição, destrói ou ameaça a “unidade” – e a função do chefe de Estado como salvaguarda da Constituição, pois ela restaura ou defende a “unidade”. Tal interpretação da Constituição não pode culminar senão na apoteose do art. 48. Seu resultado –

tanto mais paradoxal se não for intencional — é que o elemento que “no *Reich* alemão perturba ou ameaça notavelmente a segurança e a ordem públicas” é o sistema pluralista, ou falando claramente, o *Reichstag*, cuja verdadeira função parece consistir, por ser essencialmente “pluralista”, em satisfazer permanentemente a condição que a Constituição de Weimar vincula à aplicação do art. 48-2¹³.

Dos dois titulares do poder estatal instituídos pela Constituição, um torna-se inimigo e o outro amigo do Estado; um quer destruí-lo, isto é, destruir sua “unidade”, e o outro quer

13. Que o sistema parlamentarista não fracassou em toda parte é comprovado com uma olhada sobre a Áustria, a França, a Inglaterra e os Estados nórdicos. Não obstante, Schmitt acredita poder proferir, sem restrições, a sentença de morte do parlamentarismo em si. O método que utiliza para tal fim é o de uma dialética francamente mística: “O Parlamento, a corporação legislativa, o titular e ponto central do Estado legislativo, no mesmo instante em que sua vitória pareceu completa, tornou-se uma criação contraditória em si mesma, que nega seus próprios pressupostos e os pressupostos de sua própria vitória. A posição e preponderância que mantinha até então, seu ímpeto de expansão sobre o governo, seu apresentar-se em nome do povo, tudo isso pressupunha uma diferenciação entre Estado e sociedade que após a vitória do Parlamento não subsistiu, em todo caso não nessa forma. Sua unidade, até mesmo sua identificação consigo mesmo, eram determinadas até então pelo seu antagonista político interno, o antigo Estado militar e burocrático da monarquia. Quando este deixou de existir, o Parlamento, por assim dizer, se despedaçou por dentro”. Se identificamos o Parlamento com a “sociedade” voltada contra o Estado, e se o “Estado total” significa a eliminação desse antagonismo, então não há, no Estado total, segundo a lógica dessa filosofia social, lugar para o Parlamento. Para o caso porém de concebermos a idéia de que a eliminação do antagonismo entre Estado e sociedade e, assim, o Estado total, pudesse também ser realizado por parte de um Parlamento que expandisse sua competência e mantivesse “sua unidade, até mesmo sua identificação consigo mesmo” ao colocar-se como órgão estatal máximo que concentrasse em si todos os poderes, aí observa-se que “O Estado agora é, como se costuma dizer, auto-organização da sociedade, contudo devemos indagar de que modo a sociedade que se auto-organiza atinge a unidade, e se a unidade é de fato o resultado da auto-organização. Pois auto-organização é, em primeiro lugar, apenas um postulado e um procedimento caracterizado pela oposição a métodos precedentes, hoje não mais existentes, de formação da vanta-

defendê-lo de tal destruição: um é o violador, o outro é o guardião da Constituição. Isso não tem nada mais a ver com uma interpretação de Constituição em termos de direito positivo; trata-se da mitologia de Ormazd e Ariman * com roupagens de direito público.

Essa análise crítica, naturalmente, não deseja nem pode colocar em questão o valor político que em determinadas circunstâncias possuem a busca da máxima expansão possível do poder do presidente do *Reich*, isto é, do governo, e a conseqüente rejeição de uma jurisdição constitucional. O escrito de Schmitt é objeto desta crítica não porque sirva a esse escopo, o qual não deve em absoluto ser rebaixado aqui como "político-partidário", mas sim apenas porque se serve, para tal escopo político, de certos métodos que se apresentam como conhecimento sociológico e interpretação constitucional dentro da teoria do Estado, em resumo, como "discussão científica" da matéria. Esta crítica deve mostrar,

de e unidade do Estado, portanto caracterizados apenas de maneira negativa e polêmica. A identidade expressa na palavra 'auto' e que é unida lingüisticamente a 'organização', não tem por que necessariamente e em qualquer caso concretizar-se, nem como unidade da sociedade em si, nem como unidade do Estado. Existem também, como temos visto com bastante freqüência, organizações infrutíferas e ineficazes". — A "unidade" do Estado total não pode então ser produzida pelo Parlamento, mas apenas pelo chefe de Estado! Para uma crítica que parta de um ponto de vista político oposto, por exemplo uma crítica marxista, não é difícil desmascarar tal argumentação como ideologia. Esse Parlamento, que no instante de sua vitória se despedaça misteriosamente por dentro e torna-se uma criação que nega seus próprios pressupostos apenas porque não precisa mais dividir o poder com um monarca, não seria esse parlamento simplesmente a expressão do fato de que a burguesia, onde quer que o Parlamento, pela configuração da luta de classes, deixa de ser um útil instrumento político de dominação de classe, modifica seu próprio ideal político e passa da democracia à ditadura?

