A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL COMO ASPECTO DO CONDICIONAMENTO HISTÓRICO-CULTURAL DAS TEORIAS DO DIREITO: O CASO DA "JURISPRUDÊNCIA HERMENÊUTICA" E DO CONSTITUCIONALISMO JURIDISTA DA REPÚBLICA DE BONN

THE CONSTITUTIONAL EXPERIENCE AS AN ASPECT OF HISTORICAL – CULTURAL CONDITIONING OF RIGHT THEORY: THE CASE OF " HERMENEUTIC CASE LAW" AND THE JUDICIAL CONSTITUTIONALISM FROM BONN'S REPUBLIC

Gustavo Just*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este artigo esboça alguns elementos de uma compreensão contextual da jurisprudência hermenêutica (isto é, a corrente teórica desenvolvida na Alemanha a partir dos anos sessenta sob a influência direta da hermenêutica filosófica e no âmbito da nova "querela metodológica"), explorando, sobretudo, a sua interação com o constitucionalismo juridista da República de Bonn.
Palavras-chave: Constitucionalismo. Teoria do direito. Filosofia hermenêutica. Contextualismo. Historicidade.

Abstract: This article sketches some elements of a contextual understanding of the hermeneutical jurisprudence (that is the theoretical stream developed in Germany since the 60's under the direct influence of the philosophical hermeneutics and in the frame of the new "methodological quarrel") by reference chiefly to its interaction with the "juridism" of the constitutionalist model first set up by the so-called Republic of Bonn.
Key Words: Constitutionalism. Hermeneutical philosophy. Legal theory. Contextualism. Historicity.

1. Introdução

O significado e o "valor" das teorias do direito não são independentes das circunstâncias que formam a sua historicidade. A consideração da pertinência das teorias a determinados contextos histórico-culturais não é relevante apenas para explicar o seu aparecimento ou reconstituir a sua evolução; uma etapa necessária da própria tentativa de compreensão, isto é, de interpretação das idéias é a busca das conexões de sentido entre as elaborações teóricas e a contingência das questões e dos condicionamentos que as precedem e as envolvem, e em função dos quais unicamente cada teoria se apresenta como algo de inteligível — na medida em que extrapola o âmbito do puramente teorético e se deixa apreender como um esforço, oriundo tanto da dúvida metódica quanto da inquietação existencial, para atribuir (ou reatribuir) um sentido a uma realidade em crise (da legitimidade política, da indeterminação do direito, da racionalidade do saber dos juristas).

A idéia de contexto coloca problemas evidentes de extensão e generalidade:

* Doutor em Direito.

no âmbito da discussão de uma epistemologia hermenêutica e, por assim dizer, "contextualista" das ciências sociais já se advertiu (fazendo-se eco com isso a uma reflexão clássica de Heidegger) para o fato de que a palavra "mundo" seria mesmo o termo mais geral para designar a totalidade holística de significado cultural sugerida pela noção de contexto. Mas os trabalhos de história das idéias jurídicas vêm referendando, ao menos implicitamente, uma solução que consiste em tentar apreender a pertinência histórico-cultural do pensamento jurídico a partir da referência, por um lado, às estruturas e à dinâmica da organização política e jurídica e, por outro, aos modelos intelectuais ou mais amplamente culturais subjacentes ou explicitamente adotados — e nada impede que a leitura da teoria contemporânea do direito também adote essa dupla referência como forma de acesso, parcial mas interrogativamente fecundo, ao "contexto próximo" das elaborações mais teóricas dos juristas (Just, 2005 b).

É por isso que uma tentativa de compreensão da chamada "jurisprudência hermenêutica" não pode deixar de levar em consideração o estreito condicionamento dessa corrente pelo processo de reconstrução, no segundo pós-guerra, da experiência político-constitucional da República Federal da Alemanha, tanto no plano das formas institucionais como no das correspondentes representações. É verdade que a conversão de muitas das teses da jurisprudência hermenêutica em componentes doutrinários daquilo que alguns agora chamam de "neoconstitucionalismo" prolongou no tempo e internacionalizou a sua influência, o que faz com que a essa altura seja delicado, mas finalmente de pouquíssima ou nenhuma relevância, saber se o que se propõe aqui é um exercício de história (recente) das idéias ou de interpretação do horizonte contemporâneo do pensamento jurídico.

2. Uma teoria do direito de inspiração hermenêutica

2.1. Antiformalismo e circularidade

O que se quer designar com a expressão "jurisprudência hermenêutica" (daqui em diante: JH) é a ampla corrente teórica, constituída principalmente ao longo das décadas de 1960 e 1970, em cujo âmbito a teorização da interpretação e do raciocínio jurídicos foi reorientada sob influência direta da filosofia hermenêutica, e em especial do pensamento de Hans-Georg Gadamer. Essa corrente, que dominou amplamente a "nova querela metodológica" alemã e que conta entre seus protagonistas os nomes de Josef Esser, Karl Larenz, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Martin Kriele, Reinhold Zippelius, Konrad Hesse, Peter Häberle e Horst Ehmke, insere-se no contexto de um vasto movimento antiformalista que se configura e se desdobra no segundo pós-guerra, e que constitui um dos traços mais marcantes da teoria e da filosofia do direito naquele período, sobretudo na Alemanha. Um primeiro aspecto desse antiformalismo diz respeito à concepção da práxis decisória e do *raciocínio* que lhe corresponde, em que desempenha agora um papel central a crítica da idéia de que a decisão judicial é ou pode ser obtida ou racionalmente fundamentada, sempre ou como regra geral, segundo um raciocínio puramente dedutivo, axiologicamente neutro, a partir de um enunciado normativo contido na lei ou dela extraído. Uma concepção "material" do raciocínio e da prática jurídica já estava presente em escolas mais antigas, mas agora aparece associada a um ponto de vista axiológico: rejeita o reducionismo sociológico que atribui valor explicativo ou mesmo normativo autônomo ao momento fático da experiência jurídica e valoriza a idéia de que a presença de valorações e, portanto a di-

mensão criativa da aplicação do direito são essenciais à práxis jurisdicional, ao passo que antes eram pensadas principalmente com referência a situações excepcionais ou então relegadas, pelo positivismo lógico mais avançado de um Kelsen ou de um Engisch, ao âmbito (de contornos vagos) do "quadro" das interpretações possíveis. O segundo aspecto é o enquadramento dessa concepção axiológica da aplicação por uma *epistemologia* de orientação antiformalista, que se traduz pelo abandono do projeto de fundar uma ciência jurídica conforme ao paradigma lógico-empírico, e da qual decorre a introdução de eixos de reflexão estranhos ao sentido geometrizante do racionalismo próprio desse paradigma, tais como a tópica e o "pensamento problemático", o concreto e a concretização, a "lógica material", o direito como "saber prático", os princípios etc. O livro de Viehweg publicado em 1953, *Topik und Jurisprudenz*, é muito representativo da convergência dessas duas dimensões do antiformalismo e deflagrou uma série de novas tendências — cujos desdobramentos posteriores, um tanto heterogêneos, iriam do ceticismo retórico de um Ballweg à teoria do discurso jurídico racional de inspiração habermasiana, passando pela "nova retórica" de Perelman e pela própria JH —, sendo ainda revelador de seu amplo pano de fundo filosófico e cultural: historicista, relativista, perspectivista, "problemático".

A especificidade do ponto de vista progressivamente elaborado no âmbito da JH consiste então em considerar que o irrealismo metodológico somente poderia ser inteiramente corrigido caso se conseguisse pensar a *circularidade hermenêutica* da interpretação jurídica, o que permitiria superar, para além do dogma da determinação do sentido e do modelo silogístico, uma implicação mais profunda da metodologia formalista, qual seja a imagem de *linearidade*, *hierarquização* e *secionamento* do processo decisório. É a essa ambição que a JH dedica suas considerações sobre os diferentes aspectos da dialética do processo de aplicação, e é na filosofia de Gadamer que ela encontra o essencial de seus fundamentos teóricos. Para a JH não se trata simplesmente de reconhecer que o intérprete *elabora* as premissas do seu raciocínio, mas de compreender o desenrolar dialético dessa elaboração, superando dentre outras coisas a idéia de que a interpretação da lei e a qualificação dos fatos seriam dois atos separados. Não existe uma espécie de construção paralela das duas premissas, que só se encontrariam no momento de confrontar os resultados respectivos a fim de proceder à subsunção. Os dois planos ou lados do raciocínio jurídico, como os chama Esser, o da previsão legal (*Tatbestandseite*) e o da qualificação das relações fáticas (*Sachverhaltseite*), desenvolvem-se simultaneamente, e não sucessivamente. A experiência do direito penal, marcada pela busca de uma rigorosa "correspondência" entre o caso concreto e o tipo legal, inspirava uma primeira visão dessa circularidade. Kaufmann, penalista e filósofo do direito, evoca o exemplo de um caso decidido pela justiça alemã, cujos fatos à primeira vista pareciam muito simples: um homem jogara ácido clorídrico no rosto de uma operadora de caixa a fim de lhe roubar a bolsa. A questão jurídica consistia em saber se o ácido configura uma "arma" no sentido do § 250 do Código Penal que define o roubo qualificado. A análise do problema não poderia ir muito longe caso se adotasse a visão tradicional da separação entre premissa normativa e premissa fática. Por um lado, no sentido literal o ácido não é uma arma. Por outro lado, se se tratasse de qualificar os fatos sem levar em consideração uma norma, a questão de saber se o ácido é uma arma não seria sequer colocada. Só

se pode deparar com essa questão caso se *pressinta* (caso se "pré-compreenda") esses acontecimentos com um caso possível de roubo qualificado. Se, ao contrário, são pressentidos de outro modo, por exemplo, como uma tentativa de homicídio, então a questão de saber se o ácido é uma arma não tem mais nenhuma relevância. Kaufmann identifica aqui tanto a importância da pré-compreensão para o acesso ao problema jurídico pertinente quanto a circularidade do processo de compreensão. "Só posso compreender o caso concreto como um caso de roubo qualificado quando eu souber o que é um roubo qualificado; mas não posso saber o que é um roubo qualificado sem uma análise adequada do caso concreto. A *interpretação* que faz de uma norma legal uma previsão normativa (*Tatbestand*) ocorre no caso concreto, e a *construção* que transforma o caso concreto (os fatos) num caso típico (*Sachverhalt*) ocorre dentro da norma legal" (Kaufmann, 1994: 161-162).

