



Thiago Pádua: Otto Bachof ensina que ministros devem ter mandato

Existem lições constitucionais de vários tipos. Algumas são inconstitucionais, ilegais e/ou imorais; outras, a propósito, acrescentam nesta última palavra a consoante “t”, entre as letras “r” e “a”, fazendo com que sua imortalidade seja constatada para além de um mero jogo de palavras, exatamente pela densidade que deixa aos pósteros, geralmente porque são, ao mesmo tempo, imanentes (importantes para o momento em que foram produzidas) e transcendentais (pois também importam, mesmo vários anos depois de sua produção).

Deste último tipo parecem ser imortais dois textos de Otto Bachof, que precisam ser lidos conjuntamente, e de maneira contextualizada: “Normas Constitucionais Inconstitucionais”[1] (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* – de 1951) e “Juizes e Constituição”[2] (*Grundgesetz und Richtermacht* – de 1959), sobretudo num momento jurídico-político como o que vivenciamos no Brasil, cerca de 30 anos após a promulgação da Constituição de 1988, pois nosso constitucionalismo brasileiro ainda não fez a dupla travessia de que fala Giorgio Pino, com base em Giovanni Tarello: ainda não atravessamos a ideia de mudança da constituição como “manifesto político” para a constituição como “norma”, e nem superamos a ideia de Constituição como “limite”, para a necessária ideia da Constituição como “fundamento”[3].

Por isso, é importante, antes de mais nada, contextualizar seu autor, a partir de Francisco Sosa Wagner, aquele que escreveu a monumental obra “*Maestros alemanes del Derecho publico*”[4], para a qual Bachof representou importante contribuição com suas memórias sobre épocas, pessoas e episódios. É o retrato de Sosa Wagner que utilizo aqui, em tradução livre[5].

Otto Bachof nasceu em Bremen e faleceu pouco depois de completar 92 anos (1914-2006). Coursou Direito em várias faculdades, quando isso já era comum entre estudantes alemães, mas no caso de Otto há um elemento político importante. Inicia seus estudos em Friburgo, depois se transfere para Berlim, Königsberg e Munique. Segundo consta, quando Martin Heidegger era reitor em Friburgo, teria obrigado os estudantes a se associarem a um agrupamento de inspiração nazista que, depois de terminada a doutrinação, deveriam ingressar nas fileiras das SS ou das SA hitleristas. Bachof, entretanto, optou pelas SA, mas como não queria fazer parte do grupo, vagou constantemente, com muitas mudanças de domicílio, até que fosse dado como “desconhecido” pelas listas destas organizações.

Em 1935, concluiu seu primeiro exame de qualificação em Munique, com as melhores notas e, posteriormente, em 1938, concluiu um segundo “exame de Estado”, obtendo seu doutorado em Friburgo, com uma tese sobre o Direito eclesiástico (Otto era protestante). Foi aluno de Triepel, Van Calker, Hermann von Mangoldt, Theodor Maunz e, por um breve período, também de Carl Schmitt. Sobre este último, Bachof estava pronto para frequentar um seminário ministrado por Schmitt, mas logo o abandonou “pela intolerância e sua maneira autoritária de dirigir os debates”. Chegou a redigir um argumento para o seminário, mas um dos assistentes o dissuadiu de participar, porque citava autores que não eram tolerados por Schmitt; então, o próprio Bachof procurou pessoalmente “Herr Professor”, que de fato desaconselhou sua participação no seminário.

Em suas memórias, Bachoff se recorda das exatas palavras de Schmitt, ao desencorajar sua participação



no seminário: “Espero que você não venha a se lamentar”. Ao recordar tais lembranças, 70 anos depois, com uma garrafa de vinho nas mãos e um sorriso malicioso nos lábios, costumava dizer: “é obvio que jamais lamentei”. Posteriormente, em outra ocasião, recebeu um convite de Carl Schmitt para outro seminário, cujo tema era “Quem ama a Deus, ama Hitler”.

Otto Bachof esteve na guerra como tenente, nas frentes alocadas na Itália e na França, no setor de telecomunicações; ao término da guerra foi inicialmente utilizado pelos americanos em tarefas burocráticas, mas quando estes foram substituídos na administração da zona pelos franceses, Bachof foi internado em um campo de concentração por três meses, sem que jamais houvesse sido formulada a devida acusação. Depois de ser posto em liberdade, não conseguiu recuperar sua antiga ocupação de imediato, tendo que ir trabalhar como “peão de pedreiro”, até 1947, quando volta ao seu ofício e, logo depois, assume como Juiz do contencioso administrativo; nesta condição, trava contato com Walter Jellinek, que havia recuperado sua cátedra em Heidelberg, e que se propôs a dirigir seu trabalho de habilitação.

Depois disso, fica clara sua carreira acadêmica: em 1952 em Erlangen, e depois convidado por quatro universidades (Kiel, Frankfurt, Berlim e Tübingen). Como se sabe, optou por Tübingen, em 1955, vindo a se aposentar em 1979. No ano de 1967, esteve prestes a ser escolhido para o cargo de Juiz do Tribunal Constitucional, por indicação do SPD (o Partido Social-Democrata alemão), mas na última hora, em razão de uma mudança nos ventos da política, não conseguiu chegar à Corte Constitucional.

Como professor, dirigiu muitas teses doutorais (sendo reconhecidamente bastante exigente), e também trabalhos de habilitação, como no caso da pesquisa de Dietrich Jesch, que o consagrou (*Gesetz und Verwaltungsrecht*). Seus trabalhos mais importantes, a propósito, são os que se referem aos conceitos jurídicos indeterminados e às potestades discricionárias (*Beurteilungs spielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*), de 1955, que tanto influenciou Garcia de Enterría, em solo espanhol.

