

JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

O PAPEL DA ATIVIDADE JURISPRUDENCIAL NA "SOCIEDADE ÓRFÃ"¹

Ingeborg Maus

*Tradução do alemão: Martonio Lima e
Paulo Albuquerque*

RESUMO

A expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário é analisada pela autora à luz do conceito psicanalítico de imago paterna, que se projeta na função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão. Examina-se a tradição da jurisprudência constitucional alemã a fim de demonstrar que por trás de generosas idéias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.

Palavras-chave: Poder Judiciário; constitucionalidade; Alemanha.

SUMMARY

The author of this article examines the expansion of the judiciary's normative control over society in light of the psychoanalytical concept of the father image, which is projected onto the role of public morality fulfilled by the judicial decision model. The article examines the German tradition of constitutional jurisprudence in order to demonstrate that behind the generous ideas of legal guarantees for liberty and of the principles of constitutional interpretation lies the will to control, irrationality, and arbitrariness, which cut into individual autonomy and popular sovereignty, constituting an obstacle to a liberating constitutional politics.

Keywords: judiciary branch; constitutionality; Germany.

Sobre a autora

Ingeborg Maus é professora titular de ciência política da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt am Main, e este é o seu primeiro trabalho traduzido para a língua portuguesa. Neste ensaio se evidencia a sua preocupação com temas jurídicos, os quais são permanentemente enfrentados pela autora. Em Teoria do direito civil e fascismo (Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Munique: Wilhelm Fink, 1980) ela discute a função social atual da teoria desenvolvida pelo "jurista de ouro" do nazismo, Carl Schmitt. Em Teoria do direito e teoria política no capitalismo industrial (Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. Munique: Wilhelm Fink, 1986) retoma a questão jurídica sob uma perspectiva eminentemente política.

(1) Publicado originalmente como "Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in der 'vaterlosen Gesellschaft'". In: Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989.

Sempre partindo da filosofia política, Ingeborg Maus oferece uma interpretação de Kant contrária à tradição dominante, que o entende como um filósofo liberal. Ao concebê-lo radicalmente como um democrata, faz com que o conceito de democracia do século XVIII permaneça cada vez mais atual e capaz de proporcionar respostas aos problemas de hoje — discussão desenvolvida especialmente em Do Iluminismo da teoria da democracia (Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1992). O princípio da soberania popular ocupa posição central nas reflexões de Ingeborg Maus, de tal forma que não haveria como analisar a existência do que se conhece como controle jurisdicional da constitucionalidade das leis sem submeter tal idéia a parâmetros de uma perspectiva radicalmente democrática. A autora tem igualmente formulado críticas à atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, em especial quando da freqüente atuação deste órgão como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade.

No presente texto, Ingeborg Maus discute em que medida a atividade de controle normativo judicial, tal como configurada no modelo de Estado constitucional moderno, teria contribuído para a perda da racionalidade jurídica ou mesmo para racionalizações autoritárias, tanto mais danosas porque inconscientes. Disso já se poderia reconhecer antecedentes no próprio pensamento iluminista, que, ao pregar uma ordem composta por indivíduos livres e autônomos, codificou o exercício da soberania e da representação na ordem jurídica de forma paternalista. Sobre a atividade judicial dos tribunais constitucionais que se desenvolveu em tal cenário paira pois a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

A teoria política da Constituição e a teoria do direito vêem-se assim em face da necessidade de repensar seus modelos e conceitos. Ingeborg Maus aponta tais antinomias, criticando alternativas como as das teorias funcionalistas por entender que terminam por reforçar justamente as tendências autoritárias e inibidoras da autonomia do indivíduo e da sociedade. Com este ensaio confere a autora, portanto, uma importante contribuição para o debate constitucional, cuja atualidade e oportunidade parece evidente para o diálogo intercultural de nossos países. (Martonio M. B. Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque)

Nos anos 1960 Herbert Marcuse constatava o "envelhecimento da psicanálise", ou mais precisamente "o envelhecimento de seu objeto"². Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego. Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabi-

(2) Marcuse, Herbert. "Das Veralten der Psychoanalyse", In: *Kultur und Gesellschaft* 2. Frankfurt/M., 1965, pp. 85 ss. Esta análise de Marcuse baseia-se em Horkheimer, Max (org.). *Autorität und Familie*. Paris, 1936. Cf. Mitscherlich, Alexander. *Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft*. Munique, 1973, pp. 307 ss.

lidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma. Por isso a "sociedade órfã" ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui³. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.