O reconhecimento dessa circularidade afeta imediatamente a imagem da "estrutura" ou da "forma" do raciocínio desenvolvido pelo operador do direito. A concepção tradicional da aplicação, marcada pela visão de uma hierarquia entre o normativo abstrato e o fático concreto a lhe ser "subsumido", não se sustenta mais a partir do momento em que se compreende que o conteúdo do "normativo" não pode ser determinado abstratamente, mas unicamente em função da situação concreta a ser decidida. Para se ter uma representação realista do que os juízes fazem não basta reconhecer a abertura e a indeterminação da regra jurídica. Essa indeterminação por si só não compromete a hierarquia abstrato-concreto, apenas transfere do legislador para o juiz, no todo ou em parte, a tarefa de determinar, sempre abstratamente, a premissa maior do silogismo. O passo decisivo para se obter mais "realismo" metodológico consiste exatamente em dissipar a antinomia abstrato-concreto enquanto tal, e não apenas enquanto corolário dos dogmas da completude do direito legislado e do automatismo da sua aplicação. A JH procura então explorar a idéia de que não existe interpretação abstrata da norma, que toda interpretação é aplicação, solução de um caso, que a plenitude de sentido não é uma qualidade abstrata da norma em si e que esse sentido só pode ser buscado em vista de uma situação concreta de aplicação (real ou imaginária, acrescentam alguns). Ao mesmo tempo, o secionamento entre interpretação da lei e qualificação dos fatos é agora substituído pela famosa imagem do "vaivém do olhar" (*Hin- und Herwandern des Blickes*)[1] entre os possíveis significados da norma e as possíveis qualificações da situação material. Um movimento oscilatório do raciocínio que rompe também com a linearidade de sua representação tradicional: em lugar de um encadeamento ordenado e metódico de etapas fala-se agora numa alternância entre os dois planos e numa sucessão de hipóteses provisórias referentes tanto aos respectivos resultados (a *fattispecie* e a qualificação dos fatos) quanto à solução do litígio.

A condução dessas reflexões mostra-se às vezes sensível ao problema, assim implicitamente colocado, da vinculação da concepção metodológica tradicional ao dualismo *Sein-Sollen*. A consciência dessa questão teórica mais abstrata pode orientar as investigações no sentido de tentar formular uma teoria metodológica original concentrada na exploração da relação entre "norma" e "realidade".[2] Tal parece ser o caso da audaciosa "teoria estruturante" de Müller, para quem o normativo — isto é, "tudo aquilo que determina o caso concreto, tudo o que orienta a solução desse caso" (Muller, 1996: 106) — não se encon-

tra apenas no texto da "norma" legislada, mas também em aspectos da própria realidade. A *normatividade* (no contexto de sua concepção da *Rechtsfindung* Müller fala em normatividade, mais do que em norma) é construída no curso de um processo, dito de "concretização", de que fazem parte as "estruturas materiais" da realidade, na medida em que alguns dos aspectos desse âmbito material geral (*Sachbereich*) são selecionados (recortados) pelo "programa normativo" (resultante da interpretação do texto da norma) e desse modo "alçados" à normatividade a título de "âmbito normativo" (*Normbereich*). Um estudo dedicado exclusivamente à JH deveria aliás demorar-se mais a respeito de Müller, porque com ele a concepção hermenêutica da estrutura dos processos decisórios assume ares mais "construtivistas". Não se trata mais simplesmente de "colocar" a imagem de um vaivém do olhar no lugar da concepção hierarquizada e secionada da aplicação, mas também de a explorar metodicamente: a concretização inclui tanto a interpretação do texto quanto a *análise do âmbito normativo*, passando o tratamento metódico dessa análise a constituir todo um programa teórico (Muller, 1976: 246 e 255).

2.2. Da circularidade às condições de possibilidade da interpretação

Todas essas idéias evocam imediatamente teses e temas muito conhecidos da filosofia hermenêutica: o círculo hermenêutico da compreensão, a pré-compreensão ou ainda a impossibilidade de dissociar a interpretação da aplicação. Mas não se referem apenas à *estrutura* ou à *forma* do raciocínio judicial: os elementos que o compõem, seu desenrolar, seus objetivos, sua dinâmica. Veiculam também, e mais profundamente, uma reflexão sobre as *condições de possibilidade* do processo decisório enquanto processo de compreensão, o que já corresponde a uma outra ordem de preocupações. Pois se estaria de fato deixando escapar o significado propriamente filosófico da noção de pré-compreensão caso nela não se visse mais do que uma conjectura inicial ou uma antecipação global do sentido do texto a ser interpretado, um momento inicial do processo interpretativo. Quanto ao círculo hermenêutico como mera imagem da dialética entre a parte e o todo, não se trata de modo algum de uma noção específica da hermenêutica gadameriana, mas simplesmente de um velho *topos* da retórica retomado pela hermenêutica romântica "pré-filosófica". Assim empregadas essas noções ajudam a expressar a visão que a JH propõe da estrutura da *Rechtsfindung*, mas não conduzem, enquanto tais, à tematização das suas condições de possibilidade.

Na filosofia hermenêutica essas noções veiculam acima de tudo, indo com isto muito além do plano metódico, a problemática da prévia estrutura ontológica da compreensão, transformada em questão filosófica fundamental. O movimento circular da compreensão é então uma idéia derivada desde Heidegger da temporalidade do *Dasein* (Gadamer, 1996: 286), da qual não pode portanto ser dissociada. O fundamento existencial do círculo hermenêutico implica assim a superação não apenas do plano da relação formal da parte com o todo, mas também da cisão, própria da teoria hermenêutica do século XIX, entre de um lado o desenvolvimento circular da compreensão e, de outro, o desaparecimento dessa circularidade quando da compreensão plenamente acabada: a dissolução final do círculo significaria a eliminação de tudo aquilo que há de estranho ou alheio no texto, reconciliando a interpretação com a objetividade das ciências. Ao contrário disso,

ao círculo se atribui agora um "significado ontológico positivo", e a compreensão se considera "permanentemente determinada pelo movimento de antecipação da compreensão". O círculo corresponde a um "jogo em que se entrelaçam o movimento da tradição e o do intérprete", e o objetivo do intérprete não consiste em neutralizar esse jogo para, fazendo "abstração de si", se transportar no autor, e sim em preservar a relação de relativa alteridade e continuidade que mantém com este último, o que encontra uma expressão na noção de compreensão como um processo de "fusão de horizontes", que Gadamer desenvolve tendo em mente sobretudo a experiência da interpretação histórica do passado. Se a pré-compreensão continua sendo "a primeira de todas as condições hermenêuticas" do compreender, a antecipação de sentido que ela opera "não é um ato da subjetividade, determina-se na verdade a partir da comunidade (*Gemeinsamkeit*) que nos liga à tradição" (Gadamer, 1996: 287, 315-316, 318).

A problemática fundamental das condições de possibilidade da compreensão também está embutida na tese segundo a qual a interpretação é indissociável da aplicação, tese essa presente na referência que Gadamer fazia ao "significado exemplar da hermenêutica jurídica". É verdade que a afirmação de ordem "metódica" relativa ao caráter necessariamente concreto ou circunstancial da busca do sentido faz parte dessa tese: "(...) o discernimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto não são dois atos separados, e sim um processo unitário". Mas o grande préstimo da noção de aplicação para o raciocínio de Gadamer consiste em evidenciar a relação entre o presente e o passado e a corresponde dualidade de *situações*, a do texto e a do intérprete. A aplicação é aplicação a uma situação: no seio da compreensão se produz sempre "algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação presente do intérprete". Se "compreender é sempre aplicar", é porque o texto "para ser compreendido como o requer, ou seja, segundo a exigência que lhe é própria, deve a cada momento, isto é em cada situação concreta, ser compreendido de uma maneira nova e diferente" (Gadamer, 1986: 330-335, 346). A aplicação provoca a tensão entre o presente e o passado, entre duas situações hermenêuticas, entre dois *horizontes*, com suas diferentes questões, suas diferentes expectativas. O tema da aplicação serve então para introduzir outras duas teses fundamentais. A primeira é a da pertinência à tradição como uma condição do exercício da compreensão nas ciências do espírito. Gadamer quer então, e este esforço atravessa diferentes partes de *Verdade e método*, substituir as pretensões da consciência histórica "estética", objetivista, da hermenêutica até Dilthey pela tomada de consciência da pertinência à tradição: para compreender o texto, o intérprete "não se pode (*darf*) propor a fazer abstração de si próprio e da situação hermenêutica concreta em que se encontra" (Gadamer, 1986: 346). A segunda é a da "primazia hermenêutica da questão", mas dessa tese por enquanto cabe apenas registrar que ela destaca a "importância do conceito de *questão* para a análise da situação hermenêutica" (Gadamer, 1996: 385) e que em conseqüência a alteridade de situações suscitada pela aplicação é, numa medida significativa, uma alteridade de questões.

