

A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes

OTTO KIMMINICH

Professor da Universidade de Regensburg
— República Federal da Alemanha
Tradução de: Anke Schlimm e Gilmar
Ferreira Mendes

SUMÁRIO

I. Introdução. II. A jurisdição constitucional como expressão da idéia de Estado de Direito. III. O conteúdo material do princípio do Estado de Direito. IV. A divisão de poderes no Estado de Direito. V. Divisão de poderes não significa divisão do poder do Estado. VI. Status e a função do Bundesverfassungsgericht. VII. Evolução sem critérios? VIII. O problema da judicial self-restraint. Notas dos tradutores.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen (Decisões do Bundesverfassungsgericht — Revista Oficial da Corte Constitucional alemã — o primeiro número refere-se ao volume, o segundo, às páginas)
DöV	Deutsche öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

I — Introdução

“A jurisdição constitucional ocupa hoje um lugar específico no quadro da luta de classes criado pela burguesia monopolística... O Bundesverfassungsgericht (I) arrogou a si o papel de legislador nas inumeráveis decisões em que alterou, limitou ou mesmo suprimiu direitos fundamentais.

Artigo publicado, inicialmente, na coletânea *Auf dem Weg zum Richterstaat, die Folgen politischer Impotenz*, editada por Gerd-Klaus Kaltenbrunner, München, Verlag Herder, 1979, pp. 62-82. Tradução devidamente autorizada.

Funções legislativas que, segundo a doutrina da divisão de poderes, competem ao Parlamento Federal são flagrantemente usurpadas. Isto mostra, de forma nítida, que a burguesia monopolística não mais pode respeitar o princípio da separação de poderes como postulado formal de organização (1). Não se precisa ir hoje à “outra Alemanha” para ouvir críticas desse teor à jurisdição constitucional. A violenta reação contra alguns julgados recentes do *Bundesverfassungsgericht*, como v.g. a decisão sobre o *Tratado Básico (Grundvertrag)*, de 31-7-1973 (2) (II), e a decisão sobre a lei de descriminalização do aborto (*Abtreibungs-Urteil*), de 25-2-1975 (3) (III), revelam a incomensurável ira daqueles que nelas vislumbraram uma séria ameaça à sua política, expressando um fundamental erro de avaliação quanto ao significado da jurisdição constitucional no Estado de Direito democrático. Não surpreende, assim, que, nessas ocasiões, a imprensa politicamente engajada não se limite a censurar a decisão questionada, criticando duramente a própria instituição (4). Surpreendentemente áspers afiguram-se, todavia, as críticas surgidas em publicações especializadas (5). Essa realidade está a indicar que se perdeu, em larga medida, a compreensão de que a Lei Fundamental empresta uma determinada conformação à República Federal da Alemanha. Especialmente assustadora mostra-se a incompreensão para com o caráter vinculante das decisões do *Bundesverfassungsgericht*. Enquanto, no passado, os jovens juristas aprendiam logo no início dos estudos que (e por que) algumas decisões do Tribunal devem ser dotadas de eficácia geral, e até de *força de lei* (*Gesetzkraft*), depara-se hoje, em revistas especializadas, com manifestações contra o fato dessas decisões não se limitarem a dirimir conflitos entre as partes envolvidas (IV). Assim, em crítica ao acórdão de 2-3-1977, que declarou a inconstitucionalidade da propaganda oficial no período imediatamente anterior às eleições para o Parlamento Federal (6) (V), pode-se ler a seguinte assertiva: “a decisão demonstra que o *Bundesverfassungsgericht* ultrapassa, continuamente, os limites que lhe são traçados. A importância do julgado reside menos na decisão sobre fatos passados (que se mostra satisfatória apenas no resultado) do que nos efeitos que produzirá sobre os pleitos eleitorais vindou-

(1) JURGEN SCHUSTER: Die Rolle Bundesverfassungsgerichts beim Abbau der bürgerlichen Demokratie in der BRD, *Staat und Recht (Akademie für Staats und Rechtswissenschaft der DDR)* N° 1/1979, cit. consonante “*Pressespiegel. Aus Zeitungen und Zeitschriften der DDR*”, editado pelo Ministério para Relações Inter-alemãs n° 4/5, 1-3-79, p. 3.

(2) BVerfGE 36, 1.

(3) BVerfGE 39, 1.

(4) Uma interessante seleção das principais publicações sobre o assunto pode ser encontrada em Hans-Jochen Vogel: *Videant Iudices! Zur Aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, DÖV 1978, p. 665.

(5) Um exemplo disso é fornecido pelo artigo de Erhard Denninger: “*Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*”, *Juristenzeitung* 1975, pp. 547 e segs. Nota 36, que qualifica como “terrível” a decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 25-2-1975, por não corresponder ao sentimento dominante na opinião pública.

(6) BVerfGE 44, 125.

ros" (7). O autor não compreendeu que essa, exatamente, constitui a *função principal* de um pronunciamento da Corte Constitucional. Ao revés, imputa-se ao Tribunal uma "*desmedida reivindicação de poder*" ou uma inadequada *presunção* e indaga-se por quanto tempo esse processo de gradual impotência, de alteração do significado no sistema de *checks and balances* será tolerado pelo Parlamento e pelo Governo. Chega-se, afinal, à conclusão lapidar: "a justiça independente é um corpo estranho ao Estado democrático" (8).

Faz-se mister contestar essa conclusão com toda veemência: *a justiça independente somente é um corpo estranho nas chamadas democracias populares, isto é, nas ditaduras comunistas*. Ela se mostra imprescindível e desempenha uma relevante função no Estado de direito liberal e democrático da República Federal da Alemanha. Mas isso não se afigura suficiente: quem classifica o *Bundesverfassungsgericht* como simples órgão judicial comete erro fundamental, que há de ser afastado de início.

II — A jurisdição constitucional como expressão da idéia de Estado de Direito

Não foi por acaso que a idéia do Estado de Direito surgiu no período do Constitucionalismo e desenvolveu-se no âmbito do Direito Administrativo. E mais: foi a realização dessa idéia que propiciou o desenvolvimento do Direito Administrativo. FORSTHOFF já havia ressaltado a improcedência da tese segundo a qual "onde existe Estado, existe Administração, e onde existe Administração, existe Direito Administrativo", "porquanto o exercício da função estatal pela monarquia absoluta não corresponde a um processo jurídico em sentido estrito. Todo direito pressupõe a existência de restrição, o estabelecimento de limites" (9). Os atos de império do monarca absoluto, que estão isentos de qualquer forma de censura jurídica, não configuram atos jurídicos. E, por isso, a Ciência da Administração alemã limita o seu retorno, na história do Direito Administrativo, até à época em que se vislumbra, pela primeira vez, uma restrição de índole constitucional ao poder do príncipe. Portanto, a possibilidade de controle dos atos de império pertence, desde o início, à tradição do Direito Administrativo alemão.

E, evidentemente, o controle jurídico somente mostra-se possível mediante a utilização de parâmetros jurídicos superiores. Com base nesse raciocínio, a antiga doutrina do Direito Administrativo exigiu a instituição da jurisdição administrativa e a fixação do *princípio da legalidade da Administração*, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha acabou por consagrar no art. 20, § 2.º Acima desse postulado coloca-se o *princípio da constitucionalidade das leis*, sem o qual o Estado de Direito (Rechtsstaat) ficaria reduzido a um simples Estado de legalidade (Gesetzesstaat). Atrás dessa constatação esconde-se a controvérsia sobre o conteúdo material do

(7) RÜDIGER ZUCK: *Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2-3-1977*, NJW 1977, p. 1054.

(8) Zuck, *op. cit.*, p. 1054.