* Ormazd e Ariman: na concepção dualística do zoroastrismo, respectivamente, a divindade criadora suprema e o espírito do mal em eterna luta com seu equivalente benigno. (N. do T.)

com um exemplo particularmente instrutivo e altamente sintomático da situação atual da nossa teoria do Estado e do direito público, o quanto se justifica a busca de uma separação a mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político. A mistura entre ciência e política como princípio, tão em voga hoje em dia, é o método típico da moderna construção ideológica. Do ponto de vista do conhecimento científico, ela deve ser refutada também quando – como no mais das vezes e certamente também no presente caso – é feita de modo totalmente inconsciente. Diante da consciência crítica aguçada de nossa época, esse método político não pode, a longo prazo, servir de nada; pois ele é muito facilmente desmascarado pelo adversário político ou então é utilizado para uma legitimação igualmente discutível dos objetivos opostos. Mas por isso mesmo ele pode prejudicar tanto mais sensivelmente a ciência; pois todo o valor da ciência – em função do qual a política procura sempre ligar-se a ela, e justamente pelos melhores motivos éticos, porque no interesse de algo tido como bom – esse valor, que é um valor intrínseco, de todo distinto daquele outro ético-político, não resiste se a ciência, dentro desse conflito quase trágico para ela, não tiver a força de subtrair-se à sedutora união com a política.

O controle judicial da constitucionalidade

*(Um estudo comparado das
Constituições austríaca e americana)**

* Esse texto foi publicado originalmente em inglês, sob o título "A comparative study of the Austrian and the American Constitution", no *Journal of Politics*, em maio de 1942, pp. 183-200.

I.

A Constituição austríaca discutida aqui é a de 1.º de outubro de 1920, conforme vigorava em 1.º de janeiro de 1930; nesse dia o texto da Constituição foi oficialmente publicado, por ato do chanceler austríaco, no jornal oficial. As emendas posteriores não serão aqui consideradas, porque foram promulgadas sob um regime semifascista e tendiam a restringir o controle democrático da constitucionalidade da legislação.

A Constituição austríaca de 1920-30 estabeleceu garantias para assegurar a constitucionalidade não apenas de leis, mas também de decretos. Estes eram normas legais gerais promulgadas por órgãos administrativos, e não por um Parlamento, ou seja, um órgão legislativo. Na Áustria, assim como em outros países da Europa, esses decretos desempenhavam um papel muito mais amplo que nos Estados Unidos. Havia dois tipos de decretos: os baseados em leis, cuja função era executá-los, e os que, tal como as leis, eram promulgados diretamente "com base na Constituição", isto é, editados no lugar das leis. A importância dos decretos deve-se à posição particular que as autoridades administrativas ocupam nos sistemas legais do continente europeu, onde possuem, na sua capacidade de órgãos aplicadores da lei, o mesmo grau

hierárquico das cortes. O ato administrativo tem, em princípio, o mesmo efeito legal de uma decisão judicial. Além disso, as autoridades administrativas, em especial as mais altas, como o chefe de Estado e os ministros, têm o poder de editar normas legais gerais, sendo que tais normas – os decretos administrativos – têm o mesmo efeito legal das leis. As autoridades administrativas, portanto, são órgãos não apenas aplicadores, mas também criadores das leis, tendo uma competência da mesma natureza dos órgãos legislativos.

Decretos editados “diretamente com base na Constituição” podiam ser inconstitucionais do mesmo modo que as leis. Decretos editados “com base nas leis” eram ilegais se não correspondessem à lei. Como a Constituição estabelecia que os decretos editados com base nas leis a elas deveriam corresponder, a promulgação de um decreto ilegal era uma violação da Constituição. A ilegalidade de decretos promulgados com base nas leis era uma inconstitucionalidade indireta.

Num sistema legal como o descrito, a revisão judicial dos decretos é ainda mais importante que a das leis, pois o perigo de que os órgãos administrativos excedam os limites de seu poder de criar normas legais gerais é muito maior que o perigo de que se promulgue uma lei inconstitucional.

Tão logo os órgãos administrativos dos Estados Unidos, no curso da evolução político-econômica atual, atinjam uma posição jurídica similar à de seus correspondentes europeus, o problema da inconstitucionalidade de decretos assumirá uma importância muito maior que a observada hoje em dia.