É sobretudo em Esser — um autor emblemático, em muitos aspectos, da JH, em cujo âmbito sua obra fundamental *Pré-compreensão e escolha do método*, de 1970, se impôs rapidamente como uma referência obrigatória e como a principal fonte teórica comum — que a crítica da visão hie-

rarquizada, secionada e linear da estrutura e do desenrolar do processo de aplicação do direito se faz por meio de um esquema conceitual que põe imediatamente em jogo a problemática propriamente hermenêutica das condições de possibilidade da compreensão no direito, isto é, da interpretação. A dialética dos dois planos da *Rechtsfindung*, cuja complexidade Esser procura constantemente ressaltar, é encarada então como uma forma de relação hermenêutica entre duas situações, o horizonte da norma e o da "situação de conflito". A primazia da pergunta se manifesta tanto na forma como cada horizonte é apreendido pelo intérprete como no mecanismo de busca de um compromisso que põe em marcha o processo decisório. Assim, o raciocínio do intérprete parte da constatação do problema *atual,* passando imediatamente a vislumbrar a sua *futura* solução. É por isso que se alude a uma precedência do caso relativamente ao texto normativo, enquanto elemento deflagrador da interpretação. Kriele (1976: 240), um autor cujas formulações geralmente se aproximam das de Esser (razão pela qual são às vezes alvo das mesmas críticas) observa que muitas teorias da interpretação pressupõem equivocadamente que o ponto de partida do processo interpretativo é a constatação pelo intérprete do caráter equívoco ou lacunoso do texto que acaba de ler, seguindo-se então a busca de sua compreensão correta — uma pressuposição que dissocia a interpretação do texto do problema jurídico concreto. Por outro lado, o intérprete não pode *conhecer* a lei sem ter acesso ao raciocínio prático que a embasa, o que equivale a interrogar seus objetivos (que precisam ser atualizados) e seus fundamentos, suas razões de ser. Enfim, é apenas a partir, e em função, da prévia compreensão do problema concreto que o intérprete pode interrogar o texto, de modo que a transmissão de uma específica *questão de regulação* (relativa ao problema concreto) com vistas ao possível significado das diretrizes do texto questionado é assim o ato decisivo sem o qual o sentido regulador de uma expressão contida na linguagem da lei permanece simplesmente inacessível (Esser 1970: 134-135). Todos os elementos de um plano são então relacionados com os do outro e referidos à visão da decisão final adequada (mas também, como se verá adiante, à possibilidade de justificá-la), numa dialética incessante entre olhar retrospectivo dos problemas e das necessidades e visão prospectiva das expectativas e da solução, entre pertinência à tradição e busca de um compromisso com o horizonte alheio.

2.3. Das condições de possibilidade às condições de validade

A assimilação por Esser dessa problemática é portanto essencial à sua radicalização da visão da complexidade e da dialética do raciocínio judicial. Mas o tema da pertinência à tradição como uma condição do exercício da compreensão se introduz de tal forma em seu pensamento que revela, por outro lado, a implicação substancial entre o projeto de revisar a concepção da condução efetiva dos processos interpretativos e o de buscar os fundamentos da controlabilidade racional desses mesmos processos. (É importante lembrar aqui que o projeto teórico da JH nunca pretendeu ser puramente empírico ou descritivo, ainda que num primeiro momento a polêmica contra a "metodologia tradicional" tenha mobilizado uma grande parte de seus esforços para a afirmação e a descrição do poder criador do juiz, e ainda que a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação tenha sempre aqui um papel importante.) No pensamento e nos textos de Esser (eles próprios muitos circulares),

essas duas preocupações estão imbricadas de tal forma que às vezes é impossível desvencilhar as respectivas passagens. Em todo caso, o ponto de partida consiste em definir a situação hermenêutica do intérprete enquanto tomador de decisões — o que inclui a pré-compreensão em sua dupla dimensão de pré-decisão e de projeção de uma tradição — como o "âmbito" no qual se deve elaborar o problema da racionalidade: o método precisa "lidar com a decisão, seus horizontes e suas perspectivas de escolha" antes de se preocupar com as normas. "O *acesso à racionalidade da decisão* permanecerá obstruído enquanto continuarmos a considerar a decisão como o produto, metodologicamente sem interesse, do trabalho com a norma e da sua compreensão..." (1970: 78, sem itálico no original).

Fazer da situação do intérprete o lugar do problema da racionalidade não significa, todavia, reduzir o julgamento à esfera de sua subjetividade. Desde logo, é unicamente por meio da tomada de consciência das "condições fundamentais do seu trabalho" que o intérprete pode evitar os efeitos perversos da alternativa que consistiria em neutralizar ou mesmo dissimular o caráter político-jurídico do raciocínio judicial. (No âmbito da JH alude-se com freqüência à "consciência da pré-compreensão" como uma condição fundamental da racionalidade das interpretações.) Contra aqueles que o acusam de abandonar a interpretação à política, em razão de sua atitude pretensamente "antimetodológica", Esser responde que o que abre as portas à perversão do direito é na verdade "a pretensa *Wertungsfreiheit* dos métodos jurídicos e da lógica conceitual, que já desempenhou diversas vezes esse papel político. A suposta *Wertfreiheit* do raciocínio jurídico está necessariamente mais sujeita às ideologias do que a liberdade de valoração do juiz (*Freiheit des Richters zur Wertung*), que tem a necessidade de justificar o resultado obtido ou pelo menos torná-lo plausível" (Esser, 1970: 116, 138).[3] Mas, sobretudo, a esse âmbito assim definido do problema corresponde uma *perspectiva* a partir da qual Esser se propõe a pensar positivamente a racionalidade dos processos decisórios: a perspectiva do condicionamento do intérprete e de sua posição de mediador. Abordar a questão da racionalidade a partir da situação hermenêutica do intérprete conduz à tentativa de fundamentar o caráter racional das interpretações precisamente no fato de que são *situadas*. Se a interpretação enquanto aplicação, no sentido da hermenêutica, implica a diferenciação temporal, a tensão e a dualidade entre dois horizontes, o intérprete se define não apenas pela função que exerce — a interpretação —, mas também pela *posição* que ocupa numa relação, uma posição essencialmente *intermediária*: entre o objeto interpretado e o destinatário ou beneficiário da interpretação. Toda a reflexão de Esser sobre as "garantias de racionalidade da práxis decisória dos juízes" (garantias irredutíveis a um critério ou fator unitário) está de fato organizada em função dessa dúplice idéia central da posição e do papel de mediação implicados pela situação hermenêutica do intérprete: o intérprete é um mediador entre os dois horizontes que ao mesmo tempo o condicionam, o horizonte da "norma" e o do "conflito social" (Esser, 1970: 114-137). (É, aliás, essa organização que garante alguma legibilidade a um texto desprovido de estrutura sistemática e às vezes obscuro).

No que diz respeito à situação de conflito, Esser evoca sua apreensão pelo intérprete enquanto situação típica, formada "não pelas expectativas dos indivíduos que procuram a proteção jurídica, e sim por aquelas (em sua situação de conflito

com expectativas concorrentes) de qualquer outro indivíduo potencialmente afetado por interesses já reconhecidos alhures". Mas como esse horizonte de expectativa é geral e conflitual, o juiz só pode integrá-lo ao ato de obtenção do direito (*Rechtsfindungsakt*) levando em consideração "o esperado consenso social em torno de uma decisão 'razoável'". Assim, é a partir de uma tal expectativa de consenso que "o modelo de regulação se faz interrogar quanto a seu sentido possível em vista do conflito em questão" (Esser, 1970: 136-137). A interrogação do horizonte passado da norma corresponde por sua vez à intervenção, na constituição da racionalidade dos processos decisórios, de fatores pertinentes à positividade do direito. Mas a presença do positivo e do sistemático não se contrapõe ao caráter "jurídico-político" ou "material" dos processos decisórios, uma vez que Esser defende (e isso remonta à época pré-gadameriana do seu pensamento) uma concepção sócio-axiológica e anti-imperativista da positividade entendida como um processo dinâmico e permanente de *positivação*. A norma se apresenta como algo de inteligível na medida em que não seja encarada como um ato imperativo da autoridade, estabelecido uma vez por todas, e sim como um "modelo de regulação", como um dos pólos de um diálogo, como uma injunção de atualizar uma finalidade normativa que não se destina, e que em todo caso não se prestaria, a uma execução mecânica, e sim a uma abordagem interpretativa, a uma compreensão enquanto fusão de horizontes, que dá um sentido atualizado ao modelo interrogando-o a partir do contexto de expectativas da situação de conflito. Em seguida, para que a norma possa funcionar como modelo de regulação, aberto a uma compreensão de sentido, é preciso poder conectá-la a um "esquema interpretativo geral", que não é aquele que teria sido imposto por uma vontade legislativa entendida como imperativo "histórico", e sim aquele que deriva do sedimento sócio-axiológico do sistema, e ao qual o intérprete pode ter acesso ao se interessar pelos princípios, pelas idéias jurídicas gerais, pelos brocardos — esse conjunto de elementos daquilo que Esser chama da *infra-estrutura pré-positiva* da norma, e que inclui tanto os consensos axiológicos recepcionados e controlados pelo direito como aqueles que permanecem no estado de modelos pré-jurídicos de ação, juridicamente determinantes de uma forma indireta, ainda que apenas por ocasião dos atos críticos de controle da adequação. Um sistema jurídico positivo é, portanto inteligível porque as normas que o compõem não são enunciados isolados reunidos de uma forma arbitrária ou aleatória, e sim um produto histórico e provisório de um ciclo permanente no qual se sucedem a descoberta dos problemas, a formação dos princípios e a articulação de um sistema. O sistemático no direito corresponde então no pensamento de Esser não a uma propriedade lógico-formal, mas antes à idéia de uma "ordenação" entre elementos que formam a experiência jurídica: a inserção das normas numa totalidade legislativa (a "superestrutura" da norma), mas sobretudo, no plano da infra-estrutura, a *conexidade axiológica e teleológica* entre os diferentes bens e finalidades protegidos e reconhecidos ou entre as representações axiológicas pré-positivas. A positividade, por sua vez, implica exatamente a abertura ao mesmo tempo cognitiva e funcional entre o jurídico e o pré-jurídico. "A própria funcionalidade do direito enquanto sistema depende inteiramente da inclusão controlada dos juízos de valor pré-jurídicos ou em todo caso pré-positivos" (Esser, 1970: 165). O papel do sistemático (assim entendido) na racionalidade própria do pro-

cesso decisório corresponde não apenas à inclusão, na interrogação desse "horizonte alheio" que é a norma, da busca do seu sedimento pré-positivo, mas também à tomada de consciência, por parte do intérprete, das exigências ligadas à projeção geral e sistemática da decisão concreta. O sistema positivo é "preservado" na medida em que o intérprete se mostre consciente do fato de que a própria atividade judicial, e, portanto a decisão por ele tomada, contribui para transformar o sistema, e na medida em que leve em consideração a expectativa de uma evolução coerente, expectativa que decorre da necessidade ao mesmo tempo formal e material de estabilidade e de continuidade. "Os critérios [da decisão] não são apreciados levando-se em consideração unicamente a admissibilidade da decisão concreta do caso, mas também em consideração da admissibilidade e da utilidade das representações jurídicas subjacentes com relação ao 'sistema', isto é, em consideração da possível 'continuidade do trabalho' (*Weiterarbeiten*). As reflexões sobre a aceitação de uma determinada solução não levam em conta apenas sua utilidade concreta ou ocasional, mas também a aptidão geral ao prosseguimento de uma correspondente práxis jurisdicional" (1970: 148). (Essa passagem lembra naturalmente as noções dworkinianas do direito como integridade e do direito como um romance em cadeia, escrito coletivamente.)