(9) ERNST FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Bd. München, 1973, p. 41.

princípio do Estado de Direito, a ser considerada oportunamente. Trata-se aqui de explicitar um processo cuja compreensão se afigura extremamente difícil para os críticos do *Bundesverfassungsgericht* e que, não obstante, parece constituir a pedra angular do princípio do Estado de Direito: a aferição da legitimidade de normas jurídicas em face de regras superiores.

O Estado de Direito vincula o legislador ao direito. Essa idéia, que já dominava o Estado de Direito da monarquia constitucional, há de se fazer presente, de forma ainda mais marcante, no Estado de Direito democrático da República. Essa vinculação expressa a necessidade de controle dos atos políticos, uma vez não subsistir dúvida quanto à natureza política da legislação. *Esse controle deve impedir que o Estado de Direito democrático se perverta em uma ditadura parlamentar da maioria* (VI).

A outorga de competência a uma instância jurisdicional para a aferição da compatibilidade do direito ordinário com norma superior, levada a efeito pela Lei Fundamental, não constitui obra do acaso, mas é uma conseqüência do princípio do Estado de Direito, que exige um controle jurisdicional, isto é, um *controle independente*. A realização do controle de constitucionalidade por um Tribunal não deve dar a impressão de que esse órgão jurisdicional está impedido de desempenhar atividade totalmente diversa, isto é, a de *Guardião da Constituição*. A outorga de eficácia *erga omnes* (Gesetzeskraft) a determinadas decisões do Tribunal (§ 31, (2), da Lei do Bundesverfassungsgericht) ressalta esse fato de forma evidente⁽¹⁰⁾. Todavia, a forma judicial do controle de normas obsta a que o Bundesverfassungsgericht possa agir de ofício, exigindo-se a adequada provocação por órgãos devidamente legitimados⁽¹¹⁾. Explica-se, assim, a aplicação de uma

(10) Cf. KLAUS VOGEL: Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Org. por Christian Starck, Vol. 1, Tübingen, 1976, p. 568 segs.

(11) Nos termos da Lei Fundamental e da Lei do *Bundesverfassungsgericht* devem ser considerados os seguintes processos:

1. O controle abstrato de normas, mediante requerimento do Governo Federal, de um Governo estadual ou de um terço dos membros do parlamento Federal (Art. 93, § I, nº 2, da Lei Fundamental); 2. O controle *concreto* de normas, mediante requerimento de um tribunal que considera a lei inconstitucional e deve aplicá-la em um processo pendente (Art. 100 da Lei Fundamental); 3. O recurso constitucional (*die Verfassungsbeschwerde*) que, nos termos do art. 93, § 1, nº 4a, pode ser interposto por qualquer pessoa sob a alegação de ofensa a um direito fundamental. O recurso constitucional não deve ser impetrado, em princípio, contra normas jurídicas, tendo em vista a exigência de ofensa atual e direta a direito próprio do requerente. Não obstante, é significativo o número de recursos constitucionais dirigidos contra atos normativos que vêm tendo sua admissibilidade reconhecida pelo *Bundesverfassungsgericht* (Cf. a enumeração em Leibholz-Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar*, Köln, 1968, § 90, da Lei do Bundesverfassungsgericht, nº 36). 4. Finalmente, faz-se mister referir-se ao recurso constitucional dirigido indiretamente contra um ato normativo (*verdeckte Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde*), que impugna diretamente a decisão judicial, mas, indiretamente, volta-se contra a norma que lhe empresta sustentação (HORST SÄCKER: *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Gesetzgeber*, Bayerisches Verwaltungsblatt, 1979, p. 193).

lei inconstitucional por longos anos, até que um dos interessados empreenda as medidas necessárias à eliminação desse estado de inconstitucionalidade. Vê-se, pois, que a simples instituição de uma Corte Constitucional não se afigura suficiente. O Estado de Direito somente pode operar satisfatoriamente se as pessoas que detêm poder e responsabilidade nas suas respectivas áreas de atuação — não apenas os membros do governo e os parlamentares, mas também os cidadãos — dispuserem de coragem para provocar a atuação da Corte Constitucional. Dessarte, qualquer tentativa de criar uma atmosfera de intimidação ou de suprimir esse estado de espírito significa uma grave ofensa contra a ordem constitucional do Estado de direito democrático.

III — O conteúdo material do princípio do Estado de Direito

Como já referido anteriormente, o surgimento do conceito de “Estado de Direito” (Rechtsstaat) na literatura de direito público alemã pode ser identificado precisamente. É o início do século XIX, época histórica da primeira fase do Constitucionalismo e do movimento intelectual por muitos designado como “Liberalismo”⁽¹²⁾. A estreita vinculação entre a idéia de Estado de Direito e a forma constitucional do Estado permite identificar, mais facilmente, o conteúdo do princípio do Estado de Direito na sua concepção primeira: *Limitação e Controle do Poder do Estado*. A defesa desse princípio pelo Liberalismo, embora compreensível, contribui muito pouco para o seu esclarecimento. A ênfase exagerada nas origens liberais da idéia de Estado de Direito encerra o perigo de que esta venha a ser confundida, desde o início, com um simples obstáculo ou uma singela limitação da atividade estatal. Essa concepção revela-se totalmente falsa! Há de se reconhecer que as exigências do Estado de Direito acarretam, não raras vezes, dificuldades para a execução das decisões políticas, que, por isso, tornam-se caras e demoradas. Evidentemente, essa não é a finalidade do Estado de Direito, mas o *preço* que se há de pagar pela sua existência.

O objetivo do Estado de Direito vem assim definido em conhecido manual de Teoria Geral do Estado: “o Estado de Direito tem por finalidade a subordinação de toda atividade estatal às normas jurídicas e à idéia de justiça”⁽¹³⁾. Esse conceito traduz a opinião dominante na literatura e jurisprudência pertinentes à Constituição alemã, enfatizando-se não só o caráter formal, mas também o conteúdo material do princípio do Estado de Direito, consagrado no art. 20, § 3.º, da Lei Fundamental. Ao contrário, os críticos mais recentes do Bundesverfassungsgericht partem, evidentemente, de uma idéia formal de Estado de Direito. Essa corrente poderia valer-se de modelos da história constitucional alemã, que, todavia, mereceram o repúdio dos fundadores da Lei Fundamental.

(12) Nesse sentido, referiu-se v. HAYEK ao Estado de Direito “como o ideal do movimento liberal”. Cf. F. A. VON HAYEK: *Die Verfassung der Freiheit*. Tübingen, 1971, pp. 225 e segs.

(13) GUNTHER und ERICH KUCHENHOFF: *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart, 1967, p. 85.

Não se pode negar que o princípio do Estado de Direito foi concebido de maneira puramente formal por ROBERT VON MOHL⁽¹⁴⁾ e FRIEDRICH JULIUS STAHL⁽¹⁵⁾, seus primeiros teóricos⁽¹⁶⁾. Não é por outra razão que ele tornou-se, desde o início, “prisioneiro do direito” estabelecido pelos dirigentes do Estado⁽¹⁷⁾, ou “um simples invólucro vazio de legalidade”⁽¹⁸⁾. Essa expressão é de ULRICH SCHEUNER, que não a utilizou, porém, em relação à metade do século XIX, mas com referência à República de Weimar. Na referida passagem, anota SCHEUNER: “Quando os fundamentos da liberdade individual foram abandonados através da sistemática violação dos direitos fundamentais e o legislador tornou-se instrumento de uma política totalitária, restou do Estado de Direito apenas um invólucro vazio de legalidade”⁽¹⁹⁾. A culminância do processo acima referido é alcançada com o abandono do controle de constitucionalidade das leis e da aferição da legalidade dos atos do Poder Público.