II.

A constitucionalidade da legislação (entendida no sentido mais amplo, abrangendo portanto a promulgação de decretos) pode ser garantida por dois meios distintos: a responsa-

bilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação dessa norma. A Constituição austríaca previa os dois meios. Apenas o último interessa-nos aqui. A inaplicação da norma inconstitucional podia ocorrer ao se autorizar os órgãos aplicadores das leis a verificar a sua constitucionalidade num caso concreto, e a deixarem de aplicá-la nesse caso se concluíssem que era inconstitucional. Essa é, em princípio, a situação legal nos Estados Unidos.

O fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém apenas para ele, pois a norma geral enquanto tal – a lei, o decreto – continua válida e pode, portanto, ser aplicada em outros casos concretos.

A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei¹ e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.

Antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, as cortes austríacas tinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis apenas no concernente à sua adequada publicação. Contudo, o poder que tinham de se pronunciar a respeito da legalidade e, logo, da constitucionalidade dos decretos, não era restringido. Uma revisão judicial da legislação, portanto, só era possível dentro de limites bastante estreitos, e

1. O termo "lei" será usado a seguir num sentido que compreende também os decretos, a não ser que se faça uma distinção expressa entre os dois conceitos.

ampliar essa instituição foi um dos objetivos da reforma constitucional de 1920. Não se considerou desejável garantir a toda corte o poder ilimitado de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis. O perigo antes mencionado da falta de uniformidade em questões constitucionais era grande demais, pois na Áustria, bem como em outros países do continente europeu, as autoridades administrativas não tinham poder de controlar a constitucionalidade das leis, sendo obrigadas, portanto, a aplicar uma lei mesmo que um tribunal, por exemplo a Suprema Corte, a tivesse declarado inconstitucional. Deve-se acrescentar que na Áustria, assim como em vários outros países europeus, havia outras cortes além das ordinárias, em especial cortes administrativas que ocasionalmente tinham que aplicar as mesmas leis que as cortes ordinárias, de modo que uma contradição entre estas e aquelas não era de modo algum impossível. O fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da corte ordinária mais alta – *Oberster Gerichtshof* –, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar uma lei que o *Oberster Gerichtshof* tivesse previamente declarado inconstitucional, e, portanto, deixado de aplicar num caso específico. O próprio *Oberster Gerichtshof* não estava sujeito à norma do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico podia ser declarada constitucional e aplicada noutro caso por essa mesma corte. Pelas razões expostas, uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição.

A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim-chamada Corte Constitucional [*Verfassungsgerichtshof*]. Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anu-

lar a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas *ex nunc*; não tinha – a não ser por uma exceção de que trataremos adiante – força retroativa. Esta dificilmente poderia ser justificada, não apenas pelas conseqüências críticas de qualquer efeito retroativo, mas especialmente porque a decisão dizia respeito a um ato do legislador, e o legislador também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito a um controle judicial. Enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo.

A regra segundo a qual a decisão da anulatória de uma lei não possuía força retroativa, apresentava uma exceção. A lei anulada pela decisão da corte não podia mais ser aplicada ao caso que provocara sua revisão e anulação. Uma vez que o caso ocorrera antes da anulação, esta era, em relação ao referido caso, retroativa em sua eficácia.

A decisão de anulação tornava-se efetiva no dia de sua publicação, a não ser que a Corte estabelecesse um adiamento, o qual não poderia exceder um ano (arts. 140-3). Esse prazo permitia à legislatura substituir a lei impugnada por uma nova que fosse constitucional, antes que a anulação se tornasse efetiva. Se o caso que provocara a revisão judicial fosse decidido antes de entrar em vigor a anulação da lei, esta deveria ser aplicada. A anulação aí não tinha tampouco qualquer força retroativa com respeito ao caso.

A decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Era

um ato negativo de legislação. Uma vez que a Constituição conferia à Corte Constitucional uma função legislativa, isto é, uma função em princípio reservada ao Parlamento, a carta de 1920 estabelecia que os membros da referida Corte deveriam ser eleitos pelo próprio Parlamento, e não, como os outros juízes, nomeados pelo executivo. O Parlamento austríaco, de acordo com o caráter federativo da Constituição, era composto de uma Câmara de Representantes [*Nationalrat*] e um Senado [*Bundesrat*]. Em consequência, o presidente, o vice-presidente e metade dos membros da corte eram eleitos pela Câmara de Representantes, sendo a outra metade dos juízes eleita pelo Senado (art. 147). Esse modo de compor a Corte foi aceito a fim de torná-la tão independente quanto possível do executivo. Essa independência era necessária porque a Corte tinha controle sobre diferentes atos administrativos, em especial a revisão judicial dos decretos emitidos pelo chefe de Estado, o primeiro-ministro e os outros ministros, e o poder de emitir tais decretos era de suma importância política. Através de um uso impróprio desse poder, o executivo poderia facilmente suprimir o Parlamento e assim eliminar a base democrática do Estado².