2.4. A controlabilidade da interpretação: qual instância crítica?

A apresentação que se acaba de oferecer não relata todas as nuances de um pensamento que quer explorar a fundo a dialética incessante de um "ato de obtenção do direito" entendido como um "vaivém do olhar" entre, de um lado, a pressão do sistema (ou, antes as necessidades de uma inviolável "integridade jurídica" — *Rechtsredlichkeit*) e, do outro, a "atração de expectativa", isto é, a consideração da adequação concreta e geral da decisão à consciência social. Mas já permite mesmo assim entrever as razões pelas quais a visão esseriana é muitas vezes considerada incapaz de submeter o processo decisório a uma verdadeira instância crítica metódica, baseada num critério concreto e operacional — frustrando com isso um anseio naturalmente associado ao problema da racionalidade das interpretações jurídicas.

Inicialmente, o caráter racional do relacionamento do juiz com o horizonte de expectativa da situação de conflito é fortemente dependente de uma noção de consenso que permaneça totalmente imprecisa. Essa noção às vezes parece sugerir uma forma de racionalidade discursiva, mas as suas formulações sempre vagas não especificam, dentre outras coisas, as condições próprias a esse consenso (apresentado quase sempre como hipotético, e não efetivo) — a não ser com a referência à exigência fundamental da aptidão ao diálogo (*Gesprächfähigkeit*) e da inteligibilidade dos interlocutores, "isto é, a sua capacidade de se deixarem persuadir pela força dos conhecimentos racionalmente transmitidos, e não, em todo caso não principalmente, pela autoridade e pela sugestão" (Esser, 1970: 25). Ignora-se ainda totalmente em que medida Esser imagina uma organização institucional das condições favoráveis ao desenvolvimento de uma prática argumentativa ou discursiva efetiva, organização essa destinada a envolver o processo judicial de obtenção do direito, ou se, muito ao contrário, tudo o que ele tem em mente é apenas um diálogo hipotético (nesse último caso a *Rechtsfindung* estaria então destinada a ser essencialmente um problema do juiz, e não a se tornar um processo aberto, plural, comunicacional).

Quando se examina em seguida a parcela de racionalidade que residiria na con-

sideração, pelo intérprete, da positividade e do sistema, já não é mais a capacidade de Esser de fundar uma controlabilidade metódica que se põe em dúvida, e sim, mais fundamentalmente, o seu próprio compromisso (todavia sugerido em algumas de suas afirmações) com essa aspiração. A despeito de algumas ambigüidades e talvez de algumas incoerências, Esser parece na realidade muito longe, quando evoca a inteligibilidade que seria propiciada ao sistema pelo seu sedimento axiológico, de querer fazer da "reserva" de princípios e idéias jurídicas gerais a fonte ou o fundamento de um cognitivismo rigoroso ou metódico. Os princípios não são "objetos" postos à disposição de um "sujeito" soberano, o intérprete, com vistas a um conhecimento entendido como apreensão objetiva que permitiria, num segundo momento, a *derivação* da decisão a partir do conteúdo normativo abstrato assim fixado. Formam apenas um "esquema interpretativo geral", que aliás não apenas alimenta o sistema jurídico, como também participa do condicionamento hermenêutico da sua própria compreensão, na medida em que faz parte de uma tradição cujos efeitos se projetam sobre a pré-compreensão do intérprete. Dessa forma Esser evacua o voluntarismo subjetivista tanto, por um lado, como explicação da produção do direito (a crítica do imperativismo) quanto, por outro, como fundamento do seu conhecimento. Em outras palavras, se não há um sujeito racional autônomo que por sua "vontade" cria o direito, sua interpretação também não é função de uma vontade racional de um autônomo "sujeito" conhecedor.

3. A JH e a filosofia hermenêutica: o dilema

Essas questões conduzem a uma discussão que vai além da obra de Esser e que diz respeito a toda a corrente da qual ele é, como antes observado, o representante mais venerado: não haveria finalmente uma tensão e mesmo uma profunda contradição entre os objetivos da JH, que quer ser uma teoria "metodológica" do direito, e a hermenêutica filosófica "relativista" e "antimetodológica" na qual aquela pretende estar apoiada?

A questão não é simples. A sedução exercida pela filosofia de Gadamer junto à JH não se devia apenas ao fato de lhe fornecer os instrumentos teóricos necessários ao desenvolvimento de uma fenomenologia dialética e "material" do ato interpretativo, mas também à perspectiva que a hermenêutica filosófica pareceu oferecer de uma saída para a crise da "racionalidade jurídica", à qual estava ligada a crítica da tradição positivista que desencadeia, como se viu, a guinada antiformalista da qual derivou a JH. É que a hermenêutica gadameriana não era insensível às preocupações epistemológicas e metodológicas, a despeito dos rótulos algo reducionistas que lhe são atribuídos, inspirados sobretudo no debate entre Gadamer e Betti e apoiados numa distinção antagonista entre hermenêutica ontológica e hermenêutica metódica e crítica. A "guinada ontológica" da hermenêutica, embora seja sem dúvida uma das grandes marcas distintivas do pensamento de Gadamer, não se apresenta como uma alternativa, uma superação ou um abandono das questões epistemológicas, e sim como o seu prolongamento no sentido de um alargamento do campo de reflexão sobre a compreensão, que é assim elevada ao nível de problemática filosófica autônoma e fundamental. O problema da epistemologia e da consciência metodológica das "ciências do espírito" é, como se sabe, o ponto de partida e um tema sempre central de *Verdade e Método*. Por isso o projeto apresentado por Gadamer de legitimar filosoficamente a pretensão das ciências do

espírito de dispor não simplesmente de um método próprio, mas de uma noção específica de verdade, distinta daquela subjacente às práticas das ciências exatas ou da natureza, pôde parecer anunciar a solução "pós-positivista" que se buscava no âmbito do novo *Methodenstreit*. Mais do que isso, no desenvolvimento desse projeto a hermenêutica jurídica, no sentido da prática interpretativa dos juristas, é contemplada, como já se indicou, com a atribuição de um "significado exemplar" (Gadamer, 1996: 347-363). Isto é, a filosofia hermenêutica não apenas parecia anunciar a racionalidade pós-positivista reclamada pelos juristas, como além disso os incitava a buscar em sua própria prática efetiva (e não, em todo caso não principalmente, na elaboração de um modelo contrafático) os elementos que a constituem.

Mas é na concepção concreta dessa controlabilidade que surge o problema. É verdade que não cabe ver na recusa de Gadamer em prescrever um método interpretativo ou em indicar as regras ou critérios da interpretação correta algo como um "juízo de inadmissibilidade" da pretensão de se submeter a compreensão a uma instância crítica. Apel (1994: 32) observa mesmo a esse respeito que "a fenomenologia hermenêutica só pode exercer sua função corretiva do estreitamento *metodologista* e *cientificista* da problemática da verdade caso ela mesma não se seja indiferente de um ponto de vista *metodologicamente normativo*". Ocorre precisamente que uma tal "normatividade" não pode ser mais do que potencial, uma vez que os esforços de Gadamer se situam no plano mais abstrato da justificação filosófica da *aptidão à racionalidade* das ciências sociais, de sua "pretensão à verdade"; em outras palavras, situam-se no plano da definição do "lugar" específico dessa racionalidade, mais do que no da elaboração concreta das formas de seu exercício. Logo, se o apelo feito à hermenêutica filosófica pela teoria do direito às voltas com a crise da racionalidade da operação intelectual dos juristas não tem na verdade nada de aberrante, uma dificuldade real reside mesmo assim na primazia que a perspectiva hermenêutica confere ao relativismo e à reflexão sobre a historicidade do conhecimento em detrimento do desenvolvimento de uma instância crítica. Ocorre que no contexto mais geral da teoria jurídica "pós-positivista" constitui já um problema muito delicado a harmonização entre de um lado as expectativas de decidibilidade e não arbitrariedade, ligadas à prática dos juristas, e de outro a revisão para baixo das ambições epistemológicas de objetividade e de certeza, produzida pela crise do racionalismo. Nessas condições, a vinculação à atitude racionalmente "humilde" da hermenêutica, que se priva de elementos críticos precisos e operacionais, pode produzir um sentimento de impotência que não contribui para atenuar esse incômodo. Ainda mais que à desestabilização epistemológica geral vem-se somar o problema específico da ausência de um "cognitivismo ético" tal como se torna urgente para uma *Wertungsjurisprudenz* que não tem a intenção de se deixar converter em realismo cético.

Trata-se para a JH de um verdadeiro dilema: manter-se coerente com a hermenêutica e precisar proceder a uma muito hipotética reacomodação das expectativas e mesmo exigências imanentes à função do intérprete do direito, ou então amparar estas expectativas e com isso assumir o risco de contrariar a teoria filosófica que lhe torna possível uma renovada reflexão sobre os processos decisórios, imunizada contra reducionismos e esquematismos.

Ainda que esse dilema não tenha sido explicitamente elaborado e enfrentado no âmbito da JH, a evolução dessa corrente

apresenta, às vezes num mesmo autor, oscilações e vacilações que traduzem exatamente a tensão entre sua matriz filosófica e as aspirações (ao mesmo tempo teoréticas e pragmáticas) indissociáveis do seu próprio surgimento no mundo das idéias jurídicas. Na seqüência se verá como o condicionamento da JH pelo contexto do constitucionalismo "ambicioso" e "juridista" da Lei Fundamental favoreceu algumas soluções por assim dizer "racionalistas" desse dilema, caracterizadas por uma especial sensibilidade às expectativas e às exigências jurídicas e políticas de decidibilidade e de controlabilidade das decisões e portanto pela atribuição de uma importância primordial à necessidade de suprir o *déficit* crítico da hermenêutica.