É fácil demonstrar que os teóricos da primeira metade do século XIX formularam um conceito *material* de Estado de Direito. Esforçando-se para superar o absolutismo, caracterizado pela superioridade da vontade do monarca em relação à lei, então imune a qualquer forma de censura, enfatizavam eles que a idéia de Estado de Direito não residia na simples vinculação formal das atividades do Estado à letra da lei, assentando-se *também numa concepção material de justiça*. A despeito das vias tortuosas trilhadas pelo desenvolvimento político, esse conceito fundamental nunca foi abandonado pela literatura de Direito Público alemã e veio a converter-se em linha condutora na interpretação da Lei Fundamental. O Estado de Direito não se caracteriza, assim, apenas pela observância, por parte do legislador, dos pressupostos formais pertinentes ao processo legislativo, ou pelo Executivo e Judiciário, na sua aplicação, mas também pelo esforço na realização de justiça. Atente-se para esse fato: não se deve caracterizar o Estado de Direito, tão-somente, como aquele no qual se realiza a justiça. A adoção desse conceito serviria apenas para enfatizar a inexistência dessa categoria, porquanto a justiça, enquanto idéia absoluta, não pode ser completamente realizada nesse mundo imperfeito. A doutrina do Estado de Direito revelar-se-ia, assim, mero artifício intelectual. Deve-se notar que, desde os seus primórdios, essa doutrina sempre apresentou algo de substancial. Ela foi a força política que contribuiu para a superação do abso-

(14) Cf. ROBERT VON MOHL: *Die Polizeiwissenschaft nach dem Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832.

(15) Cf. FRIEDRICH JULIUS STAHL: *Rechts und Staatslehre*, Heidelberg, 1837.

(16) Cf. GOTTFRIED DIETZE: *Rechtsstaat und Staatsrecht*. In: *Die moderne Demokratie und ihr Recht*. Festschrift für Gerhard Leihholz zum 65. Geburtstag, Vol. 2 Tübingen, 1966, pp. 17 e segs.

(17) DIETZE, op. cit., p. 28.

(18) DIETZE, op. cit., p. 32.

(19) ULRICH SCHEUNER: *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland*. In: *Staatstheorie und Staatsrecht*. Gesammelte Schriften. Hrsg. VON JOSEPH LISTL und WOLFGANG RUFNER. Berlin 1978, p. 205.

lutismo e o estabelecimento de uma nova tradição constitucional. Todavia, a concepção do Estado de Direito enquanto dever inviolável de aspirar à realização da justiça não há de ser confundida com a prática de atos despidos de qualquer sentido. Ao revés, somente a consciência humilde da imperfeição humana impede que essa aspiração se converta em fanatismo, assegurando a tolerância como elemento essencial à prática da democracia. O dever de aspirar à realização da justiça distancia-se de qualquer pretensão triunfalista de posse do saber para a felicidade de todos e da presunção de infalibilidade na sua concretização. Tais pretensões constituem apanágio de ideologias totalitárias. Mas é possível que essa constatação explique a ressonância encontrada pelas críticas insensatas formuladas contra a função desempenhada pelo *Bundesverfassungsgericht* no Estado de Direito. Na sua arrogância, o homem superficial moderno considera insuportável a idéia da falibilidade humana e prefere acreditar na lenda do paraíso terrestre formulada pelos sistemas totalitários. Seja como for, essa concepção mostra-se falsa e irrealista, servindo para promover a substituição da autoridade do direito pela brutal violência de um regime totalitário. É possível que a necessidade de aspirar à realização da justiça material imponha elevadas exigências morais ao indivíduo. Ela corresponde, porém, à realidade da existência humana que se recusa a capitular diante de seus aspectos negativos. O reconhecimento da incompletude do mundo não conduz nem à resignação anárquica, nem à ilusória presunção do estado totalitário, tornando imperiosa a aspiração pertinaz e consciente do Estado de Direito (VII). A Lei Fundamental consagrou, na opinião quase unânime dos doutrinadores, essa concepção material do princípio Estado de Direito⁽²⁰⁾.

IV — A divisão de poderes no Estado de Direito

Todos os detentores de alguma forma de poder, num Estado cuja Constituição detine-se em favor do Estado de Direito, estão obrigados a buscar, de forma contínua e ininterrupta, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, a realização da justiça material. O Estado de Direito não contempla exceções temporais ou substanciais a esse postulado. Essa unidade expressa característica do poder estatal que tem sido normalmente negligenciada pelos críticos do *Bundesverfassungsgericht*: a sua indivisibilidade. A tendência de ignorar esse atributo, considerado por todos os manuais de Teoria Geral do Estado como necessário e imanente ao poder estatal, é favorecida, todavia, pela difusão da doutrina denominada, erroneamente, de “divisão de poderes”. A Lei Fundamental adota esse postulado no seu art. 20, § 2.º Ela não se utiliza, porém, da expressão “divi-

(20) Cf. OTTO BACHOF: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL 12 im *BONNER GRUNDGESETZ*. Tübingen 1953, p. 17; ULRICH SCHEUNER, *Op. cit.* 187. Posição diversa vem de ser sustentada por KARL DOEHRING (*Sozialstaat, Rechtsstaat und freiheitlich-demokratische Grundordnung*, in: *Die Politische Meinung, Sonderheft, 1978*, pp. 12 e segs.). DOEHRING reconhece, porém, que sua opinião é contrária à posição dominante.

são de poderes”, limitando-se a enunciar como há de ser exercido o poder estatal emanado do povo: “do povo, através de eleições e plebiscitos, e por órgãos da Legislação, do Poder Executivo e da Jurisdição”. A Lei Fundamental não diz que cada um desses órgãos exerce uma parte ou fração do poder estatal dividido, mas ressalta que esse poder é exercido por todos esses órgãos. Assim, ninguém pode alegar que a Lei Fundamental operou uma separação (*Trennung*) de poderes ou que pretendeu realizá-la. Esse falso entendimento contrariaria a própria teoria da divisão de poderes na sua concepção originária. A referência de Aristóteles aos três “poderes” (Assembléia Popular, Tribunais Populares, Servidores do Estado) parece expressar o desenvolvimento inicial dessa doutrina. Todavia, Aristóteles limita-se a descrever o quadro ateniense. Somente com Locke e Montesquieu essa realidade contemplada por Aristóteles viria a se converter em autêntica reivindicação. Essa idéia mostra-se mais desenvolvida em Montesquieu, por estar voltada contra o absolutismo que, na Inglaterra, jamais atingiu as dimensões do sistema dominante no continente. Ademais, Locke publicou o seu livro imediatamente após a “Revolução Gloriosa” de 1688, que teve a limitação do poder como consequência imediata. Isso somente veio a se verificar no continente 130 anos após, com a instituição da monarquia constitucional. A doutrina da divisão de poderes defendida por Locke surgiu no momento em que se envidavam esforços para impor limites ao poder monárquico. O monarca não mais deveria concentrar a plenitude de poderes em suas mãos, devendo confiar o seu exercício a três órgãos estatais diversos.

A grande admiração que Montesquieu nutria pelo sistema inglês permitiu que alguns críticos negassem-lhe a autoria do novo modelo, uma vez que não teria feito outra coisa senão descrever o que vira ou o que pensara ter visto na Inglaterra. Todavia, admite-se, em geral, ter sido ele o fundador da doutrina da divisão de poderes e o precursor na luta contra o absolutismo. Com a superação da Revolução Francesa e a restauração da monarquia, essa idéia de divisão de poderes estava de tal forma arraigada na teoria e na prática que acabou por ser consagrada em todas as Constituições promulgadas a partir da *Charte Constitutionnelle de 1814*. Esta serviria, por sua vez, de modelo para as Constituições liberais do sul da Alemanha. Tal concepção subsiste até os dias atuais. Mesmo os regimes totalitários preservam formalmente essa fórmula tríplice, ainda que, na prática, os ditadores logrem acumular poderes que os monarcas absolutos jamais puderam reunir. Dessarte, empresta-se a esse princípio, desenvolvido na luta contra o absolutismo, caráter meramente formal, permitindo a sua utilização como simples roupagem de ditaduras.