À primeira vista, o crescimento no século XX do "Terceiro Poder", no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais⁴. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa⁵. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de "esquerda" e de "direita" entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica. E as demais funções jurisdicionais também encontram acatamento na Alemanha, em que pesem algumas críticas sobre resultados isolados de decisões, que na realidade possuem menos o caráter de valoração modesta da garantia principiológica da liberdade por uma Justiça capaz de decidir autonomamente do que o aspecto daquelas obsessões libidinosas que, de acordo com Marcuse, já não correspondem a relações de domínio tecnocrático por agentes impessoais⁶.

O retorno mais marcante da imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Nesse país, que já desenvolvera um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografias de juizes. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juizes que fizeram sua história constitucional⁷, os quais aparecem como "profetas" ou "deuses do Olimpo do direito"⁸. Nessas representações se revela mais que em qualquer outro campo a atual tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos. O aspecto típico dessas biografias de juizes parece se configurar na idéia — que suscita algo como uma reedição dos antigos "espelhos dos príncipes" — de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade de juizes.

(3) Marcuse, op. cit., pp. 96 ss.

(4) Esse tema será abordado mais adiante.

(5) Esse ganho de confiança é comprovado por pesquisas de opinião pública: entre as instituições políticas e sociais da República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional conta com o exorbitante percentual de 62% de aprovação da população. A título comparativo, a universidade atingiu apenas 2% e mesmo a televisão alcançou somente 34%. Cf. Von Boyle, Klaus. "Institutionstheorie in der neuen Politikwissenschaft". In: Göhler, Gerhard (org.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*. Opladen, 1987, p. 55.

(6) Marcuse, op. cit., pp. 97 ss.

(7) Friedman, Leon e Israel, Fred L. (eds.). *The Justices of the United States Supreme Court— 1789-1969. Their lives and major opinions*. Nova York/Londres, 1969.

(8) Esses epítetos encontram-se no título e na dedicatória do livro de Alan Barth: *Prophets with honor. Great dissents and great dissenters and Supreme Court*. Nova York, 1974.

Na teoria do direito da época de Weimar encontram-se equivalentes nas inúmeras defesas das prerrogativas de prova dos juizes frente ao legislador democrático. Erich Kaufmann é representativo da fração conservadora dessa época quando considera que "com a queda da monarquia o povo alemão perdeu indubitavelmente um importante símbolo de sua unidade". Como "sucedâneo" ele propõe exatamente os direitos fundamentais da nova Constituição e seus intérpretes judiciais⁹. A ascensão dos "juizes da corte" é fundamentada na argumentação de que a noção racional de direito natural do Iluminismo estaria superada para auxiliar na compreensão dos direitos fundamentais¹⁰. De acordo com Kaufmann, o preceito fundamental de igualdade do Iluminismo se refere a um conceito de Justiça que "implica não somente um método para discussão [...], mas sobretudo uma ordem material"¹¹. Até aqui está claro que nenhum Parlamento com capacidade de debate — que dirá então de uma esfera pública — poderá funcionar como substituto da figura imperial do pai. A Justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para a "consciência jurídica", revelada mediante o "receptáculo puro" que é o juiz. A "excepcional personalidade de jurista" criada por uma "formação ética" atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: "uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa"¹². Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da "consciência" social na Justiça.

Que a jurisprudência e a administração da moral se aproximem, segundo as modernas teorias de decisão judicial, isto se deixa confirmar também em ambiciosas contrações teóricas da atualidade. Ronald Dworkin é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. Segundo ele, as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial¹³. A razão pela qual tal teoria — a despeito de suas melhores intenções — é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juizes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social ("*community morality*") o fator decisivo da interpretação jurídica¹⁴. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este

(9) Kaufmann, Erich. "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des art. 109 der Reichsverfassung". *WW.DSt.RL*, n° 3, 1927, p. 8 — aqui se referindo à formulação de Friedrich Naumann.

(10) Esse tópico será desenvolvido mais adiante.

(11) Kaufmann, op. cit., pp. 13 ss.