4. O constitucionalismo da Lei Fundamental e a "racionalização" da jurisprudência hermenêutica

4.1. Primazia do direito, juridismo e democracia constitucional

As noções de Estado de direito e de primazia do direito fazem evidentemente referência a processos históricos político-institucionais e a complexos de representações e de valores que são indissociáveis da caracterização geral da sociedade contemporânea de tipo ocidental ou liberal em seu conjunto. Apesar disso é comum evocar as idéias de juridismo ou de culto do direito a propósito especificamente da República de Bonn[4] na medida em que o Estado de direito enquanto princípio de organização e de legitimação encontra uma expressão particularmente acentuada e, num segundo momento, renovada no processo de reconstrução da experiência político-constitucional alemã após o desmoronamento moral e institucional ocorrido ao término do período nazista. Podem-se distinguir dois aspectos. Inicialmente, a idéia de *limitação jurídica do poder*, tal como legada pela história do constitucionalismo liberal (inclusive pela tradição alemã, pioneira da doutrina publicista do Estado de direito), se projeta de uma maneira central e profunda, possivelmente sem precedentes, sobre a Lei Fundamental de 1949 (mas também sobre as constituições dos Estados-membros) e sobre o modo como foi em geral compreendida. Em seguida acentua-se a importância dessa idéia como *princípio de legitimação* na medida em que o advento da noção de democracia constitucional reforça sua ascendência sobre o campo político enquanto plano concorrente de legitimidade.

Embora o juridismo encontre diferentes formas de expressão na experiência jurídica do pós-guerra (pense-se por exemplo no "renascimento do direito natural" ou no sobressalto jusnaturalista da doutrina e da jurisprudência constitucionais na década de 1950), é a Lei Fundamental, "enquanto resposta à tirania nacional-socialista" (Maunz e Zippelius, 1994: V), que propicia ao Estado de direito o seu apogeu como princípio de organização constitucional. Além da declaração de princípio segundo a qual "a legislação está vinculada à ordem constitucional, o poder executivo e a jurisdição estão vinculados à lei *e ao direito*" (artigo 20, III, sem itálico no original), estão previstos diversos mecanismos concretos de enquadramento e de limitação jurídicos do exercício do poder. Os mais importantes são a garantia dos direitos fundamentais, que ocupa o título primeiro da Constituição, a disposição de um amplo sistema de controle de constitucionalidade e a instituição (artigo 79) de limites da reforma constitucional. Esse último ponto é particularmente inovador. Por um lado inaugurou-se uma tendência, que se confirmaria nas décadas seguintes, a atribuir uma grande importância ao esta-

belecimento de limites materiais ao poder de reforma das constituições produzidas democraticamente após a queda de um regime autoritário e a incluir nesse núcleo rígido o próprio princípio democrático e os elementos que compõem o Estado de direito. Por outro lado a Lei Fundamental criou o que a dogmática veio chamar de "obrigação de modificação do texto" (artigo 79, I), um limite formal à reforma que proíbe a prática, freqüente durante a República de Weimar, da "quebra constitucional" (*Verfassungsdurchbrechung*), isto é, a adoção, com a maioria exigida para uma modificação da constituição, de uma medida contrária a um dispositivo constitucional mas que se aplica unicamente a uma ou várias situações especificadas e que tem assim um caráter excepcional, de modo que a regra constitucional contrariada não é revogada. Se sob a vigência do texto de 1919 a doutrina procedia sem maiores questionamentos à dogmática da quebra constitucional (por exemplo: Schmitt, 1992: 115-116), depois da guerra considerou-se muitas vezes que essa técnica havia tornado possível a progressiva substituição, sob os auspícios da legalidade, da democracia de Weimar pelo autoritarismo do Terceiro Reich, em razão da incerteza que gerava quanto ao conteúdo do direito constitucional em vigor e da conseqüente desvalorização do documento constitucional (Loewenstein, 1961: 39-40). A instituição da obrigação de modificação do texto ilustra assim a preocupação de aperfeiçoar, inclusive nos detalhes, os mecanismos jurídicos destinados à "defesa da Constituição" e a evitar o reaparecimento do "Estado de não-direito".

Se o postulado da submissão da atividade do Estado a normas jurídicas traduz por si só uma juridicização da legitimidade, o advento da idéia de *democracia constitucional* vem, por outro lado, reforçar ainda mais o culto do direito. No processo de reconstrução da vida política e constitucional da República Federal, o fardo do período hitleriano não produziu apenas o paroxismo do Estado de direito motivado pela preocupação de evitar a volta do *Unrechtsstaat*; provocaria também a contestação do substrato subjetivo da democracia. A definição da noção de "povo", cuja autonomia ou autolegislação caberia à democracia realizar, é evidentemente dependente de um critério de pertinência. Ocorre que o famoso "sentimento de culpa" dos alemães com relação aos crimes cometidos por seu Estado-nação histórico deslegitimava como elemento de coesão a *nação* entendida como o conjunto de dados "pré-políticos" tais como a etnia, a comunidade lingüística, a cultura e a história. A noção de *patriotismo constitucional* aparece então para propor que se redefina a referência identitária — indispensável ao funcionamento da democracia enquanto princípio de legitimação — sobre a base da *identificação com os princípios e as instituições da constituição*. Se a sua elaboração foi estimulada em duas ocasiões pelas reflexões sobre as circunstâncias peculiares à história alemã, o pós-guerra (Sternberger, 1990) e, como o encerramento deste, a reunificação (Habermas, 1990), o conceito de patriotismo constitucional faz parte atualmente (graças sobretudo ao efeito universalizante de sua inserção por Habermas em sua concepção procedimental e discursiva da legitimidade) do amplo círculo de debates e controvérsias em torno da identidade pós-nacional e da cidadania comunitária.[5] Na medida em que a referência identitária é concebida sobre a base da adesão às instituições jurídicas (notadamente constitucionais), o Estado de direito se instala na própria definição da democracia. Nesse esquema representativo a ambição de absorção pelo jurídico do argumento político de legitimidade vai

ao ponto de fazer do direito um elemento constitutivo da democracia, doravante dita "constitucional".

O peso do argumento jurídico no conjunto dos princípios de legitimação dá um salto qualitativo tão expressivo que até mesmo o paradoxo da jurisdição constitucional, cuja legitimidade é questionada devido à tensão entre o princípio do Estado de direito e o princípio da democracia representativa, parece sob controle: com a noção de democracia constitucional o Estado de direito deixa de se opor à democracia ou de lhe fazer concorrência para se apresentar, ao contrário, como a solução da crise da legitimidade democrática — uma crise cujo eixo, nesse contexto, foi justamente deslocado do problema do vínculo de representatividade para o da referência identitária.[6] Com tais premissas a legitimidade da justiça constitucional põe-se a salvo de qualquer contestação: na medida em que o juiz constitucional garante o "império da Lei Fundamental" e portanto a primazia do direito, o culto do direito conduz, em última instância, ao culto do seu guardião.

4.2. A JH e o constitucionalismo juridista: convergência e tensão

A JH interage intensamente com o constitucionalismo "juridista" que por essas vias se desenvolveu sob a vigência da Lei Fundamental, isto é, com a teoria, a dogmática e a práxis constitucionais que aspiram respectivamente a pensar, tornar aplicável e efetiva, e que ao mesmo tempo celebram, a constituição democrática e liberal e sua pretensão à normatividade. A teoria da interpretação constitucional (um dos setores mais fecundos da JH) faz parte da nova teoria constitucional, cujos temas extra-metodológicos são além disso também eles desenvolvidos muitas vezes por teóricos que figuram ao mesmo tempo entre os protagonistas da JH, como Hesse, Müller, Häberle, Kriele, Zippelius etc. Alguns deles integram ainda a dogmática e mesmo a práxis constitucional, como é o caso de Hesse, que foi juiz e presidente da Corte Constitucional Federal.

A propósito, é certamente a influente e muito difundida obra de Hesse que melhor ilustra a solidariedade entre a JH e as premissas fundamentais da teoria constitucional da República de Bonn. Ela fornece, antes de mais nada, a justificação teórica da elevada pretensão à normatividade de uma constituição à qual o juridismo confia não apenas o papel mais defensivo de protetor da autonomia do campo jurídico, mas também um complexo de funções mais amplo e mais ambicioso. O próprio Hesse teoriza essas diferentes funções: de *estabilização* e de *conformação* da vida da comunidade, exercidas por meio da regulação do processo de *formação da unidade política* e da ação estatal; de *racionalização*, na medida em que desse modo a constituição torna identificável e inteligível a conduta do Estado e a formação da unidade política, criando assim a possibilidade de uma participação consciente e protegendo a vida política do retorno ao amorfo e ao indiferenciado (Hesse 1993: 13). A teoria constitucional viria então valorizar a classificação das constituições à vista dos diferentes aspectos de suas relações com a realidade e em especial de acordo com a sua pretensão a regular o processo político, salientando ao mesmo tempo, como por exemplo Bryde (1982: 27-37), que a Lei Fundamental é uma constituição "normativa" (por oposição às constituições "simbólicas"), "substancial" ou "material" (*relevante Verfassung*, por oposição às constituições "ritualistas") e "pretensiosa" (por oposição às constituições "descritivas"). Recusando as concepções "politistas" do direito cons-

titucional e a velha visão lassalliana de um cotidiano sucumbir da constituição jurídica (a constituição "folha de papel") diante da constituição material (os fatores reais do poder), Hesse agrupa no conceito de "força normativa da constituição" o conjunto de fatores dos quais depende a realização das normas constitucionais no mundo dos fatos, e que dizem respeito por um lado à "possibilidade de realização" do seu conteúdo (o que se traduz por sua vinculação às forças espontâneas e às tendências de seu tempo), e por outro à "vontade de constituição", isto é, a *vontade atual* (e não a do constituinte histórico) dos participantes da vida constitucional de realizar o conteúdo da constituição, de considerá-lo vinculante e de realizá-lo mesmo diante de resistências ou em sacrifício dos seus próprios interesses imediatos (Hesse, 1991: 18-22; 1993: 13-17). Como se vê, esses pressupostos "praxiológicos" da força normativa da Constituição aproximam essa idéia da de patriotismo constitucional (surgida porém mais tarde, uma vez que as idéias de Hesse foram expostas pela primeira vez em 1959), que pressupõe exatamente, além da identificação com os princípios e as instituições da constituição, a disposição dos cidadãos não apenas a obedecer voluntariamente às leis mas também ao engajamento ativo na defesa dos valores fundamentais da sociedade (Zurbuchen, 1995: 117).