V — *Divisão de poderes não significa divisão do poder do Estado*

No Estado de Direito liberal e democrático, a divisão de poderes não constitui princípio meramente formal. O seu conteúdo material pode ser inferido da própria noção de Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*). Antes, porém, há de ser ressaltado que a chamada divisão de poderes não se confunde, sobretudo no Estado de Direito democrático, com uma divi-

são do poder do Estado. Uma fragmentação do poder estatal, ou seja, uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados, afigura-se inimaginável. Já para Locke e Montesquieu não se cuidava de uma divisão do poder estatal, mas de uma distribuição do seu exercício entre diferentes órgãos, independentes entre si. O *Bundesverfassungsgericht* preservou essa definição clássica, no julgado proferido em 18-12-1953, quando qualificou a divisão de poderes como “princípio de organização fundamental da Constituição”, acrescentando que “o seu significado reside na distribuição de funções, na interdependência dos três poderes e no equilíbrio do poder resultante dessa interação” (21). Pode-se explicitar aqui porque a Lei Fundamental, sem entrar em contradição consigo mesma, logrou estabelecer exceções ao princípio da divisão de poderes. Assim, outorga-se ao Executivo competência legislativa limitada e controlada pelo art. 80 da Lei Fundamental (VIII), concedem-se faculdades típicas do Poder Executivo ao Legislativo, no âmbito do orçamento e das relações exteriores(22), e identificam-se atos típicos do Poder Executivo na esfera do Judiciário, como v.g. aqueles praticados no exercício da jurisdição voluntária.

Com a decisão em favor da divisão de poderes na sua concepção originária e autêntica — isto é, distribuição do exercício de funções estatais entre órgãos diferenciados e independentes entre si —, não pretenderam os formuladores da Lei Fundamental concretizar um princípio puramente formal. O princípio da divisão de poderes do art. 20, § 2.º, da Lei Fundamental somente tem significado e conteúdo em consonância com o sentido que lhe atribui a jurisprudência dominante do *Bundesverfassungsgericht*: limitação recíproca e moderação do poder do Estado. É por isso que a distribuição de poderes deve ser entendida, fundamentalmente, como distribuição orgânica de funções (o Poder Legislativo ocupa-se, basicamente, das atividades legislativas, o Executivo da aplicação das leis, e o Judiciário cuida, fundamentalmente, da atividade jurisdicional). O controle recíproco, a limitação e moderação do poder do Estado dele resultante não têm por escopo o enfraquecimento ou a incapacitação do Estado para o cumprimento de suas funções(23), mas visam, sobretudo, à proteção do indivíduo e à preservação de seus direitos e interesses no complexo emaranhado de normas e dos órgãos incumbidos de sua aplicação. Por isso, à própria Lei Fundamental pôde estabelecer exceções ao

(21) BVerfGE 3, 247.

(22) Cf. DIETRICH RAUCHNING: Das Parlamentarische Regierungssystem in der *Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlaß des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 2 Bd. Tübingen 1976, pp. 214 e segs., principalmente, pp. 229 e segs.

(23) Essa característica do princípio da divisão de poderes mereceu a crítica de Herbert Krüger (*Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1966, p. 868). Ou o poder estatal é bom — e, por isso, não deveria ser limitado; ou ele é mau — e deveria ser, simplesmente, suprimido. Não se trata aqui, porém, de uma decisão entre o bem e o mal. Cuida-se de reconhecer que o exercício do poder estatal — independentemente das qualidades éticas dos eventuais exercentes — afeta a vida do cidadão e ameaça a sua liberdade e seus valores.

princípio da divisão de poderes. Mas, quando ameaçam a defesa da liberdade dos cidadãos, essas restrições ao princípio a divisão de poderes tornam-se inconstitucionais. Por essa razão, deve-se exercer o controle das faculdades legislativas desempenhadas pelo Poder Executivo, procedendo-se à rigorosa aferição de sua compatibilidade com o parâmetro estabelecido no art. 80 da Lei Fundamental. Há de se evitar, por outro lado, a politização do Poder Judiciário. Da mesma forma, não deve o Legislativo, simultaneamente, exercer atividades jurisdicionais.

VI — “Status” e função do “*Bundesverfassungsgericht*”

Todo aquele que tem a exata compreensão do Estado de Direito liberal e democrático não encontra dificuldade para entender o *status* do *Bundesverfassungsgericht*. Ficou enunciado acima que esse entendimento origina-se sobretudo do exercício pelo Tribunal Constitucional do controle de constitucionalidade das leis. Ademais, é ele o “órgão de controle geral de poderes” (24). O *Bundesverfassungsgericht* é qualificado pela literatura jurídica, unanimemente, como *Guardião da Constituição*. No documento de 27 de junho de 1952, endereçado ao Presidente da República, ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal e ao Governo Federal, pode-se ler que o *Bundesverfassungsgericht* é “um órgão constitucional dotado da mais alta autoridade” (25) (IX). A doutrina constitucional e os comentários à Lei Fundamental preservaram essa definição (26).

No exercício de sua função fiscalizadora, o *Bundesverfassungsgericht* utiliza os parâmetros consagrados na Lei Fundamental. Como toda Constituição, a Lei Fundamental contém lacunas ou incompletudes. Ela estabelece, porém, os limites de atuação tanto do indivíduo, quanto dos seus representantes e dos órgãos da República Federal da Alemanha, dos Estados-Membros e Municípios, bem como de outras pessoas jurídicas dotadas de poder de império. Ao contrário do que ocorre na aplicação da lei ordinária, quando se procede, normalmente, à subsunção de uma hipótese fática a uma proposição normativa, tem-se, na aplicação do Direito Constitucional, de precisar, muitas vezes, os parâmetros adequados à apreciação da hipótese submetida à Corte. Daí por que a expressão “hermenêutica constitucional” logra descrever apenas parcialmente a atividade do Tribunal, revelando-se, por isso, equivocada (27). Não se pode, porém, cogitar da criação de um

(24) GERHARD LEIBHOLZ: Einleitung zu “Der Status des Bundesverfassungsgerichts” In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF, Vol. 6 (1957), p. 144.

(25) *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF, Vol. 6 (1957), p. 144.

(26) Cf. a apresentação resumida elaborada por HORTS SÄCKER: *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, BayVBl. 1979, pp. 193 e segs.; LEIBHOLZ-RUPRECHT: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar*, Köln, 1968, § 1, nº 2; também o Ministro da Justiça VOGEL teve de admitir: “o direito constitucional vigente estabelece, precisamente, que ao *Bundesverfassungsgericht* incumbe interpretar a Lei Fundamental, que tem, igualmente, a última palavra nos conflitos entre os órgãos constitucionais” (HANS-JOCHEN VOGEL: *Videant iudices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, DöV 1978, S. 667).