(12) *Ibidem*, pp. 12 e 22.

(13) Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, 1986, pp. 3 ss.; *Taking rights seriously*. Cambridge, 1978, pp. 7 e 81 ss.

(14) *Ibidem* (*Taking rights seriously*), pp. 128 ss.

modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais¹⁵. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

No desdobramento dessa tendência e de seus fundamentos — em que as condições sociais estruturais, assim como seu apoio em mecanismos psíquicos, devem ser levados em consideração —, convém investigar se se trata de uma simples regressão social ou antes de uma acomodação às condições do moderno e anônimo aparato de administração do Estado, em que todas as figuras paternas são obrigadas à abdicação. Pode ocorrer que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo da transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?

I

A abordagem do impacto da idéia de regressão — a qual caracteriza o desenvolvimento do aparelho judicial estatal do século XX em face do ideal de autonomia das concepções constitucionais do século XVIII — requer primeiramente uma confrontação histórica. Na fase inicial de sua teoria liberal burguesa, Emmanuel Sieyès, o pensador constituinte da Revolução Francesa, elaborou de forma radical a proposta do "domínio da lei" em lugar da decadente idolatria absolutista. Em 1788 ele sustentava que o povo, depois de uma "longa escravidão espiritual", parecia desconhecer que os direitos de liberdade

*existiam antes de todos os outros, [...] que eles sozinhos criaram a proteção paternal do poder do Estado; que este não concede a propriedade, mas a protege; e que todo cidadão tem não só o direito de deixar de fazer aquilo que a lei proíbe, como o direito intocável de poder fazer tudo o que expressamente não for proibido por lei. [...] Tudo o que a lei não proíbe localiza-se no âmbito da liberdade civil*¹⁶.

(15) Sobre o tema, principalmente sobre a moralidade da atividade jurisprudencial, ver Maus, Ingeborg, "The differentiation between law and morality as a limitation of law". In: Aarnio, A. e outros (eds.). *Law and legitimacy*, 1989.

(16) Sieyès, Emmanuel. *Abhandlung über die Privilegien* (org. por Rolf H. Foerster). Frankfurt/M., 1968.

Entre essas formulações aparentemente cumulativas existe uma correlação íntima que encontra sua razão de ser na premissa fundamental de Sieyès de que só se pode considerar como "lei" aquilo que o povo decidiu para si mesmo — uma exigência que na teoria da criação legal de Sieyès é enfraquecida pela existência de representantes escolhidos pelo povo. Em todo caso, a autoridade protetora, ainda almejada por Sieyès, despe-se das vestes paternalistas que lhe caberiam com a "proteção da lei" e torna-se "delegada" da soberania legislativa do povo¹⁷. A "proteção paternal do poder do Estado" de que fala Sieyès não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos "súditos" pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles limitado. A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna¹⁸. A concepção democrática de Estado inverte as relações "naturais": nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai.

(17) *Ibidem*, p. 40.

(18) Isto compõe, por exemplo, o núcleo da discussão de Locke sobre a obra *Patriarquia*, de Filmer.

Este modelo traz conseqüências decisivas também para as relações entre Legislativo e Judiciário. Quando Sieyès diz que "a lei nada tem a permitir", estendendo-se o campo da liberdade civil a "tudo o que ela não proíbe", pronuncia-se por uma suposição básica e precursora em favor do cidadão, o qual aparece como interveniente posterior — e portanto sob a forma negativa de proibição em face de toda ação do Estado. O espaço original da liberdade dos cidadãos permanece tanto maior quanto menor for o do "proibido". É de se exigir, portando, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambigüidade dilata o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. Nesse sentido, o poder de interpretação dos tribunais em face das leis deve ser o mais limitado possível. Já Montesquieu temia que de outra forma "viver-se-ia na sociedade sem conhecer exatamente os vínculos a que se está sujeito"¹⁹. Assim é que na Revolução Francesa introduziu-se o (impraticável) *référé législatif*: os juizes deveriam ante a incerteza da lei recorrer à interpretação autêntica do Legislativo. Em que pese o caráter ilusório da representação de uma estrita vinculação legal do Judiciário à efetiva práxis jurídica até o início do século XX, aparece neste modelo uma idéia enfática de liberdade, já observada por Montesquieu ao afirmar que "em Estados despóticos não há nenhuma lei: o juiz tem a si próprio como lei. Sob a forma de governo republicano a essência da Constituição consiste no fato de que os juizes devem observar a letra da lei"²⁰.