Paralelamente Hesse formula uma concepção da interpretação constitucional que de certo modo sintetiza e integra as grandes bandeiras teóricas da JH, aludindo então a um processo de concretização da norma constitucional que seja "problemático (*problembezogenes*), tópico (mas normativamente limitado e orientado) e consciente da importância da pré-compreensão". É adotando o esquema conceitual de Müller que Hesse imagina então uma distinção entre duas dimensões do processo de concretização. A primeira é a interpretação do texto da norma, no qual se contém o essencial do "programa normativo" — é aqui que intervêm os métodos interpretativos tradicionais. A segunda consiste em definir "problematicamente" os pontos de vista do âmbito normativo (*Normbereich*). E aos *princípios da interpretação constitucional* caberia a importante função de orientar e de limitar o processo de relacionamento, coordenação e avaliação dos pontos de vista assim elaborados com vistas à solução do problema (Hesse, 1993 : 26). É no conteúdo desses princípios que se dá a convergência explícita da teoria da interpretação constitucional e do constitucionalismo juridista: "unidade da constituição", "harmonização prática" (*praktischer Konkordanz*), "proporcionalidade" (*Verhältnismäßigkeit*), "correção funcional" (*funktioneller Richtigkeit*), "eficácia integradora" (*integrierender Wirkung*), "força normativa da constituição" — todos esses princípios orientam a interpretação no pressuposto de que a constituição está organizada de modo a realizar as ambiciosas funções de estabilização, racionalização, conformação e limitação dos processos políticos, e na perspectiva de sua máxima eficácia.[7]

Mas por trás dessa aparente complementaridade entre as idéias metodológicas da JH e os postulados da teoria constitucional juridista se esconde uma tensão fundamental. Engajando-se ativamente no constitucionalismo da República de Bonn, às vezes até se confundindo com ele, a JH fez sua a celebração da primazia do direito. Isso conduziu naturalmente a uma evolução "cognitivista" de sua teoria da interpretação, o que nessas condições corresponde menos a uma superação do que a uma ocultação do dilema fundamental da JH, mencionado algumas linhas acima[8]. Se o argumento jurídico de legitimação já era

historicamente solidário de um formalismo que associa a aplicação do direito aos ideais de neutralidade e objetividade, seu paroxismo implicava, mesmo num contexto de crítica do formalismo, uma hipertrofia das expectativas voltadas ao caráter não arbitrário e publicamente controlável da aplicação. A "racionalidade" das decisões judiciais, em primeiríssimo lugar as da corte constitucional, é uma invariável num determinado esquema de legitimidade e corre o risco de se converter em axioma de uma determinada teoria da interpretação. Naturalmente que a JH não podia renegar o seu antiformalismo radical, que combatia não apenas a idéia de submeter o conhecimento dos juristas ao modelo de uma racionalidade instrumental e tecnicizada, mas também a persistência *na consciência dos aplicadores do direito* da representação de uma aplicação mecânica, hierarquizada, puramente reprodutora e axiologicamente neutra, de modo que a sobrevida da ilusão do objetivismo já não pode mais ser encarada como algo de funcionalmente positivo. Por isso o que adquire *status* de postulado é simplesmente, em detrimento do seu caráter eminentemente problemático, a própria possibilidade de fundar — em bases "pós-positivistas", bem entendido — a controlabilidade racional dos processos decisórios. Seguindo essa tendência, as diretrizes elaboradas pela teoria da interpretação constitucional teriam valor de prescrições metodológicas garantidoras da justeza das decisões — uma justeza que a JH bem se lembra de a haver considerado relativa, ao mesmo tempo todavia em que dá a impressão de tratar essa relatividade como uma *solução* conceitual, mais do que como a abertura de uma autêntica problemática.

Revendo os textos da JH a partir dessa hipótese de leitura, dois traços se sobressaem. Primeiramente, observa-se que num autor como Müller o caráter controlável e vinculado dos processos decisórios funciona muito claramente como um axioma, na medida em que a formulação dos métodos está explicitamente subordinada ao princípio constitucional do Estado de direito: "... os problemas da interpretação jurídica e da concretização normativa não são determinados por considerações extraídas da hermenêutica filosófica ou da hermenêutica geral das ciências do espírito, mas acima de tudo pelas formas especificamente jurídicas do raciocínio e pelas prescrições do direito em vigor, dentre as quais cabe principalmente incluir os imperativos constitucionais que gravitam em torno do princípio do Estado de direito". Da pretensão característica do Estado de direito — "o juiz não pode engendrar o poder, pode *apenas* ser o seu intermediário" — seria possível deduzir uma série de prescrições dirigidas ao próprio direito e à metodologia de sua interpretação, dentre elas a clareza e a sinceridade metodológicas, isto é, "a coincidência entre o modo de descoberta da decisão e a argumentação exposta". Por essas mesmas vias Müller conclui pela inadmissibilidade de determinados procedimentos interpretativos, censurados por seu grau de irracionalidade e de insegurança. O condicionamento da problemática metodológica pela ordem constitucional da Lei Fundamental é expressamente reivindicado por Müller (e também por Hesse), que para justificar a subordinação da metodologia jurídica às decisões do soberano político recorre ao caráter concreto das questões metodológicas e a uma concepção não universalista da ciência e da racionalidade (Muller, 1996: 111, 153, 185-186, 229-230, 236). A axiomatização da aptidão dos processos de concretização à controlabilidade pública e a conseqüente exclusão de sua autêntica problematização parecem desse modo já decididas.

O segundo traço que se destaca é a tensão entre de um lado a afirmação de princípio do caráter aproximativo ou relativo da racionalidade à qual podem aspirar as interpretações (Hesse, 1993: 29) e, de outro, a presença de uma dose às vezes acentuada de construtivismo metodológico, que se traduz pela articulação de um discurso sistemático em torno de diretrizes metódicas e de princípios de interpretação ou de concretização (Hesse, Müller), veiculado numa linguagem por vezes conceitualmente rigorosa e sofisticada (Müller), mas também por uma referência insistente e sem maiores explicações à objetividade enquanto valor metodológico (Larenz), em nome da qual aliás determinadas teses defendidas dentro da própria JH são freqüentemente descartadas em razão de seus insuficientes préstimos à causa da clareza e da sinceridade metodológicas. (Nesses momentos a JH toma realmente ares de uma nova "querela metodológica", com o que esse tipo de contenda implica, ao menos implicitamente, em termos de pretensão dos querelantes a uma verdade exclusiva).

A hipótese de uma tendência à axiomatização da racionalidade das interpretações, franqueando as portas a uma metodologização da hermenêutica, se revela porém interrogativamente mais fértil quando se refere não às formulações teóricas da JH enquanto tais, mas antes à sua *pragmática*. É possível distinguir dois aspectos. O primeiro diz respeito à leitura que das teses da JH (de umas mais do que de outras) fazem alguns de seus destinatários, constitucionalistas ou juristas práticos, que na reprodução dogmática ou prática (e eventualmente teórica) dessas teses muitas vezes acentuam, sob a evidente pressão da exigência de decidibilidade com que se defrontam diretamente, a tendência metodologizante ou objetivista, enfraquecendo ainda mais as nuanças e reservas a respeito da pretensão à justeza das interpretações.

O segundo aspecto, intimamente ligado ao primeiro, refere-se por assim dizer aos préstimos da teoria hermenêutica da interpretação constitucional à causa, tanto política quanto metodológica, do controle de constitucionalidade, isto é, de seu domínio técnico e de sua legitimidade. Seja por meio de suas teses mais abstratas relativas à "estrutura" dos processos e do raciocínio decisórios, seja através das "diretrizes" formuladas para a interpretação constitucional, a JH contribui de fato decisivamente não apenas para a formação e o desenvolvimento, mas também e talvez, sobretudo para a justificação teórica dos diferentes métodos ou técnicas empregados pela Corte Constitucional Federal alemã quando do exercício de suas amplas atribuições de jurisdição constitucional, notadamente o controle abstrato ou concreto da constitucionalidade das normas (artigo 93, I, 2 e artigo 100, I da Lei Fundamental). O aparato conceitual da teoria "estruturante" de Müller, por exemplo, é freqüentemente empregado para explicar e mesmo para aplicar técnicas como a "declaração de nulidade parcial sem redução de texto" (*Teilnichtigkeitserklärung ohne Normtextreduzierung*), isto é, o reconhecimento de uma inconstitucionalidade que afeta determinados elementos do "âmbito normativo" em sua aptidão a integrar o "programa normativo", razão pela qual se diz então que a decisão tem o efeito de modificar este último ao mesmo tempo em que deixa intacto o texto da norma. Esse mesmo embasamento teórico pode ser associado às técnicas praticadas pela Corte com base na idéia da "abertura temporal" do conteúdo das normas constitucionais, resultado da dinâmica do respectivo âmbito normativo. É o caso de algumas das decisões ditas "de exortação ao legislador"

(*Appellentscheidungen*), particularmente daquelas que conclamam o legislador a modificar uma legislação que "se tornou inconstitucional" em razão de transformações das relações materiais que alteraram o conteúdo da norma constitucional (uma legislação que em determinadas circunstâncias a Corte se abstém de invalidar a fim de evitar quer um vazio jurídico quer a invalidação de atos pretéritos às vezes importantes como, por exemplo, um processo eleitoral recentemente organizado de acordo com os termos de uma lei que "se tornou inconstitucional"). É ainda o caso daquelas que advertem o legislador para a necessidade de modificar rapidamente uma legislação "ainda constitucional" mas que corre o risco de em breve se tornar inconstitucional em decorrência de um processo atual de evolução do âmbito normativo da norma constitucional — um processo que em determinado momento terá modificado o conteúdo dessa norma.[9]

É, sobretudo propiciando esse tipo de subsídio teórico à práxis e à dogmática[10] que a JH contribui de modo significativo para que a atividade da Corte Constitucional se dote de um enquadramento técnico, de uma estabilidade e de uma sofisticação (e mesmo de uma objetividade) conceituais que não podem deixar de reconfortá-la em sua pretensão a um exercício douto e enquanto tal legítimo da jurisdição constitucional.[11] Prestando tais serviços à aspiração a um domínio técnico do exercício da jurisdição constitucional (e conseqüentemente à causa de sua legitimidade), a JH age por sua vez sobre o constitucionalismo ambicioso que a havia inicialmente influenciado. Observa-se, por exemplo que as técnicas descritas acima ampliam ainda mais as possibilidades da interferência da Corte na atividade normativa do Estado: as decisões de exortação ao legislador podem fixar-lhe um prazo para a edição de uma nova lei, enquanto que a declaração de nulidade parcial sem redução de texto diversifica as modalidades de intervenção do juiz constitucional sobre o conteúdo da obra legislativa já produzida.