A reforma da constituição austríaca em 1929 não foi, de modo algum, dirigida contra a Corte Constitucional em virtude de um conflito entre esta e o executivo. A emenda não alterou a jurisdição da Corte: estabeleceu que seus membros não seriam mais eleitos pelo Parlamento, mas sim indicados pelo executivo (art. 65 da lei federal de 7 de dezembro de 1929). A velha Corte foi, com efeito, dissolvida e subs-

2. O uso impróprio do art. 48 da Constituição de Weimar, que autorizava o governo a promulgar decretos de necessidade, foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã e se preparou o advento do regime nacional-socialista. Cabe mencionar que a Constituição austríaca semifascista de 1934 foi promulgada por um decreto do governo (de 24 de abril de 1934, livro I, 239).

tituída por outra, cujos membros eram quase todos correligionários do executivo. Este foi o início de uma evolução política que inevitavelmente levou ao fascismo, sendo responsável pelo fato de não ter havido resistência contra a anexação da Áustria pelos nazistas.

III.

Embora as cortes dos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional, o perigo de uma prática contraditória pelos órgãos aplicadores da lei ali não é tão grande como era na Áustria antes do estabelecimento da Corte Constitucional. Em primeiro lugar, como neste país não há órgãos administrativos independentes das cortes, a força obrigatória de um ato administrativo (em especial uma ordem, um decreto, etc.) depende em última instância da decisão de uma corte à qual o indivíduo envolvido pelo ato administrativo possa apelar. Além disso, não há cortes administrativas distintas das cortes ordinárias. Em terceiro lugar, as decisões da Suprema Corte têm caráter obrigatório para todas as outras cortes. Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei. Porém a norma de *stare decisis* não é de modo algum absoluta. Não está bem claro até que ponto sua validade é reconhecida. Acima de tudo, admite-se que ela não é válida no caso de interpretação da Constituição. "Questões constitucionais estão sempre abertas a exame."³ Portanto é possível que a Suprema Corte de-

3. *O.V. and S.K.R.R. versus Morgan County*, 53, Mo. 156 (1873).

clare uma mesma lei constitucional num caso e inconstitucional noutro, ou vice-versa. O mesmo é verdade no que concerne às outras cortes. Tais casos têm, com efeito, ocorrido⁴. Não está excluída também a possibilidade de que uma corte inferior, em particular uma corte estadual, decida a questão da constitucionalidade de uma lei sem que o caso seja trazido perante a Suprema Corte, e que esta, ao examinar a lei dentro de outro caso, decida a questão de forma contrária. Nesse caso o princípio da *res judicata* impossibilita a outra corte de adaptar sua decisão prévia àquela da Suprema Corte.

Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula *ab initio*. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é “nulo” se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser “nulo” significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade. A anulação pode ser retroativa e o ordenamento

4. Por exemplo: *Denney versus State*, 144 Ind. 503, 42 N. E. 929 (1896); *McCullum versus McConnoughy*, Iowa 172, 119 N. W. 539 (1909).

pode autorizar todo indivíduo a estabelecer a nulidade do ato, isto é, anulá-lo com força retroativa. Normalmente, porém, apenas certos órgãos da comunidade jurídica são autorizados a estabelecer a “nulidade” de atos que se apresentam como legais.

Em particular, é impossível considerar absolutamente inválida ou “nula *ab initio*” uma lei promulgada pelo legislador competente. Somente as cortes têm o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade de uma lei. Se alguém se recusa a obedecer uma lei por entendê-la inconstitucional, está atuando sob o risco de que a corte competente considere ilegal sua conduta, ao ter a lei por constitucional. Do ponto de vista legal apenas a opinião da corte é decisiva, portanto a lei deve ser considerada válida enquanto não for declarada inconstitucional pela corte competente. Esse pronunciamento, assim, tem sempre um caráter constitutivo, não declaratório. Porém o ato pelo qual uma corte declara uma lei inconstitucional pode, de acordo com a Constituição, aboli-la com força retroativa. Nesse caso a decisão da corte tem, como apontamos anteriormente, o caráter de um ato legislativo. No entanto, atos legislativos com força retroativa dificilmente são compatíveis com a proibição contida na Constituição americana, segundo a qual nenhuma lei *ex post facto* pode ser aprovada. Essa interpretação, porém, que exclui a “teoria da nulidade *ab initio*”, não é universalmente aceita.