(19) Montesquieu. *Vom Geist des Gesetzes* (org. por Ernst Forsthoff. Tübingen, 1951, Livro XI, cap. 6.

(20) *Ibidem*, Livro VI, cap. 3.

Esse conceito de liberdade não pode ser reduzido a interesses econômicos, nem tampouco ser entendido como "negativo". Franz Neumann já havia mostrado que a exigência da cidadania nascente de vincular estritamente o aparelho do Estado à legislação derivava certamente da necessidade por parte da sociedade liberal de concorrência de poder prever a intervenção estatal — garantidora da certeza da propriedade, da previsibilidade de investimentos econômicos e das relações de mercado —, mas continha também um excepcional momento de garantia de liberdades,

desvinculada de classes²¹. Essa idéia de liberdade — ainda que se considerem suas variantes deficitárias no constitucionalismo alemão — não é portanto simplesmente negativa, já que não somente delimita esferas de liberdade contra a intervenção estatal, mas também inclui a determinação de seus conteúdos para os cidadãos. O fato de o domínio da lei ter sido confundido com soberania do povo (conceito restringido por limitações ao direito de votar e ser votado) transformou a idéia de domínio em autolegislação. A vinculação estrita do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação, ressaltada por meio do inquestionável primado do Legislativo sobre os demais poderes do Estado no modelo clássico de separação de poderes²², tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo.

Assim, surge um conceito de autonomia social que encontra sua correspondência individual na concepção de moral do Iluminismo. Também aqui alteram radicalmente aquela concepção das funções do superego os resultados do "crescimento natural" do processo de socialização. Freud descreveu-os da seguinte forma: "O superego da criança [...] passa então a ser construído [...] a partir do modelo do superego dos pais. A criança se transforma num 'portador da tradição' de valores temporais que vêm se reproduzindo através das gerações"²³.

Kant entrega a faticidade da construção da moral social à "antropologia empírica" e desenvolve na sua filosofia da moral, com o princípio do imperativo categórico, um processo de verificação da universalidade das máximas do agir, o qual deve ser enfrentado por todos os indivíduos. A utilização de uma instância moral pretende nesse sentido romper com a linha tradicional dos arranjos morais empíricos exatamente pelo fato de submeter expectativas de condutas, normas morais e modelos éticos às "máximas" do processo de verificação do imperativo categórico, em vez de considerá-los vinculantes e indicá-los como modelos a serem seguidos²⁴. O sujeito autônomo da filosofia iluminista deve ser liberado tanto do infantilismo relativo às questões de tomada de consciência como da orientação paternalista no processo político de decisão. Esse sujeito relaciona-se conceitualmente em face dos mandamentos da moral convencional como instância autônoma do "controle da legalidade"²⁵, assim como atende ao chamado de autonomização legislativa do processo político de criação normativa.

Estes dois conceitos emancipatórios são postos radicalmente em questão com a ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das "proibições" legais pode ser arbitrariamente estendido

(21) Neumann, Franz. "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft". In: *Demokratischer und autoritärer Staat*. Frankfurt/M., 1967, pp. 48 e 50 ss.

(22) Cf., por exemplo, Locke, John. *Two treatises of civil government* (org. Carpenter). Londres/Nova York, 1966, § 134; Kant, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten* (org. Weischedel). *Obra Completa*, vol. 8, p. 432; *ibidem*, p. 46.

(23) Freud, Sigmund. "Die Zerlegung der psychischen Persönlichkeit". In: *Studienausgabe*, vol. I (org. Alexander Mitscherlich e outros). Frankfurt/M., 1968, p. 505.

(24) Cf. Maus, Ingeborg. "Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant". In: Göhler, Gerhard e outros (orgs.). *Politische Institutionen in gesellschaftlichen Umbruch. Ideengeschichtliche Beiträge zur Theorie politischer Institutionen*. Opladen, 1989, pp. 364 ss.

(25) Sobre a função da "razão controladora da legalidade" em Kant e em Hegel, ver Habermas, Jürgen. "Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?". In: Kuhlmann, Wolfgang (org.). *Moralität und Sittlichkeit*. Frankfurt/M., 1986.

ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi "proibido", aprendendo a deduzir para o futuro o "permitido" (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso.

Essa inversão das expectativas de direito não ocorre somente por meio da usurpação dos tribunais, mas também mediante a própria estrutura legal. Multiplicam-se de modo sintomático no direito moderno conceitos de teor moral como "má-fé", "sem consciência", "censurável"²⁶, que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações judiciais altamente tradicionalistas (ou politicamente autoritárias, como no caso da jurisprudência das *Sitzblockade*²⁷). A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Mesmo quem procura evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos conflitos que ocorrem nos aposentos infantis, seguindo critérios antiautoritários de educação, favorece com maior obviedade aquela mesma estrutura autoritária quando se trata da condução de conflitos sociais. A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.

Para o crescente *animus litigandi* contribuem até mesmo os movimentos sociais de base democrática que não renunciam a seus pontos de vista morais em favor do aparato estatal, procurando desenvolver-se autonomamente e em oposição a ele. Ainda que pareça indubitável que processos administrativos têm a possibilidade de limitar os excessos do Executivo, ignora-se facilmente que, paralelamente ao crescimento do arbitramento judicial dos conflitos, isto vem ao encontro dos mais altos interesses do próprio aparato judicial. A rígida contemplação do conjunto das funções sociais freqüentemente desenvolvida por teorias conservadoras como a de Luhmann descreve este problema:

*Na divisão entre o direito e o não-direito situa-se um momento da reprodução do sistema jurídico, uma espécie de "mais-valia"— sobre a qual caberia perguntar: obtida com exploração da tendência para o conflito dos indivíduos?— que é depurada para o sistema*²⁸.

(26) Cf. Naucke, Wolfgang. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*. Tübingen, 1973.

(27) N.T.: *Sitzblockade* — literalmente, "bloquear sentado". Refere-se a manifestações políticas que se utilizam do bloqueio de caminhos públicos, como estradas de ferro, rodovias, ruas etc., com o objetivo de chamar a atenção e protestar sobre questões que envolvam o meio ambiente, notadamente no caso de transporte de material radioativo. Diante do questionamento da constitucionalidade de tais movimentos, decidiu o Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) em 11/11/1986, confirmando decisão anterior do Tribunal Federal (TF), que tal recurso constituía uso de violência nos termos do art. 240 do Código Penal alemão, sendo portanto ilegal e passível de punição. Posteriormente, em decisão de 10/01/1995, o TFC modificou seu entendimento para declarar inconstitucional a decisão anterior do TF, considerando que as *Sitzblockade* não constituíam violação ao Código Penal mas simples contravenção, passível de multa.

(28) Luhmann, Niklas. "Die Einheit des Rechtssystems". *Rechtstheorie*, nº 14, 1983, p. 146. Luhmann fala de um sistema jurídico no sentido mais amplo, mas o contexto deixa claro que é referido de modo especial o Judiciário.

Nos estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade.

A ascensão do TFC à condição de censor ilimitado do legislador ocorre por meio do mecanismo acima descrito por Luhmann. Assediado ilimitadamente pelas oposições do momento, e em especial sobrecarregado de queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*), o TFC procede à sua auto-reprodução e gerencia uma "mais-valia" que de longe supera suas vastas competências constitucionais. Sobretudo no início de sua jurisprudência o TFC ocupou-se, nos conflitos que lhe foram apresentados, com a definição de seus próprios limites. Questões de pouca importância relativa, como a sincronização dos períodos de legislatura na construção do Estado alemão-ocidental, motivaram o Tribunal a discutir sua própria competência e métodos de interpretação constitucional, menosprezando qualquer limitação constitucional. O TFC afirmou então austeramente que seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis (ou controle de atos constitucionais relevantes) não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar os seus horizontes:

*O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente*²⁹.

(29) Citação de decisão do Repositório Oficial de Jurisprudência do TFC (grifo meu), que com este entendimento confirma a decisão do Tribunal Constitucional bávaro, responsável pela citação a seguir.