Graças à trajetória "metodologizante" de sua pragmática, a JH se torna de certo modo inseparável do constitucionalismo ambicioso. E é nessa perspectiva que se pode falar de uma presença discreta porém sólida das suas teses no modo como os juristas (embora principalmente os não teóricos) encaram a interpretação constitucional, inclusive fora do espaço germanófono. Isso se deve à propagação de diversos aspectos desse constitucionalismo: a acentuação do Estado de direito como princípio de organização; a representação juridista da constituição, à qual corresponde uma determinada teoria constitucional; o apego à primazia do direito como argumento de legitimação (inclusive como resultado da redefinição constitucional da democracia). É aliás pensando na generalização desse conjunto de formas constitucionais e de representações que se fala hoje em dia, sem nenhuma restrição à experiência alemã, em "neoconstitucionalismo", uma fórmula que alguns empregam como sinônimo de constitucionalismo contemporâneo (Prieto Sanchís, 2002: 169).

A difusão desse modelo de constitucionalismo, no curso da qual a referência ao paradigma alemão desempenha um papel permanente, generaliza uma teoria constitucional marcada pela contribuição significativa da JH, especialmente quando se trata — e neste contexto isto se torna uma parte central do direito constitucional — de assimilar e controlar teórica e metodologicamente o exercício da jurisdição constitucional. É compreensível que a disseminação do constitucionalismo ambicioso tenha sido mais global e mais precoce em países que vivenciaram uma

experiência análoga à da Alemanha, isto é, um retorno à democracia e ao Estado constitucional de direito após a queda de um regime autoritário: a Itália naturalmente, mais tarde a Espanha, Portugal, diversos países sul-americanos ao longo dos anos oitenta (especialmente o Brasil). A Lei Fundamental converte-se então num paradigma de constituição contemporânea e exerce uma influência mais ou menos direta na elaboração dos novos documentos constitucionais; a Corte de Karlsruhe, cuja jurisprudência é acompanhada de perto, torna-se um modelo de tribunal constitucional; e os constitucionalistas alemães (dos quais muitos, como já se salientou, são também teóricos integrados à JH) passam a constituir uma referência teórica obrigatória. É significativo que a expansão do constitucionalismo juridista tenha mais tarde atingido a cultura e a experiência jurídicas francesas, que não conheceram aqueles traumas político-institucionais, e a despeito, além disso, do ambiente pouco favorável formado pelo legicentrismo presente tanto na organização constitucional (inicial, em todo caso) da Quinta República quanto na tradição que a precedia e a envolvia. Uma teoria constitucional juridista, convencida da necessidade (e da possibilidade) de levar a sério a pretensão da constituição à normatividade e da importância da jurisdição constitucional para a sua realização, veio inicialmente (na seqüência das transformações institucionais ocorridas no início dos anos setenta) fazer concorrência à perspectiva politista até então hegemônica no direito francês. Em seguida se verifica uma influência direta da JH nos estudos metodologicamente "construtivistas" destinados à assimilação e ao enquadramento teóricos da agora intensa atividade do Conselho Constitucional.

Além dessa progressiva metodologização da hermenêutica, a reação "racionalista" ao dilema trazido pela tensão entre, de um lado, os postulados e os limites da filosofia hermenêutica e, de outro, as expectativas com as quais se defronta a JH pode ainda tomar a forma de uma aproximação do modelo da racionalidade discursiva, como demonstra a teoria da *interpretação pluralista e procedimental da constituição*, apresentada por Häberle a partir de 1975 e muito conhecida nos espaços germanófonos e germanófilos. O alargamento do círculo dos intérpretes da constituição, para incluir não apenas os intérpretes habilitados como também todos aqueles que "vivem a norma", é apresentado como uma conseqüência imanente à lógica de um conceito de *normatividade* entendida, nos termos da teoria estruturante, como uma fusão de textos normativos com o âmbito das relações materiais — todos os que contribuem para a conformação da realidade constitucional fazem assim parte do processo de interpretação das normas que se referem a essa realidade. Transformada em assunto de responsabilidade de uma ampla "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", a interpretação vê então a sua "justeza" submetida aos mesmos valores comunicacionais e deliberativos que, por outro lado, vinham progressivamente completar a idéia pós-representativa de legitimidade política, que aparecera com o advento da democracia constitucional.

As idéias de Häberle tinham bem menos chance de conduzir, em suas formulações como em sua pragmática, a essa espécie de perversão metodológica da herança gadameriana que corre o risco de se produzir quando da repercussão e da reprodução das idéias da JH em determinados contextos. Elas podem aliás alimentar uma certa leitura contemporânea dessa corrente, que enfatiza a sua incompletude (diante do objetivo que lhe é atribuído) mas também o seu caráter aberto e fundador, sobretudo

na perspectiva de sua complementação ou aperfeiçoamento pela teoria da argumentação jurídica racional (Zaccaria, 1989: 356), portadora da instância crítica que lhe faltava. Uma leitura como essa é sem dúvida alguma plausível e fecunda, traduzindo uma perspectiva interrogativa que coloca em primeiro plano o problema da aspiração ao exercício público do controle da racionalidade ou justeza das interpretações.

5. Considerações finais

O constitucionalismo juridista não condiciona apenas a evolução da JH, condiciona também o exercício de sua interpretação, na medida em que o seu leitor contemporâneo – seja ele um "consumidor" do seu acervo doutrinário-metodológico, seja um crítico mais distanciado – está ele próprio inserido num contexto em que têm vigência aquelas expectativas reforçadas de decidibilidade e racionalidade das decisões, inclusive no âmbito sempre e cada vez mais problemático da interpretação constitucional – e isso num universo que, como se viu, extrapola já há algumas décadas os limites do mundo germanófono. Mas a tomada de consciência desse condicionamento, embora obviamente não permita fazer abstração de sua própria situação hermenêutica, produz um efeito de relativização que torna possível a articulação de outras perspectivas a partir das quais a JH, como componente da tradição recente da teoria do direito, também pode ser abordada.

Umas delas consiste em colocar em primeiro lugar, quando da interrogação da JH, não a ambição de um domínio normativo (contra-fático) ou mesmo conceitual dos processos interpretativos, e sim a tentativa de explorar a diversidade possível do horizonte contemporâneo da teoria do direito. Adotando essa perspectiva, pode-se esboçar uma outra leitura possível da JH, que não veria a fraqueza da fundação hermenêutica de uma instância crítica concretamente operacional das interpretações como uma insuficiência de uma teoria destinada a ser complementada, finalizada ou ainda superada pela racionalidade comunicacional, pragmático-transcendental, e sim como um indício daquilo que pode constituir a especificidade e a autonomia de um ponto de vista especificamente hermenêutico no conjunto do panorama teórico contemporâneo. (Na formulação dessa conjectura interpretativa a identificação de uma tendência imanente à JH e a elaboração da resposta que ela possa inspirar à pergunta que lhe é dirigida, a da especificidade de um atual ponto de vista hermenêutico, não são duas operações rigorosamente separáveis).

Sintomaticamente, é explorando a obra de um não-constitucionalista, Josef Esser, que essa leitura da JH pode ser, embora a muito custo, restaurada (Just, 2005b: 134-138). Expor essa leitura já extrapolaria dos objetivos deste texto, mas é importante advertir para o fato de que com ela não se pode chegar ao ponto de excluir o condicionamento do pensamento de Esser pelos fundamentos políticos e culturais do constitucionalismo da Lei Fundamental. O projeto de converter o problema da "racionalidade" do direito no da reflexão sobre as suas condições de inteligibilidade, e de pensá-las a partir de sua "base" histórico-tradicional (num contexto em que tudo parece convergir para concebê-la do "alto" da adesão racional aos princípios e valores constitucionais e dos parâmetros ideais de validade) tira proveito da teorização da autonomia funcional do campo jurídico e com isso revela a confiança em sua realização histórica. Pressupõe, por outro lado, a eficácia da socialização profissional dos juristas – aspecto particular de sua sujeição aos efeitos da tradição – no sentido de

orientar a formação das pré-compreensões segundo a preocupação de assegurar a continuidade ou a integridade de um complexo de princípios e de valores historicamente construído e juridicamente articulado, impedindo com isso a instrumentalização do direito pela política. Assim, se Köndgen (2001) tem razão ao dizer que a posição de Esser não compartilha do *Vernunftoptimismus* da teoria do discurso habermasiana, seria necessário acrescentar que ela demonstra em compensação uma espécie de *otimismo da cultura* ou da história. Um otimismo de todo modo certamente estimulado, é preciso reconhecer, exatamente pelas condições favoráveis propiciadas pelo triunfo histórico de uma constituição que celebra a primazia do direito.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto (1994), *Transformation der Philosophie I: Sprachanalytik, Semiotik, Hermeneutik*. 5. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

ARNOLD, Rainer (2001), "Réflexions sur l'argumentation juridique en Droit constitutionnel allemand", in : Otto Pfersmann e Gérard Timsit (org.), *Raisonnement juridique et interprétation*. Paris : Publications de la Sorbonne, p. 49-63.