Direito Jurisprudencial ou de usurpação de poder se o *Bundesverfassungsgericht*, ao decidir determinada questão, explicita, inicialmente, os parâmetros necessários ao controle de constitucionalidade. Esses parâmetros são deduzidos a partir da Constituição como um todo, que, por seu turno, reconhece, expressamente, no seu art. 1.º, a existência de direito suprapositivo. Tanto a aceitação ilimitada de um direito suprapositivo, que observadores sagazes quiseram perceber desde cedo⁽²⁸⁾, quanto a renúncia à utilização de parâmetros suprapositivos, admitida em estudos posteriores⁽²⁹⁾, não parecem dignas de qualquer estranheza ou admiração (X). O *Bundesverfassungsgericht* não procura o direito nas estrelas, mas na Lei Fundamental, isto é, no direito positivo. Mas ele está obrigado a considerar o reconhecimento do direito suprapositivo, que empresta características especiais à Lei Fundamental. Essa característica permitiu que o Tribunal pudesse qualificar o entendimento segundo o qual “o poder constituinte originário pode disciplinar tudo consoante a sua vontade” como um “retorno à postura intelectual de um positivismo jurídico despidido de valores” (...) “há muito superado pela ciência e pela práxis jurídicas”⁽³⁰⁾. Na literatura jurídica chegou-se a falar de um “entendimento teórico prévio” (*verfassungstheoretisches Vorverständnis*)⁽³¹⁾. Todavia, a opinião segundo a qual o entendimento teórico prévio “correto” (*richtig*) seria “o consenso constitucional dos pensadores razoáveis e justos” (*der verfassungsrechtliche Konsens aller vernünftig und gerecht Denkenden*)⁽³²⁾ mereceu veemente contestação. Essa opinião expressaria apenas um “psicologismo positivista”⁽³³⁾. Ao contrário, os parâmetros utilizados pelo *Bundesverfassungsgericht*, se não estão fixados no próprio texto da Constituição, são desenvolvidos com base nas decisões fundamentais de cunho axiológico constantes da Lei Fundamental. A base desse método é a aplicação do princípio da unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*). Não se trata aqui, propriamente, de um postulado, mas de atributo resultante da simples existência da Constituição. É que não pode existir um sistema normativo que apresente contradições internas⁽³⁴⁾.

(27) Cf. PETER SCHNEIDER und HORST EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20, Berlin, 1963, p. 1 ff.

(28) CARL HERMANN ULE, *Urteilsanmerkung zum Urteil des BVerfG von 23-10-1951* (= BVerfGE 1, S. 14), DVBl. 1952, p. 17.

(29) PETER BADURA: *Verfassung, Staat, Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts*. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus

(28) CARL HERMANN ULE, *Urteilsanmerkung zum Urteil des BVerfG von Christian Starck*, 2. Bd. Tübingen 1976, p. 7.

(30) Decisão de 18-12-53, BVerfGE 3, 332; Cf. igualmente, Decisão de 14-2-68 BVerfGE 23, 106.

(31) EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20, Berlin 1963, p. 53.

(32) EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20, S. 101.

(33) GERHARD LEIBHOLZ: *Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1961*, VVDStRL 20, Berlin 1963, p. 118.

(34) Esse aspecto foi particularmente ressaltado por RUDOLF SMEND (*Verfassung und Verfassungsrecht*, München e Leipzig, 1928, pp. 75 e segs.).

A propósito, deixou assente FRIESENHAHN, por ocasião do 50.º Congresso dos Juristas Alemães, que “o reconhecimento da unidade da Constituição está dominando a doutrina e a jurisprudência” (35). Essa orientação tem sido reiterada pelo *Bundesverfassungsgericht* (36). Como decorrência lógica desse princípio, o Tribunal tem reconhecido, em todas essas decisões, a unidade do sistema de valores constante da Constituição. Inúmeras decisões recentes revelam esse entendimento. Na decisão de 26-5-1970, referiu-se o *Bundesverfassungsgericht* à “unidade da Constituição e à ordem de valores por ela protegida” (37). Ainda mais precisa afigura-se a formulação constante do julgado de 24-2-1971, no qual se cogita de “uma ordem de valores da Lei Fundamental” e da “consideração à unidade desse sistema fundamental de valores” (38). Na decisão de 14-2-1973, o *Bundesverfassungsgericht* reiterou a referência a uma “ordem constitucional unitária” e mencionou “as concepções valorativas imanentes à ordem constitucional que não foram incorporadas ou apenas parcialmente expressas no texto constitucional”, declarando a obrigação do Poder Judiciário de “identificar e de concretizar essas concepções de índole valorativa” (39).

O *Bundesverfassungsgericht* pôde recorrer a essa jurisprudência, desenvolvida ao longo de vários anos, quando teve de apreciar a constitucionalidade da nova redação emprestada ao § 218 do Código Penal. Ressaltou-se que a Lei Fundamental “criou uma ordem vinculada a valores, colocando o indivíduo e o princípio da dignidade humana como pedra angular de todas as suas prescrições. Tal como anteriormente enfatizado pelo Tribunal (BVerfGE 2, 1 (12), essa concepção assenta-se na idéia de que o homem tem um valor próprio e independente no contexto da ordem de criação. (. . .) Essa decisão fundamental da Constituição determina a conformação e a interpretação de toda a ordem jurídica. Também o legislador não dispõe de liberdade em face dessa decisão fundamental. Considerações sobre conveniência político-social ou mesmo necessidades políticas não podem superar esses limites constitucionais. Mesmo uma radical mudança na opinião pública — se isto se mostrasse suscetível de aferição — não acarretaria a modificação desses limites” (40).

A onda de protestos provocada por essas colocações parece fornecer elementos para uma reflexão mais detida. Em verdade, o *Bundesverfassungsgericht* nada disse de novo, limitando-se a confirmar entendimento ao alcance de qualquer pessoa razoavelmente informada sobre os princípios essenciais do Estado de Direito democrático. É evidente que o Tribunal está autorizado e, porque não dizer, obrigado a considerar, na interpretação de deter-

(35) ERNST FRIESENHAHN: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses. In: *Verhandlungen des 50. Juristentages*, Vol. II (Sitzungsberichte), Parte F/G, München, 1974, p. 64.

(36) Cf. BVerfGE 1, 32; 3, 231; 19, 220.

(37) BVerfGE 28, 261.

(38) BVerfGE 30, 193.

(39) BVerfGE 34, 287.

(40) BVerfGE 39, 67.

minados conceitos, as mudanças de concepções verificadas na sociedade. E a sua jurisprudência está a indicar que ele sempre levou a sério esse dever⁽⁴¹⁾. Todavia, quando não se trata mais de interpretação, mas de apreciação das decisões valorativas do constituinte, o *Bundesverfassungsgericht* atinge o limite último de sua competência. Por isso, afigura-se injustificável censurá-lo pelo exercício de um “rigorismo na conservação de uma ordem valorativa” com o “propósito de ampliar o domínio da interpretação sobre a realidade constitucional”⁽⁴²⁾.

VII — *Evolução sem critérios?*

Tem-se aqui mais um erro fundamental concernente à Constituição do Estado de direito democrático. Ele reside na equivocada utilização do conceito de *realidade constitucional* (*Verfassungswirklichkeit*). Evidentemente, se se caracteriza tudo o que ocorre na *realidade* como *realidade constitucional* (*Verfassungswirklichkeit*), acaba-se por retirar da Constituição — e, com isso, das demais normas infraconstitucionais — sua eficácia normativa e sua aptidão para proteger os direitos do indivíduo. A opinião segundo a qual o legislador deveria curvar-se a toda e qualquer mudança social leva, sem dúvida, a uma degradação da atividade legislativa, convertendo-a em “mera reprodução do espírito dominante em determinada época”⁽⁴³⁾. O filósofo HELMUT KUHN, preocupado com esse quadro, formula a seguinte indagação: “Deve ser entendida como tarefa do legislador a fixação de uma tendência político-moral da época, de um efêmero *ethos*? A tentativa de converter o historicismo em prática política é absurda”⁽⁴⁴⁾. E, mesmo assim, aqueles que defendem esse absurdo ousam qualificar-se, orgulhosamente, como “realistas”, ridicularizando como “legalistas” todos os que defendem a eficácia normativa da Constituição e a colocação da ordem jurídica no âmbito geral da cultura. O Estado de Direito liberal e democrático não tem qualquer problema para enfrentar a questão da mudança. A práxis do *Bundesverfassungsgericht* demonstra, de forma impressionante, esse fato. Ademais, somente a Constituição do Estado de Direito democrático é capaz de corresponder às mudanças dessas relações através de eventual reforma constitucional e da possibilidade de interpretação da Constituição em consonância com as novas concepções sociais. A apreciação dessas mudanças constitui, por isso, o grande problema da doutrina e da jurisprudência nessa ordem constitucional. Todo indivíduo que dispõe de informação mínima sobre a literatura jurídica sabe não inconsistente é a crítica normalmente suscitada no debate político sobre a resistência do jurista à mudança. (Abram-se parênteses para anotar que, nas circunstâncias atuais, essa crítica cor-

(41) Um exemplo é a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* sobre o conceito de propriedade e a amplitude da vinculação social da propriedade.