Deste modo, a Constituição vigente passa a ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade, ou pelo menos objeto de uma interpretação "devidamente constitucional":

Não se é de excluir que uma determinação constitucional seja nula, pelo fato mesmo de ela ser parte da Constituição. Existem fundamentos constitucionais que são basilares e como tais expressão de um direito anterior à Constituição, de modo que vinculam o próprio legislador constitucional, podendo tornar nulos outros dispositivos constitucionais que contra si atentem e não participem da mesma hierarquia.

Assim, a "competência" do TFC — como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade — não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional. O TFC

submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

"*Legibus solutus*": assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição "corretamente interpretada", podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma "ordem de valores" submetida à Constituição³⁰. Deste modo, entendeu o TFC no caso da decisão que tratou da escola superior (*Hochschulurteil*), por exemplo, ser a composição porcentual de conselhos escolares baseada nada menos do que nos preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade de aprendizado³¹, ou então, como na decisão sobre o aborto, limitou-se ao âmbito das seguintes diretivas constitucionais: "A dignidade humana é intocável" (art. 1, inciso 1); "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade" (art. 2, inciso 2); e "Todos têm o direito à vida..." (art. 2, inciso 2). Tudo isso paira sobre a sutil diferença entre regras de prazo e regras de indicação: as primeiras seriam sabidamente inconstitucionais (*verfassungswidrig*), enquanto as últimas seriam conforme a Constituição (*verfassungskonform*)³¹. A apropriação da perseguição de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida — tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia — como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma "teologia constitucional"³³.

Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações "naturais" da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como "Guardião da Constituição" do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências. O tradicionalismo do Tribunal aparece de maneira mais clara ainda quando se refere à história social real. Percebe-se nas razões das decisões do TFC uma ampla recepção da "velha" história pré-constitucional, sobrepondo-se a "força de validade do passado" em nível constitucional³⁴. Com os ideais de autonomia da Revolução Francesa, a guarda da Constituição era compatível com o direito original do povo à mudança constitucional. A guarda da Constituição direcionava-se

(30) A interpretação de direitos fundamentais como uma "ordem de valores objetiva" encontra-se em Repostório Oficial de Jurisprudência do TFC. Sobre a crítica, ver Ridder, Helmut. *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*. Opladen, 1975, pp. 50 ss.; Denninger, Erhard "Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung". In: Tohidipur, Mehdi (org.). *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*. Frankfurt/M., 1976, pp. 163 ss.; Tohidipur, Mehdi. *Staatsrecht 2*. Reinbeck, 1979, pp. 150 ss. e 184; Böckenförde, Ernst-W. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation". In: *Staat-Gesellschaft - Freiheit*. Frankfurt/M., 1976, pp. 221 ss.

(31) Decisões do TFC, v. 35, p. 79.

(32) TFC, v. 39, p. 1.

(33) Este conceito foi aplicado a partir da utilização da Constituição para exigências políticas cotidianas por Jürgen Seifert: *Grundgesetz und Restauration*. Darmstadt/Neuwied, 1974, p. 12.

(34) Blankenagel, Alexandre. *Tradition und Verfassung. Neue Verfassung und alte Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden, 1987.

precisamente contra o retorno ao (pré-revolucionário) passado, com o povo erigido à condição de "Guardião da Constituição". As Constituições francesas de 1791 e 1793 são, em última instância, confiadas à "vigilância", ao "amor", à "coragem" e à proteção de todas as virtudes morais dos cidadãos³⁵. Isso equivale a dizer que a função do superego, segundo tal concepção constitucional, permanece ainda nas mãos do povo. O argumento de que a prática revolucionária do domínio jacobino tenha levado a uma concentração da "virtude" nas mãos da direção política não derivou da Constituição jacobina, mas, ao contrário, originou-se exatamente de sua suspensão material e formal³⁶.