Por outro lado é muito freqüente que os particulares, tendo considerado uma lei inconstitucional e iniciado um processo para obter sentença nesse sentido, se recusem a obedecê-la antes de pronunciada a decisão. Procedem assim confiando no efeito retroativo da decisão esperada. Mesmo o governo reconhece essa atitude, a qual, de um ponto de vista legal, é mais do que questionável; o próprio governo leva em conta o efeito retroativo de uma decisão judicial que declare a lei inconstitucional. Este foi, por exemplo, o caso no *litígio envolvendo a constitucionalidade da lei sobre as*

holdings dos serviços públicos [*Public Utility Holding Company Act*] de 1935, cuja constitucionalidade foi contestada em grande número de processos. As disposições da lei foram na verdade ignoradas pelas partes atingidas desde o momento em que entrou em vigor, muito antes de a questão constitucional ser decidida pelas cortes. Qual foi a atitude do governo durante esse período? Em 9 de outubro de 1935 a Comissão de Valores e Câmbio “promulgou sua norma n.º 4 dentro do *Holding Company Act*, dispondo que as *holdings* poderiam ser registradas de acordo com a lei desde que reservassem expressamente todos os seus direitos constitucionais ou legais, com o efeito adicional de que se tal reserva fosse julgada inválida os interessados poderiam optar por ter o seu registro considerado nulo. Em 21 de novembro do mesmo ano, o ministro da Justiça instruiu os procuradores federais de todo o país a não tentar aplicar as disposições penais da lei até que sua constitucionalidade estivesse assegurada. No mesmo dia o diretor geral dos correios informou a todos os diretores dos correios que as *holdings* de serviços públicos que não se registrassem deveriam, apesar disso, continuar tendo o direito de utilizar os serviços postais até que a Suprema Corte decidisse finalmente quanto à validade da lei”⁵. Essas medidas foram justificadas pela intenção do governo de “reduzir a um mínimo as dificuldades oriundas do efeito retroativo de uma possível decisão final em favor da constitucionalidade da lei”⁶. Mesmo a uma decisão judicial declarando que uma lei é constitucional atribui-se um efeito retroativo. Isso significa que a opinião de qualquer particular a respeito da constitucionalidade de uma lei promulgada pelo legislador constitucional pode ter algum efeito jurídico sobre

5. Chester T. Lane, “The Litigation Involving the Constitutionality of the Public Utility Holding Company Act of 1935.” Trabalho lido no Encontro Anual da Associação Americana de Ciência Política, 30 de dezembro de 1941.

6. *Ibid.*

a validade dessa lei caso ele a conteste judicialmente, mesmo que no resultado de tal processo a lei seja declarada constitucional. Dificilmente se poderá definir precisamente o efeito jurídico do fato de uma parte privada impugnar a constitucionalidade de uma lei num processo, isto é, o efeito jurídico sobre a validade da lei durante o período anterior à decisão judicial. O processo por si só não pode invalidar a lei nem confirmar sua validade. Só podemos dizer que qualquer processo em que se impugna a constitucionalidade de uma lei cria um período de dúvida e incerteza a respeito de sua validade e de seus efeitos legais; isso, do ponto de vista da técnica legal, não é de modo algum satisfatório.

Na ausência de uma disposição clara da Constituição, todas as questões quanto ao efeito de uma lei inconstitucional podem receber respostas contraditórias. Evitar tal incerteza foi uma das razões que levaram à centralização da revisão judicial da legislação na Áustria, e a investir a Corte Constitucional em jurisdição apta a abolir a lei inconstitucional de modo geral, e não apenas num caso dado. A prática atual nos Estados Unidos tem o mesmo objetivo, porém o persegue por meios juridicamente imperfeitos.