(42) ERHARD DENNINGER: *Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*, JZ 1975, pp. 547 e segs.

(43) JOSEF ZIEGLER: *Organverpflanzung*, Düsseldorf, 1977, p. 101.

(44) HELMUT KUHN: *Der Streit um die Grundwerte*. In: *Zeitschrift für Politik*, 1977, p. 31.

responde a uma condenação. Tudo que é considerado “mudança” há de ser aceito sem contestação. Aumentivo da mudança é a inovação. A forma superlativa vem expressa com o *slogan* “reforma”. Quando ecoa esse *slogan*, o cidadão deve calar-se. Pelo menos é dessa forma que uma parte dos nossos meios de comunicação concebe o processo de decisão política). É o conhecimento das dificuldades para manter as instituições do Estado em funcionamento que leva os juristas a acentuar a necessidade de preservação dos parâmetros normativos. A tentativa de resolver os problemas da mudança com o abandono desses referenciais revela uma sandice. Como guardião da Constituição, o *Bundesverfassungsgericht* tem não só o direito, mas também o dever de aplicar os parâmetros constantes da Lei Fundamental. No cumprimento desse dever, o Tribunal desempenha uma importante função de integração do próprio Estado.

VIII — O problema da “judicial self-restraint”

Essas circunstâncias não de ser contempladas na análise concernente ao *status* e às atribuições da jurisdição constitucional no Estado de Direito democrático. O seu entendimento situa-se, igualmente, no âmbito daqueles problemas abrangidos pelas expressões *political question doctrine* e *judicial selfrestraint* e haveria de preservar a sua validade, mesmo que um desses postulados, principalmente o primeiro, se afigurasse compatível com o ordenamento constitucional alemão. É certo, porém, que eles não têm qualquer pertinência com o modelo aqui vigente. Este não é o lugar adequado para aprofundar essas questões, que somente podem ser efetivamente apreciadas no âmbito de um estudo de Direito Constitucional comparado. Ressalte-se, porém, que na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não há lugar para uma *political question doctrine*. A função do *Bundesverfassungsgericht*, tal como desenvolvida acima, está a indicar que essa instituição é mais do que um simples Tribunal — o modelo judicial de controle somente foi concebido tendo em vista a garantia de independência — devendo proceder à aferição e legitimidade das decisões políticas do legislador com base no parâmetro constitucional. (Aliás, quais as decisões do legislador que, efetivamente, não são políticas?). Os críticos do *Bundesverfassungsgericht*, que lhe censuram a não-observância da *political question doctrine* desenvolvida pela Suprema Corte americana, não percebem que o Tribunal americano não é uma Corte Constitucional, mas, tão-somente, a última instância da jurisdição ordinária. Ademais, o direito norte-americano — conforme a tradição da *Common Law* — desconhece uma exata separação entre direito público e direito privado. Esses críticos equivocam-se, igualmente, por não considerarem que essa doutrina não foi desenvolvida pela Suprema Corte com o propósito de excluir todas as questões políticas da esfera jurisdicional. Ao revés a Suprema Corte americana somente exclui da esfera jurisdicional três categorias de questões políticas: 1) litígios entre órgãos estatais que não envolvem os direitos dos cidadãos; 2) questões para as quais inexistente parâmetro jurídico que possa embasar uma decisão; 3) casos in-

suscetíveis de ser resolvidos por uma decisão judicial⁽⁴⁵⁾. Corretamente, o próprio *Bundesverfassungsgericht* enfatiza no documento de 27-6-1952: “a jurisdição constitucional diferencia-se de outras formas de jurisdição (v.g. da jurisdição civil, penal e administrativa), fundamentalmente, pelo fato de ocupar-se de uma controvérsia jurídica peculiar, que é a controvérsia jurídica de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o direito político e o *Politico* (*das Politische*) em si mesmo é objeto do pronunciamento jurisdicional com base nas normas existentes⁽⁴⁶⁾. Tal entendimento resulta do *status* do Tribunal como guardião da Constituição no Estado de Direito democrático.

Não é preciso desenvolver qualquer esforço para encontrar um termo de comparação para o segundo princípio do direito constitucional americano acima referido (*judicial self-restraint*). *Judicial self-restraint* no sentido de que o *Bundesverfassungsgericht* deve exercer, efetivamente, o controle sobre as decisões políticas e, assim, pelo menos indiretamente, tomar decisões políticas. Isso não significa que o *Bundesverfassungsgericht* “faça” política, isto é. que dê início a processos políticos ou que empreenda iniciativas movido por razões políticas, tal como resulta do próprio princípio da divisão de poderes acima analisado. Como esse princípio estabelece uma distribuição básica de funções para o exercício do poder estatal indivisível, está o *Bundesverfassungsgericht* obrigado a praticar essa autolimitação. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem reconhecido, de forma reiterada, esse fato⁽⁴⁷⁾. Mesmo as decisões que não fazem referência expressa a essa questão deixam evidente a prática de *self-restraint* pelo *Bundesverfassungsgericht*. É o que se vê na prática reiterada da interpretação conforme à Constituição. “Se uma norma permite diversas interpretações que levam, de um lado, à declaração de inconstitucionalidade e, de outro, ao reconhecimento da constitucionalidade, a norma é constitucional e deve ser interpretada em conformidade com a Constituição⁽⁴⁸⁾.”

Igualmente relevante é o entendimento consolidado na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* quanto à impossibilidade de se apreciar,

(45) HORST SÄCKER: *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*. BvVBl. 1979, n. 194; FRIEDRICH A. v. d. HEYDTE: *Judicial selfrestraint eines Verfassungsgerichts im freiheitlichen Rechtsstaat?* in: *Festschrift für Willi Geiger*, Tübingen 1974, pp. 909 e segs.; HELGA SEIBERT: *Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten*, EuGRZ 1978, pp. 386 e segs.

(46) *Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts* de 27-6-1952, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF tomo 6 (1957), pp. 144 e segs.

(47) Cf. particularmente as Decisões de 7-7-1975, BVerfGE 40, 141 (Ostverträge) de 16-10-1977, BVerfGE 46, 160 (Fall Schleyer).