II

No século XX, o senso comum democrático tornou-se presa de um processo coletivo de sublimação em que os aparelhos de Estado, assim como o Parlamento, não são mais controlados por uma instância estatal superior, mas sim por meio de uma base social que vem "de baixo". Para isso certamente contribuíram razões concernentes às relações econômicas dominantes, a deslocamentos de poder e condições funcionais da Justiça, que dizem respeito a mecanismos da libido social. A ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios como as inverte detalhadamente. As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias. Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do "método adequado" entre outras concepções concorrentes³⁷. Essa tendência (cujos determinantes materiais e sociais ainda estão por ser analisados) vem apoiada por uma avaliação popular da Justiça que parece derivar de sua arcaica função antipatriarcal. Tal confiança ainda remanescente na função da Justiça como instância assecuratória *eo ipsa* da liberdade — que teve seu derradeiro fundamento objetivo na primeira metade do século XIX — perdeu substância com o rude e eficaz (!) disciplinamento da Justiça por parte de Bismarck, tendo sido totalmente desautorizada durante o terror instalado pelo regime nazista. Ainda na fase inicial e glamourosa da Justiça alemã prevalecia o princípio intocável da aplicação formalista do direito. Max Weber examinou com grande clareza essa relação entre independência material, garantia da liberdade e aplicação formalista do direito pela Justiça:

(35) Título VII, art. 8, inciso 4 da Constituição francesa de 1791 e art. 123 da Constituição francesa de 1793.

(36) O argumento conservador e antiiluminista, já incorporado também nas discussões de esquerda, de que o terror moral da Revolução Francesa comprometeu suas estruturas constitucionais democráticas desconhece o simples fato histórico de que a Constituição jacobina foi suspensa imediatamente após sua feitura, por colocar-se como obstáculo a essa prática revolucionária.

(37) Dentre as inúmeras contribuições sobre metodologia jurídica, ver: Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin/Heidelberg/Nova York, 1969; Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt/M., 1970. Sobre a crítica do déficit da estrutura jurídico-constitucional nas teorias metodológicas atuais, ver Müller, Friedrich, *Juristische Methodik*. Berlin, 1976.

*Os juizes construíram uma fortíssima oposição aos poderes patriarcais, por vezes com base em razões ideológicas, de solidariedade estatal ou ocasionalmente também por motivos materiais. A firme e constante determinabilidade de todos os direitos e obrigações exteriores pareceu-lhes um bem a ser buscado por si mesmo, e este fundamento especificamente "burguês" de seu pensamento condicionou-lhes o posicionamento quanto às lutas políticas pela contenção do poder de decisão e poder liberatório autoritário dos patrimonialistas*³⁸.

As tendências patriarcais descritas por Max Weber o formalismo jurídico contrapôs a fonte autônoma de poder da resistência judicial. Opondo-se às iniciativas de uma "Justiça de gabinete" — que se baseava na correspondência entre intervenções dos senhores dominiais e "princípios materiais da ordem social" —, capaz de produzir decisões de acordo com a "livre medida, pontos de vista da equidade, finalidade e considerações políticas"³⁹, a Justiça pôde garantir sua independência, estabelecendo sua estrita vinculação à legalidade⁴⁰. Quaisquer fossem seus próprios interesses, a Justiça conseguiu limitar o autoritarismo patrimonial do príncipe por meio de seu formalismo jurídico. Em contrapartida, como observa Weber, a permanência dessa concepção levou o "despertar economicamente determinado" das idéias jurídicas materiais no século XX à "moderação na oposição por parte dos juristas", exatamente quando o estamento dos juristas estava "mais forte do que nunca na balança da ordem"⁴¹. Na atualidade tal imagem consolidou-se de tal modo que a Justiça, com o tratamento autônomo de pontos de vista materiais, tomou a si as mesmas funções patriarcais contra as quais se opusera em nome do formalismo jurídico.

Desde a introdução tardia do parlamentarismo, com a República de Weimar, a conexão interna entre vinculação à legalidade e independência do Judiciário parece ter ganho uma dimensão que corresponderia à própria dissolução do parlamentarismo. A Justiça transformou em fetiche sua independência mediante exigências políticas corporativistas⁴², ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua "vinculação à legalidade"⁴³, exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo. Em contraponto à teoria positivista e formalista de aplicação do direito dessa época, apoiada por poucos representantes "republicanos" da polêmica weimariana⁴³, a teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei em dois sentidos: primeiro, sustentava com grande ênfase argumentativa as decisões do Tribunal Imperial dos anos 1920, pelas quais reconheceu ao juiz, pela primeira vez na história judiciária alemã, um direito de exame das normas legais do Império⁴⁵, apoiando a possibilidade de um controle jurisdicional da constitucionalidade a ser exercido de forma "difusa" por todos os tribunais (uma função que na República Federal da Alemanha seria regulada legalmente e centralizada no TFC); segundo, defendia — e de

(38) Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, 1956, p. 643.