A maior diferença entre as Constituições americana e austríaca diz respeito ao processo pelo qual uma lei é declarada inconstitucional pelo órgão competente. De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse priva-

do das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial. As desvantagens resultantes da ausência de tal processo são amplamente reconhecidas na literatura jurídica americana⁷. A lei de 24 de agosto de 1937 “dispondo quanto a intervenções por parte dos Estados Unidos, apelos diretos à Suprema Corte dos Estados Unidos e regulação da prolação de medidas cautelares em certos casos envolvendo a constitucionalidade de atos do Congresso, além de outras matérias”, reconhece também o interesse público na revisão judicial da legislação, porém diz respeito apenas a leis federais. Essa lei confere ao governo federal o direito de intervir em qualquer ação entre particulares, a fim de apresentar provas e argumentos sempre que estiver em questão a constitucionalidade de algum ato do Congresso que envolva o interesse público. A mesma lei confere ainda ao governo o direito de apelar à Suprema Corte de uma decisão que declare inconstitucional uma lei federal, objetivando também em tais casos acelerar as decisões finais da Suprema Corte. A lei de 1937, por fim, busca impossibilitar a concessão, por um juiz isolado, de medidas cautelares que restrinjam a aplicação de uma lei do Congresso com base na sua alegada inconstitucionalidade⁸. Tudo isso, porém, é estabelecido apenas para defender a validade de leis promulgadas pelo Congresso, para tornar mais difícil uma decisão judicial que declare inconstitucional uma lei federal, e não para promover a anulação de leis inconstitucionais.

Além da desvantagem de que a revisão judicial da legislação possa acontecer apenas incidentalmente, isto é, no

7. Cf. Oliver P. Field, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, (Minneapolis, 1935).

8. Alexander Holtzoff, “The Judiciary Act of 1937”, trabalho lido no Encontro Anual da Associação Americana de Ciência Política, 30 de dezembro de 1941.

curso de um procedimento que serve prioritariamente a outro propósito, acrescenta-se outra, ligada ao caráter federativo dos Estados Unidos. O governo federal pode promover *contra um estado uma ação em cujo transcorrer a constitucionalidade de uma lei estadual pode ser contestada*. Os estados, porém, embora possam ser processados pelo governo federal, não podem por sua vez processá-lo. Um estado que deseje ver uma lei federal declarada inconstitucional só pode consegui-lo através de um atalho legal, qual seja, através de uma ação contra o funcionário federal competente; e o interesse do estado como parte litigante precisa ser maior que um mero interesse político ou constitucional – por exemplo, o estado precisa ser proprietário ou ter um interesse em bens que sejam *res communes*, etc.

A regularização dessa questão na Constituição austríaca foi particularmente influenciada pela experiência da prática constitucional americana. De acordo com a Constituição austríaca havia dois caminhos abertos para se chegar a uma revisão judicial da legislação, um indireto e outro direto. Primeiro, um particular poderia, durante um procedimento administrativo, alegar que um dos seus direitos garantidos pela Constituição tinha sido violado por um ato administrativo baseado numa lei inconstitucional. A queixa somente poderia ser levada perante a *Corte Constitucional* depois que a matéria tivesse passado por todas as instâncias administrativas. Apenas incidentalmente a Corte decidia a questão da constitucionalidade da lei. Esse procedimento, no entanto, era instituído por iniciativa da própria Corte, e somente se esta tivesse dúvida quanto à constitucionalidade da lei. Os particulares poderiam apenas sugerir a revisão judicial, não tinham nenhum direito legal de exigí-la.

Nos procedimentos das cortes a questão da constitucionalidade era tratada de modo distinto para leis e decretos. A inconstitucionalidade de decretos podia ser alegada por uma

parte em qualquer processo judicial, mas a revisão só ocorria se a própria corte tivesse dúvidas a respeito da aplicabilidade do decreto. Nesse caso a corte tinha que interromper o processo e requerer à Corte Constitucional a anulação do decreto. O processo da Corte Constitucional era devotado exclusivamente a essa última questão.

A inconstitucionalidade das leis somente podia ser alegada perante a Suprema Corte [*Oberster Gerichtshof*] ou a Corte Administrativa [*Verwaltungsgerichtshof*], pois em tal caso apenas essas cortes podiam interromper seu procedimento e requerer à Corte Constitucional a anulação da lei, se duvidassem da sua constitucionalidade. A Suprema Corte e a Corte Administrativa procediam aqui *ex officio*, não sendo obrigadas a conhecer os pedidos das partes.

Uma vez que a Corte Constitucional tinha outras matérias para decidir além da constitucionalidade de leis e decretos, podia também interromper seus processos nessas matérias se tivesse dúvidas quanto à constitucionalidade da lei ou do decreto a ser aplicado no caso. A interrupção ocorria a fim de permitir à Corte adotar um processo especial para controlar a constitucionalidade da lei ou do decreto.

Em todos esses casos, nos quais a revisão judicial era alcançada por via indireta, as cortes procediam *ex officio*. As partes podiam apenas chamar a atenção das cortes para a questão da constitucionalidade das leis e decretos. Não tinham o direito de pôr em andamento o processo correspondente. Do ponto de vista do processo, somente o interesse público protegido pelas cortes era decisivo, e não o interesse privado das partes.