(48) BVerfGE 2, 282; 8, 41; 19, 5; 31, 132; 32, 383 segs.; 36, 271.

no âmbito jurisdicional, a conveniência e a adequação de uma lei. Somente quando leis absolutamente inadequadas ferem o princípio do Estado de Direito, é lícito ao Tribunal exercer sua função de controle. É nesse sentido o acórdão de 9-3-1971: "o princípio do Estado de Direito proíbe as leis gravosas, que se mostram de qualquer forma inadequadas a cumprir a sua finalidade. Mas o legislador dispõe de uma ampla liberdade para avaliar a adequação de uma lei (49). Deve-se recordar, ademais, que, na sua jurisprudência sobre o art. 3 da Lei Fundamental (princípio da isonomia), o *Bundesverfassungsgericht* sempre reconheceu a ampla "discricionariedade do legislador", identificando os seus limites apenas nos casos de notória arbitrariedade ou de ofensa às decisões valorativas do constituinte (50). Assim, pareceria recomendável que se analisasse a jurisprudência do Tribunal, antes de se fazer referência aos "Contra-capitães de Karlsruhe" ou de se usarem expressões como "Supremo Legislador", "supressão do Parlamento", "usurpação de tarefas evidentes do legislador", "Intromissão em pormenores", ou "política de relações exteriores segundo as diretrizes do *Bundesverfassungsgericht*" (51). Ao observador imparcial deve causar estranheza que o excessivo comedimento do *Bundesverfassungsgericht* não tenha sido ainda objeto de crítica. E, preocupado, poderá indagar sobre o desenvolvimento do Estado de Direito liberal e democrático da República Federal da Alemanha, se a pressão política exercida sobre o *Bundesverfassungsgericht* vier a lhe impor uma atuação ainda mais tímida, ou a restringir, de qualquer forma, o exercício de suas funções. Pode ser que, contrariamente ao estabelecido na Lei Fundamental, existam muitas tendências no sentido da criação de um "Estado dos juízes". É certo, todavia, que elas não decorrem da atividade do Tribunal. Constitui, portanto, erro fundamental combater esse processo à custa do *Bundesverfassungsgericht*.

(49) BVerfGE 30, 250.

(50) O número de decisões é tão elevado que a simples referência acabaria por preencher algumas páginas. Daí porque se refere aqui tão-somente a uma das primeiras e mais importantes decisões, referente ao "auxílio para investimentos" ("Investitionshilfe-Urteil", de 20-7-1954 (BVerfGE 4, 7).

(51) A utilização dessas expressões na controvérsia política é referida por HANS JOCHEN VOGEL: *Videant Judices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, DöV 1978, p. 665.

NOTAS DOS TRADUTORES

(I) Mantivemos, sempre que possível, a expressão *Bundesverfassungsgericht* para designar a Corte Constitucional federal alemã.

(II) Na decisão sobre a constitucionalidade do Tratado Básico celebrante as duas Alemanhas (*Grundvertrag*), proferida em processo de controle abstrato de normas, valeu-se o *Bundesverfassungsgericht* da chamada interpretação conforme a Constituição, afirmando a sua compatibilidade com Lei Fundamental da República Federal da Alemanha nos termos "da

interpretação resultante dos fundamentos da decisão" (*verfassungskonforme Auslegung*) (BVerfGE 30, 1) (3). O julgado mereceu severas críticas da opinião pública e da literatura jurídica, ressaltando-se, dentre outros aspectos, que, ao adotar a *verfassungskonforme Auslegung*, o Tribunal acabou por invadir seara de domínio exclusivo dos Poderes Executivo e Legislativo (Tomuschat, Christian, DÖV 1975, p. 801; Wilke/Koch, Aussenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts?, Juristenzeitung, 1975, p. 233; Cf. também Simma, Bruno, Der Grundvertrag und das Recht der völkerrechtlichen Verträge, AÖR 100 (1975), pp. 4 segs.; Vogel, Videant Judices! Zur Aktuellen Kritik am BVerfG, DÖV 1978, p. 665 (667).

(III) No chamado *Abtreibungsurteil*, cuidava-se de apreciar, em processo de controle abstrato de normas, a constitucionalidade dos §§ 218 a 220 do Código Penal, com a redação emprestada pela lei federal de 18-6-1974, que deixava de considerar crime (a) a interrupção da gravidez praticada nos 13 dias seguintes à concepção (§ 218, 1); (b) a interrupção da gravidez praticada por médico dentro das primeiras 12 semanas contadas da concepção (§ 218 a), bem como (c) aquela realizada por indicação médica e com o consentimento da gestante, decorridas mais de 12 semanas da concepção, se: (1) tivesse sido devidamente comunicada e houvesse perigo para vida ou para a saúde da gestante, insuscetível de ser afastado de outra maneira; ou se (2) houvesse razões que indicassem a forte probabilidade de que a criança, em virtude de condições genéticas ou de outras influências malélicas, surgidas antes do nascimento, pudesse vir a sofrer de grave e insuperável deficiência que tornasse impossível exigir da gestante a continuidade da gravidez, desde que ainda não decorridas mais de vinte e duas semanas desde a concepção (§ 218 b). Inicialmente, o *Bundesverfassungsgericht* deferiu medida cautelar (*einstweilige Anordnung*), nos termos dos § 32 da Lei de organização do Tribunal para (a) suspender a vigência do § 218 a, do Código Penal, na sua nova redação; (b) determinar que o disposto nos §§ 218 b e 219 do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticado nas primeiras doze semanas contadas da concepção; (c) estabelecer que o aborto praticado por médico com o assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas, não seria punível em caso de crime sexual (§§ 176, 177 oder 179, § 1º) e houvesse fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato. Na decisão definitiva, o Tribunal declarou a nulidade do art. 218 a do Código Penal, na sua nova redação, considerando-o incompatível com o art. 2, § 2º, 1º período (direito à vida e à integridade física) c/c art. 1, § 1º (proteção da dignidade humana). O Tribunal determinou, outrossim, nos termos do § 35 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que lhe outorga a faculdade de delegar a execução das decisões ou de fixar, em caso específico, a forma de execução de suas decisões, que, até a entrada em vigor da nova lei, (a) o disposto nos §§ 218 b e 219 do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticados nas primeiras doze semanas contadas a partir da concepção; e (b) que o aborto praticado por médico com o assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas, não seria punível se esta tivesse sido vítima de crime sexual (§§ 176, 177 oder 179, do Código Penal) e houvesse fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato, e (c) que o juiz poderia abster-se de aplicar pena, no caso de aborto praticado por médico, com

assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas contadas da concepção se configurada situação de perigo, que se mostrasse insuperável de qualquer outra forma.

(IV) A Lei do *Bundesverfassungsgericht* consagra, no § 31, (1), que as decisões do Tribunal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos Tribunais e autoridades, estabelecendo a chamada *Bindungswirkung* (efeito vinculante). No § 31 (2) da referida Lei estabelece-se a eficácia ampla e geral, a chamada *Gesetzeskraft* (força de lei), das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas, no processo de *verificação de normas* (*Normverifikation*), que permita ao Tribunal aferir se determinada regra de Direito Internacional Público integra o ordenamento federal (Lei Fundamental, art. 100, § 2º), e daquelas proferidas nos processos destinados a verificar eventual subsistência de uma lei pré-constitucional como direito federal (Lei Fundamental, art. 126). No § 31 (2) determina-se ainda, como consequência da *eficácia ampla e geral* emprestada a essas decisões, que o Ministro da Justiça diligencie a publicação da parte dispositiva do julgado (*Entscheidungsformel*) no Diário Oficial da União, em caso de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, ou de nulidade de uma lei.