BRYDE, Brun-Otto (1982), *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.

_____. (1993), *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*. Berlin/New York: Walter de Gruyter.

COUTU, Michel (1998), "Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire", *Droit et Société*, n° 40, 1998, p. 631-646.

DE VEGA, Pedro (1991), *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos (2a. Reimpresión).

ENGISCH, Karl (1997), *Einführung in das juristische Denken*, 9. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln: W. Kohlhammer, 1997.

ESSER, Josef (1970), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis.* Frankfurt am Main: Athenäum Verlag.

FORSTHOFF, Ernst (1976), "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", in: Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann (org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, p. 51-79.

FROMONT, Michel (1990), "La Cour constitutionnelle fédérale et le droit", *Droits*, n° 11, 1990, p. 119-130.

GADAMER, Hans-Georg (1993), *El problema de la conciencia histórica*. Traduit par A. Moratalla. Madrid : Tecnos.

_____. (1996), *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Edition intégrale revue et complétée par Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gilbert Melio. Paris : Seuil.

GOZZI, Gustavo (1999), *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. Editori Laterza: Roma-Bari.

HÄBERLE, Peter (1976), "Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem 'zeit-gerechten' Verfassungsverständnis", in: Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann (org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, p. 293-326.

_____. (1997), *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e « procedimental » da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HABERMAS, Jürgen (1990), *Die nachholende Revolution. Kleine politische Schriften VII*. Suhrkamp: Frankfurt am Main.

_____. (1998), *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____. (2001), "Pourquoi l'Union européenne a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel ?", *Cultures en mouvement*, n° 35, mars 2001, p. 11-18.

HESSE, Konrad (1991), *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor.

_____. (1992), "Límites de la mutación constitucional", in: *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalon, 2a. edición, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 79-104.

_____. (1993), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19., überarbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller.
JUST, Gustavo (2005a), "Cognitivisme et scepticisme dans la théorie de l'interprétation: relativité et ambiguïté d'une distinction", *Archives de philosophie du droit*. Paris, v. 48, p.371-380, 2005.
_____. (2005b), *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris: L'Harmattan.
KAUFMANN, Arthur (1994), "Problemgeschichte der Rechtsphilosophie", in : Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer (org.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 6. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, p. 30-178.
KÖNDGEN, Johannes (2001), "Josef Esser — Methodologe zwischen Theorie und Praxis", *Juristenzeitung (JZ),* 56 Jahrgang, 15/16, 2001, p. 807-813.
KRIELE, Martin (1976), "Die Stadien der Rechtsgewinnung" , in: Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann (org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, p. 237-247.
_____. (1979), *Recht und praktische Vernunft.* Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.
LOEWENSTEIN, Karl (1961), *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin: Walter de Gruyter.
MAUNZ, Theodor e ZIPPELIUS, Reinhold (1994), *Deutsches Staatsrecht*. 29., völlig neubearb. Aufl., München : Beck.
MÜLLER, Friedrich (1976), "Einige Leitsätze zur Juristischen Methodik", in: Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann (org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, p. 248-265.
_____. (1996), *Discours de la méthode juridique*. Traduit par Olivier Jouanjan. Paris : PUF.
MUSSGNUG, Reinhard (1995), "Zustandekommen des Grundgesetz und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland", in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung*. Zweite, unveräderte Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, p. 219-258.
PRIETO SANCHIS, Luis (2002), "Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale", *Ragion Pratica*, anno X (2002), n° 18, p. 169-200.
SCHMIDT, Walter (1990), "Die Kunst der Tenorierung. Zum Richterrecht bundesverfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen", in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Jan Schapp (org.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag am 5.2.1990.* Gießen: Brühlscher Verlag, p. 505-523.
SCHMITT, Carl (1992), *Teoría de la Constitución*. Trad. F. Ayala. Madrid: Alianza Editorial.
SCHNAPPER, Dominique (2001), "De la difficulté de la construction d'un espace public européen", *Cultures en mouvement*, n° 35, mars 2001, p. 19-21.
STARCK, Christian (1994), *La constitution : cadre et mesure du droit*. Paris/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
STERNBERGER, Dolf (1990), *Verfassungspatriotismus*. Frankfurt am Main: Insel Verlag.
VAN DE KERCHOVE, Michel (1993), "Lacune", in : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, sous la direction de André-Jean Arnaud, Paris: L.G.D.J., p.335-338.
ZACCARIA, Giuseppe (1989), "L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXXV, n° 3, maggio-giugno 1989, p. 323-356.
ZURBUCHEN, Simone (1995), "Bedarf der liberale Staat des Patriotismus?", in: François Paychère (org.), *Herausforderungen an das Recht am Ende des 20. Jahrhunderts (ARSP Beiheft 62)*, p. 115-126.

NOTAS

[1] A metáfora provém ao que parece de Engisch (1997), que a introduzira contudo no contexto de uma visão muito mais ortodoxa do que a da JH, como ele mesmo teve a oportunidade de registrar.

[2] A percepção desse problema conduziu por exemplo Kaufmann (1994:162-3) e Esser (1970: 31) a reforçar a crítica da visão de um automatismo silogístico explorando a dialética entre norma e fato do ponto de vista de sua diferença "categorial". Nunca poderia existir uma verdadeira "correspondência" entre *Tatbestand* e *Sachverhalt*, eles não podem ser mais do que "levados" à

correspondência por meio de um raciocínio analógico. Em conseqüência, não se poderia mais sustentar uma diferença propriamente qualitativa entre analogia, preenchimento de lacunas, "aperfeiçoamento do direito", interpretação etc. Toda controvérsia jurídica seria nesse sentido fruto de uma lacuna, de que se insinua então um conceito amplo, tal como o formula por exemplo Kriele (1979: 67): « Eine Lücke in weiteren Sinn besteht immer dann, wenn eine juristische Streitfrage noch offen ist, weil verschiedene Auslegungen technisch vertretbar wären - also in allen juristischen Streitfragen. *Die Gesetzeslücke in diesem Sinne ist nicht die Ausnahme, sondern die Regel* ». Mas não é certo que essa tendência corresponda a uma orientação uniforme da JH na discussão mais geral sobre a diferença entre o problema das lacunas e o da interpretação (van de Kerchove, 1993).

[3] O trecho citado é o único de *Pré-compreensão e escolha do método* em que a dimensão axiológica do processo decisório está associada ao termo "liberdade", e não ao de "responsabilidade" (ver também o título do capítulo VIII: *Freiheit und Bindung des Richters in Reschtsfindungsprozeß*). Essa forma excepcional de se expressar desempenha nesse contexto uma óbvia função estilística e retórica.(1990:120), por exemplo, fala nesse sentido dessa "superioridade do direito sobre a política que é tão característica da República Federal da Alemanha".

[4] Ver especialmente: Habermas, 1998 e 2001 ; Hermet, 1997: 75-85 ; Zurbuchen, 1995 ; Coutu, 1998 ; Schnapper, 2001.

[5] Pode-se recordar que a dificuldade de se respaldar a legitimidade da Lei Fundamental na teoria clássica do poder constituinte, em razão das circunstâncias de sua elaboração (que incluíam especialmente a aprovação do texto pelos governadores das zonas ocidentais de ocupação, além da eleição indireta do Conselho Parlamentar encarregado de deliberar sobre o projeto) havia já levado a *doutrina* constitucional (trata-se portanto de considerações situados num outro plano) a procurar a justificação da legitimidade democrática da constituição fora dos esquemas representativos clássicos. Nesse sentido evocou-se com freqüência uma legitimação *a posteriori* que poderia ser reconhecida por exemplo na participação cada vez mais expressiva do eleitorado nas eleições parlamentares (chegando a 91,1% em 1969) e na vitória, quando do primeiro pleito, em 1949, alguns meses após a entrada em vigor do texto constitucional, dos partidos que haviam votado a favor do projeto no âmbito do Conselho Parlamentar, em detrimento daqueles que haviam votado contra. Esses fatos demonstrariam que o povo alemão se teria identificado mais claramente com a Lei Fundamental do que com a Constituição de Weimar, apesar da elaboração democrática desta última. (Mußgnug, 1995: 255-257; Starck, 1994: 54-55; Gozzi, 1999: 119-122)

[6] Simetricamente, Forsthoff (1976) veio expressar uma posição antitética à de Hesse, tanto no plano da teoria da interpretação, que o primeiro pretendia manter atrelada essencialmente à "metodologia tradicional", quanto no da teoria constitucional formulada sob a vigência da Lei Fundamental, notadamente no que diz respeito à discussão sobre a normatividade do princípio do Estado social e dos direitos fundamentais.

[7] Sobre o sentido da distinção, todavia sempre ambígua e relativa, entre teorias cognitivistas e teorias céticas da interpretação, ver: Just, 2005a.

[8] Fora do âmbito mais restrito da metodologia aplicada ao controle de constitucionalidade, alguns constitucionalistas consideram a teoria estruturante indispensável para a compreensão do fenômeno da "mutação constitucional", isto é a modificação do conteúdo das normas constitucionais sem transformação do respectivo texto (por exemplo: De Veja, 1991: 212-215; Hesse, 1992: 98-104).

[9] As técnicas do controle de constitucionalidade são exaustivamente estudadas pela doutrina, que chegou inclusive a elaborar uma minuciosa tipologia das decisões tomadas por ocasião do controle de constitucionalidade, uma tipologia que leva em consideração a forma da proclamação da decisão (especialmente em sua parte dispositiva) e os efeitos jurídicos nela especificados — no jargão, a "arte do *Tenorierung*" (Schmidt, 1990).

[10] Muitos podem então chegar à tranqüilizadora conclusão de que "de um modo geral a argumentação da Corte Constitucional Federal é equilibrada, integra os fatores sociais e utiliza reflexões racionais" (Arnold, 2001: 63).

[11] Muitos podem então chegar à tranqüilizadora conclusão de que "de um modo geral a argumentação da Corte Constitucional Federal é equilibrada, integra os fatores sociais e utiliza reflexões racionais"