Vindo a Corte Constitucional a declarar inconstitucional a lei submetida à sua revisão, a corte que havia feito o requerimento de revisão – ou mesmo a própria Corte Constitucional – não podia aplicar a lei no caso que motivara a sua anulação. Nesse caso, a anulação possuía força retroa-

tiva, como já apontamos anteriormente. Tal força, concedida excepcionalmente à decisão anulatória, era uma necessidade técnica, pois sem ela as autoridades encarregadas da aplicação das leis (isto é, os juizes da Suprema Corte e da Corte Administrativa) não teriam tido um interesse imediato e portanto suficientemente relevante para provocar a intervenção da Corte Constitucional. As autoridades que solicitassem à Corte Constitucional a revisão judicial de uma lei precisavam saber que seu pedido, caso tivesse sucesso em anular a lei, teria um efeito imediato sobre a sua própria decisão no caso concreto onde haviam interrompido o processo para obter a decisão anulatória.

A via direta conducente à revisão judicial da legislação era a seguinte: a Constituição autorizava o governo federal a requerer à Corte Constitucional a anulação de uma lei ou decreto emitido pela autoridade administrativa de um estado; os governos estaduais, por sua vez, estavam igualmente autorizados a requerer a anulação de uma lei ou decreto editado pela autoridade administrativa da União. Esta solução do problema devia-se ao caráter federativo da república austríaca. Por razões políticas era necessário reconhecer que a administração federal e as estaduais tinham plena igualdade quanto à revisão judicial da legislação. Segundo a Constituição austríaca, as leis federais não podiam entrar em vigor sem a colaboração da administração federal, especialmente sem a promulgação da lei pelo presidente, porém prescindiam de qualquer interferência por parte da administração dos estados; de modo similar, as leis estaduais não podiam entrar em vigor sem a colaboração da administração do respectivo estado, porém não necessitavam da interferência da administração federal. Portanto, era supérfluo conceder à administração federal o direito de contestar a constitucionalidade de leis federais e às administrações estaduais o de contestar leis estaduais. A administração federal devia rejeitar a

promulgação de qualquer projeto de lei votado pelo Parlamento federal caso o considerasse inconstitucional. O fato de uma lei federal entrar em vigor significava que a administração federal assumia plena responsabilidade pela constitucionalidade dessa lei. O mesmo valia para as leis estaduais em relação às respectivas administrações. Assim, bastava conceder à administração federal a iniciativa para revisão judicial apenas da legislação estadual e à administração estadual a iniciativa para revisão judicial somente da legislação federal.

IV.

Quando se estava preparando a Constituição de 1920, foram discutidos dois outros métodos para pôr em movimento a revisão judicial da legislação. O primeiro seria conceder a todo cidadão o direito de fazer um requerimento à Corte Constitucional, a qual estaria obrigada a pronunciar-se sobre a validade da lei. Era uma espécie de *actio popularis* em questões constitucionais. A segunda possibilidade seria instituir na Corte Constitucional o cargo de promotor geral com a incumbência de proteger a Constituição. Sua função seria a de examinar todas as leis federais e estaduais e submeter à consideração da Corte Constitucional aquelas de constitucionalidade duvidosa. Nenhum desses métodos foi utilizado. Com respeito à proteção de minorias pode ser mencionada ainda uma terceira possibilidade, qual seja a proposta de conceder a uma minoria derrotada nas urnas o direito de contestar a constitucionalidade da lei adotada pela maioria, mediante requerimento à Corte Constitucional.

Por fim, desejaria mencionar duas disposições da Constituição austríaca que possivelmente serão de algum interesse para os juristas americanos. Quando nos Estados Unidos uma

lei é anulada, surge a questão a respeito da situação legal criada pela anulação em relação à matéria que regulava. Devemos distinguir duas hipóteses: a primeira, quando, no momento da entrada em vigor da lei, a matéria ainda não possuía regulação jurídica. Por exemplo, anulou-se uma lei que proibia a produção e venda de certos aparelhos de rádio. Anteriormente, a produção e venda de aparelhos de rádio não estava regulada por qualquer norma legal, havendo a esse respeito completa liberdade. A segunda possibilidade é que a lei anulada tivesse substituído uma lei prévia ou uma norma do *common law* que regulava a mesma matéria, por exemplo uma lei proibindo a produção e venda de aparelhos de rádio, porém prevendo penalidades muito mais leves. No primeiro caso a anulação da lei tem o efeito de restaurar a situação legal existente antes da sua promulgação. Mas o mesmo não acontece no segundo caso. Aqui a situação legal existente antes da promulgação da lei anulada, isto é, a lei prévia que regulava a produção e venda de certos aparelhos de rádio, não é automaticamente restaurada. A lei anterior ou a norma do *common law* válida previamente foi derrogada pela lei posterior, a qual foi anulada. Essa lei não é, pois, como apontamos, nula *ab initio*, foi somente invalidada pela decisão da Suprema Corte. Com a anulação da última lei que proibia a produção e venda de certos aparelhos de rádio, essa matéria torna-se livre de qualquer regulação.