(V) Na referida decisão, proferida em processo de conflito entre órgãos (*Organstreitigkeit*) concernente à propaganda do Governo realizada no período imediatamente anterior às eleições parlamentares de 3-10-76, o *Bundesverfassungsgericht* declarou a ilegitimidade da prática adotada por afronta ao princípio da *igualdade de chances* entre os partidos políticos (Lei Fundamental, arts. 21, § 1º, e 38, § 1º). Em síntese, o Tribunal deixou assente que: a) a Constituição veda a identificação dos órgãos constitucionais com os partidos políticos ou candidatos, sendo indevida a utilização de recursos públicos para incentivar ou prejudicar os postulantes a cargos eleitorais; b) é incompatível com o princípio da temporariedade do mandato parlamentar que o Governo Federal, enquanto órgão constitucional, participe do processo eleitoral com o propósito de assegurar a própria reeleição; c) a intervenção de órgãos do Estado no processo eleitoral fere o direito de *igualdade de chances* entre os partidos políticos; d) a intervenção de órgãos do Estado nas eleições parlamentares afigura-se igualmente indevida se praticada sob a forma de propaganda oficial do Governo. Esse trabalho de divulgação encontra o seu limite onde começa a propaganda eleitoral; e) o dever do Governo Federal de se abster de qualquer participação no processo eleitoral exige comedimento e impede a divulgação oficial ainda que em forma de "relatório de desempenho"; f) o Governo Federal deve empreender as medidas necessárias a evitar que o material produzido para divulgação oficial seja utilizado por partidos, organizações ou grupos de correligionários (BVerfGE 44, 125 — 126).

(VI) A relevância da jurisdição constitucional para a concretização da democracia foi ressaltada por Kelsen, na famosa conferência de 1928, quando destacou o significado do controle de constitucionalidade para a defesa da minoria, qualificando-o como instrumento adequado a evitar que o poder de decisão da maioria acabe por se converter em autêntica ditadura (KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5, Berlin e Leipzig, 1929, p. 30 (75, 81). Daí considerar importante que

se assegurasse a uma minoria parlamentar qualificada o direito de provocar a Corte Constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5, Berlin e Leipzig, 1929, p. 30) (75). Em tempos mais recentes, tem-se reconhecido a defesa da minoria, enquanto expressão do pluralismo e característica do sistema democrático, como princípio básico do Direito Processual Constitucional. Essa idéia encontra sua expressão tanto na outorga do direito de instaurar o controle abstrato de normas a uma minoria parlamentar qualificada (um terço dos membros do Parlamento Federal), quanto no estabelecimento de mecanismos que assegurem o direito de manifestação de diferentes segmentos sociais no juízo de constitucionalidade (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 26). O Direito Processual Constitucional alemão rende homenagem à defesa da minoria ao exigir que a nomeação de juizes da Corte Constitucional se efetive mediante maioria qualificada (dois terços) dos votos dos membros do Conselho Federal ou dos integrantes da Comissão especial do Parlamento Federal (Cf. a propósito, Häberle, Peter, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, p. 1) (29-30).

(VII) Segundo entendimento dominante no Direito Constitucional alemão, o princípio do Estado de Direito compõe-se, dentre outros, pelos seguintes elementos: (a) o princípio da divisão de poderes, (b) os postulados da supremacia da lei e da reserva legal, (c) o princípio da segurança jurídica (irretroatividade da lei e proteção da boa fé), (d) o princípio da clareza e precisão da norma jurídica (*Rechtsklarheit und Bestimmtheit der Norm*), (e) o princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeit und Übermaßverbot*), (f) o princípio da proteção jurídica (*Rechtsschutzgarantie*) e (g) o direito de resistência (Cf. Degenhart, Christoph, *Staatsrecht*, Heidelberg, 1987, pp. 70-122).

(VIII) O art. 80, I, da Lei Fundamental estabelece, *verbis*: “O Governo Federal, um ministro de Estado ou os Governos Estaduais podem ser autorizados a editar decretos. Nesse caso, deve a lei prescrever o conteúdo, o objetivo e os limites da autorização. O fundamento jurídico deve constar do decreto. Se a lei estabelecer que a autorização pode ser delegada a outro órgão, é indispensável que delegação seja formalizada por decreto”. Pretendeu-se, com a disposição em apreço, evitar a derrogação tácita do princípio da legalidade e do princípio democrático através de uma “*transferência silenciosa*” do poder de legislar ao Executivo (*eine geräuchlose Verschiebung*). Ao mesmo tempo, estabeleceu-se restrição a uma eventual “*fuga da responsabilidade*” (*Flucht aus der Verantwortung*) por parte do legislador, compelindo-o a fixar as linhas fundamentais da legislação (conteúdo, objetivo e limite) e obviando as autorizações gerais e abstratas (*Globalermächtigungen*, utilizadas abusivamente na República de Weimar (FRITZ OSSENBUHL, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1988; p. 86; KARL-HEINZ SEIFERT e DIETER HÖMIG, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Taschenkommentar), Baden-Baden, 1985, pp. 368/370).

(IX) Sob o título “*Denkschrift do Bundesverfassungsgericht*”, 20 dos 22 membros do Tribunal dirigiram-se, em 27-6-1952, ao Presidente da

República, ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal e ao Governo Federal, requerendo fossem asseguradas ao Tribunal as condições básicas para o desempenho das funções que lhe foram constitucionalmente confiadas. Após precisar o *status* do *Bundesverfassungsgericht* como órgão constitucional (*Verfassungsorgan*), o documento exigia autonomia administrativa, reconhecimento do *status* especial aos juizes, e autonomia financeira, caracterizada por dotação própria no orçamento federal (Cf. a propósito, LAUFER, Heinz, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, Tübingen, 1968, pp. 278-309; DOLZER, Rudolf, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, pp. 43-45).

(X) Na Conferência da Associação Alemã dos Professores de Direito Público, de 1928, a questão relativa à utilização de parâmetros suprapositivos no juízo de constitucionalidade já havia merecido alguma atenção. Kelsen sustentou então que a Corte Constitucional deveria limitar-se a aplicar os parâmetros constantes da Constituição (KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer — VVDStRL —, Heft 5, 1929, pp. 68 e segs.). O tema ganhou nova dimensão no pós-guerra. O Tribunal Constitucional afirmou, em várias decisões, a existência de um direito suprapositivo, hábil a vincular o próprio constituinte (Cf. Marcic, René, *Von Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, 1957, pp. 205 e segs.). No julgado proferido em 23-10-1951, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a existência de direito suprapositivo, bem como de sua competência para aferir a compatibilidade de normas de direito positivo em face desses princípios superiores (BVerfGE 1, 14) (17). Posteriormente, o Tribunal, embora reafirmasse o entendimento de que a suposição da validade absoluta da norma constitucional traduziria a adoção de um positivismo despedido de valores, concepção há muito superada pela Ciência Jurídica, assentou que probabilidade de que o legislador democrático viesse a ultrapassar esses limites equiparava-se quase a uma impossibilidade prática (BVerfGE 3, 225) (232-233). Essas considerações mostram o duplo aspecto que envolve o problema: de um lado, o reconhecimento da existência de um direito suprapositivo; de outro, a questão concernente à possibilidade de um Tribunal, instituído pela Constituição, superar essa Constituição, que lhe empresta fundamento, para, eventualmente, declarar a sua parcial nulidade (NAWIASKY, Hans, *Positives und überpositives Recht*, Juristenzeitung, 1954, p. 716). Além desse argumento de índole jurídico-funcional (EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* VVDStRL, Heft 20, 1963, p. 79), é lícito indagar se o *Bundesverfassungsgericht* poderia reivindicar aqui, igualmente, um monopólio da censura constitucional, ou se haveria de reconhecer a competência de juizes e tribunais para proceder à aferição da compatibilidade do direito positivo com esses princípios suprapositivos (EHMKE, op. cit., p. 79). Essas considerações e o reconhecimento de que a Teoria Constitucional dispõe, hodiernamente, de sólido baldrame doutrinário, que torna dispensável o recurso a esses postulados, têm levado alguns eminentes doutrinadores a defender uma *Teoria Constitucional sem Direito Natural* (*Verfassungstheorie ohne Naturrecht*) (HÄBERLE, Peter, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978, pp. 93 e segs.).