Portanto, sempre que se mencionar Otto Bachof, é preciso contextualizar não apenas sua obra, mas também sua trajetória, para que fiquem claras (e façam sentido) suas ideias e proposições. Como mencionaram Lenio Streck, Vicente Barreto e Rafael Oliveira, não são muito conhecidas “as motivações históricas que levaram o professor” Otto Bachof a se inclinar pela tese das “normas constitucionais inconstitucionais”, vale dizer, o contexto de “outorga da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn (1949)”, que poderia não refletir um autêntico modelo alemão: um documento Constitucional “produzid[o] sob os auspícios do governo de transição, não poderia ser chamada de Constituição (*Verfassung*) porque lhe faltava o elemento de legitimação popular: não foi o povo alemão que colocou as regras que nela se apresentavam”[6].

Feitas essas considerações, começo por “Juizes e Constituição” (*Grundgesetz und Richtermacht*). Trata-se de discurso com que Otto Bachof assumiu a reitoria da Universidade de Tübingen, em 1959, e no qual ele formulou perguntas que permanecem atuais, mesmo 60 anos depois de elaboradas: a lei fundamental fez bem em deixar tanto poder nas mãos dos juizes? Por que se tomou este caminho? Ou, dito de outra forma, quais as razões se tem a favor desta solução? Que razões são contrárias a ela? Quais os inconvenientes desta solução? Como se deve pesar os prós e os contras?



Em sua percepção, caberia aos juízes o papel de interpretar a lei e a Constituição, mesmo que tivessem que declarar inválida uma norma da própria Constituição originária (em suas palavras: “a possibilidade de que o juiz possa se negar a seguir também uma norma constitucional, porque ela entra em contradição com as ideias de justiça existentes anteriormente à Constituição”) (p. 65), mas os riscos da politização da justiça estariam minorados se houvesse um procedimento adequado de escolha dos juízes, que ele reconhecia ainda não ser o melhor, em que a indicação dos juízes para o Tribunal Constitucional é pluralizada, com participação e iniciativa de escolha fragmentada, e com prazo de mandato certo. Se pensarmos no STF brasileiro, comparativamente ao modelo mencionado por Bachof, os riscos de politização entre nós merecem atenção imediata, e certamente Otto Bachof não anuiria com o modelo brasileiro atual.

Com efeito, Bachof também não referendaria a pretensão de que Juízes constitucionais sejam guiados pela pressão da opinião pública, embora possam considerá-la, mas é preciso reconhecer que há um erro de análise comparativa em seu discurso, quando asseverou que na Suprema Corte americana, em 1937, Roosevelt teria fracassado em sua tentativa de “empacotar” o tribunal porque a opinião pública teria reagido contra isso (p. 64). Antes, o contrário. Como se sabe hoje, o que ocorreu ali foi uma verdadeira “chantagem” que se baseou na força presidencial sobre a opinião pública, bastando mencionar que quando Roosevelt ameaçou com seu plano de “empacotamento da Corte”, os justices passaram a não mais incomodar juridicamente o “*New Deal*”. A chantagem (da, e não contra a) “opinião pública”, funcionou.

Oito anos antes, Otto Bachof pronunciara sua famosa conferência (1951), sobre as “Normas Constitucionais Inconstitucionais” (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*), na qual propugnou pela possibilidade de “incorporação de valores metafísicos no sistema constitucional” (p. 108-112), no sentido de que os Tribunais Constitucionais poderiam deixar de aplicar um texto constitucional (veja-se a importância da diferenciação entre texto e norma) quando houver o desaparecimento dos “pressupostos fixados pelo constituinte”, levando a “ausência de vigência”, algo próximo ao raciocínio de Krüger sobre “mutação” (p. 113-114), embora Bachof tenha dito, previamente a este raciocínio, que os tribunais, por motivos práticos, no futuro, propugnarão por um “parâmetro de controle provavelmente na ‘positividade terrena’ da Constituição”, mesmo assim, para Bachof, esse não seria o último fundamento de controle.

Bachof deixou muitas lições ao Supremo Tribunal Federal, dentre elas: 1) Sua teoria (NCI) não se aplica a territórios nos quais não tenha havido “imposição de um documento constitucional” por forças de ocupação; 2) Os perigos da politização da Justiça só estariam parcialmente controlados se houvesse radical modificação no modelo de indicação de juízes, com mandato; 3) Se houver a inclinação pela inserção de “valores metafísicos” na Constituição, é preciso ser “explícito” a respeito, por questão de honestidade jurisdicional; 4) Mesmo que se busque camuflar tais “valores metafísicos”, com uma suposta “positividade terrena”, significa que, como Cronos, a Constituição estaria permitindo que uma de suas instituições a devore, como mencionado por Menelick[7], e como tal, apenas ficaria provado que realmente não fizemos a “dupla travessia” (manifesto político para norma; e limite para fundamento), como destacado por Giorgio Pino (a lição suprema fundamental).



- [1] BACHOF, Otto. *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?* Trad. Leonardo Álvarez Álvarez. Lima: Palestra Editores, 2010.
- [2] BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
- [3] PINO, Giorgio. *Diritti e Interpretazione: Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bolonha: Mulino, 2010, p. 118-119.
- [4] SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del Derecho publico*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- [5] SOSA WAGNER, Francisco. Otto Bachof: *In Memoriam*. Revista de Administración Pública, n. 170, 2006, p. 383-387.
- [6] STRECK, Lenio; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Normas constitucionais inconstitucionais ou Labo B*. **ConJur** de 19.07.2009.
- [7] CARVALHO NETTO, Menelick. *A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (Org). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25.

Date Created

14/01/2018