O efeito da anulação pode vir a ser bastante indesejável e ir muito além do interesse na manutenção da Constituição. Em casos onde uma lei anulada com base na sua inconstitucionalidade tenha substituído uma lei ou norma do *common law* que regulava a mesma matéria, é melhor fazer com que essa lei ou norma válida anteriormente seja restaurada, em vez de termos uma situação que deixe a matéria livre de qualquer regulação. O restabelecimento da primeira lei ou norma do *common law* não é possível sem uma disposição expres-

sa da Constituição que atribua esse efeito a decisões anulatórias da Corte. A fim de evitar tais situações a Constituição austríaca continha as seguintes disposições:

“Se por decisão da Corte Constitucional uma lei for anulada no todo ou em parte com base na sua inconstitucionalidade, as normas legais anteriormente derogadas por essa lei entrarão em vigor simultaneamente com a decisão da referida Corte, a menos que ela disponha de outra forma.”

Assim, uma decisão da Corte Constitucional pela qual não apenas se anulava uma lei, mas também se restaurava uma norma precedente, não era mero ato negativo de legislação, mas sim um ato positivo.

No que concerne à prática americana, desejaria chamar a atenção dos juristas para a seguinte dificuldade: se não se aceita a “teoria da nulidade *ab initio*” – e muitos jurisconsultos eminentes não a aceitam⁹ – torna-se impossível manter a opinião de que a decisão judicial declarando uma lei inconstitucional tenha o efeito automático de restaurar a lei precedente. Se uma corte americana declara a lei inconstitucional e rejeita sua aplicação num caso concreto, não tem nenhuma possibilidade legal de aplicar a lei anterior. Somente se a lei declarada inconstitucional fosse nula *ab initio* (e isso significa que a lei foi anulada com força retroativa) a lei anterior ou a norma do *common law* válida anteriormente seria aplicável. O motivo é que a lei declarada inconstitu-

9. Por exemplo, o presidente da Suprema Corte Hughes, em *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940). A melhor formulação do problema encontra-se em *Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), p. 96: “Talvez, contudo, se possa muito bem pôr em dúvida se um ato formal de legislação pode alguma vez, com estrita propriedade jurídica, ser descrito como nulo; parece ser mais compatível com a natureza da matéria e os princípios aplicáveis a casos análogos, considerá-lo como anulável.”

cional com força retroativa não poderia derogar a lei anterior, ou mais precisamente, o efeito derogatório da lei declarada inconstitucional foi anulado. Contudo, a teoria da nulidade *ab initio* é – como apontamos acima – incompatível com o artigo I, seção 9ª, parágrafo 3º da Constituição.

A outra disposição da Constituição austríaca que poderia interessar aos juristas americanos autorizava a Corte Constitucional a dar pareceres a requerimento do governo federal ou dos governos estaduais. Esse dispositivo, contudo, limitava-se à questão se um dado ato legislativo ou administrativo era de competência da União ou dos estados-membros. Quando se tratasse de uma questão de competência legislativa, o requerimento à Corte Constitucional deveria conter a minuta do projeto de lei que estivesse em apreciação pelo respectivo órgão legislativo; caso se tratasse de uma questão de competência executiva, o requerimento deveria conter:

a) a minuta do decreto proposto e a designação da autoridade que o emitiria, ou

b) no caso de outros atos executivos, a determinação dos fatos a respeito dos quais o ato em questão seria emitido¹⁰.

Nos Estados Unidos os juriconsultos têm sempre se oposto a conferir às cortes o poder de proferir pareceres¹¹. Essa competência das cortes é considerada incompatível com o princípio da separação dos poderes. Esse argumento, porém, vai contra toda a instituição da revisão judicial da legislação, a qual vem a ser uma função legislativa, e não puramente judicial.

10. Art. 138-2 da Constituição, arts. 53-6 da lei de 18 de dezembro de 1925.

11. Cf. Felix Frankfurter, "Advisory Opinions", in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. I, pp. 475-8 (Nova York, 1925).