(39) Ibidem, p. 622.

(40) Esta concepção tematizada por Max Weber aparece como historicamente ultrapassada segundo parte da literatura atual (cf. Simon, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt, 1957). A crítica de Simon a respeito da situação estatal das aspirações de autonomia da Justiça é abordada em Caesar-Wolf, Beatrice. "Der deutsche Richter am Kreuzweg zwischen Professionalisierung und Deprofessionalisierung". In: Breuer, Stefan e Teiber, Hubert (orgs.). *Zur rechtssoziologie Max Webers*. Opladen, 1984, pp. 199 ss. e 214 ss.

(41) Weber, op. cit., p. 643.

(42) Ver Simon, op. cit., pp. 47 ss.

(43) Ver Kübler, Karl F. "Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz". *AchP*, n° 162, 1963; Rühlers, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung*. Frankfurt/M., 1973.

(44) Ver Maus, Ingeborg. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*. Munique, 1980, pp. 27 ss.

(45) N.T.: Trata-se de poder concedido ao juiz de examinar incidentalmente a validade de uma lei em torno da qual pendem uma lide, que inclui a possibilidade de suspensão do feito e provocação de decisão de tribunal superior.

forma ainda mais conseqüente — uma expansão do cânone jurídico-metodológico que permitisse à Justiça decidir em cada caso se convinha referir-se à lei (reconhecida como "conforme a Constituição") ou a pontos de vista e premissas próprios. Com a combinação de todos esses aspectos de "independência" da Justiça, transmudou-se esta em absolutismo — exatamente no momento histórico em que a Justiça decidia não mais em "nome do rei", mas sim "em nome do povo"⁴⁶.

O posicionamento da grande maioria dos juizes alemães contra o Parlamento, a política partidária e mesmo organizações de interesse social começou a ser delineado desde o início do século XX. A descensão social dos juizes começara ainda à época do Império, quando tiveram sua remuneração constantemente reduzida em relação aos militares e funcionários públicos, ao mesmo tempo que o significado objetivo da ciência do direito e da jurisprudência na era pós-Bismarck regredia em face da crescente influência legislativa do Parlamento⁴⁷. Os juizes sentiram-se afrontados não só socialmente como funcionalmente, reagindo com irritação à exigência de atuarem como meros "serviçais das normas", não só as do Código Civil de 1900, mas sobretudo as da legislação extravagante de teor "político-partidário". Nesse interesse corporativo convergiam liberais, a esquerda e a conservadora Associação dos Juizes Alemães. Os primeiros, em 1906, confrontavam a elaborada cultura política dos juizes com os "agentes políticos que funcionavam à guisa de legisladores"⁴⁸. Já os conservadores externavam-se deste modo em 1902: "Quando a trava da legislação for acionada tão facilmente pelo escriba maior, como poderá a lei ainda ser considerada algo superior ou mesmo intocável?"⁴⁹. Assim, ambas as correntes exigiam maior liberdade dos juizes frente à lei: os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção⁵⁰, e os protagonistas da Associação dos Juizes, que redefiniram o conceito de "vinculação à lei", colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito⁵¹. No decorrer do desenvolvimento de tais posturas, a Associação abdicou paulatinamente de sua reserva a compreender-se como organização de defesa de interesses profissionais, enquanto os adeptos do Direito Livre objetivaram a condição de "juiz-rei", que atua *legibus solutus* bem como destaca-se por um tipo "especial" de remuneração⁵².

Tais argumentações contêm uma dimensão metafórica em que a *topica* psíquica dos mecanismos políticos é redimensionada. Embora os interesses materiais da administração judiciária continuem a se fazer valer, o Parlamento aparece agora como simples representante do entrechoque de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça. O suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico — tudo isso exige da Justiça um senso de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas partidárias, e garantir a unidade do direito,

(46) Fraenkel, Ernst. "Zur Soziologie der Klassenjustiz". In: *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise, 1931-32*. Darmstadt, 1968, p. 8.

(47) Cf. Kübler, op. cit.

(48) Kantorowicz, Herman. "Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1960)". In: *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*. Karlsruhe, 1962, p. 38.

(49) De acordo com órgão da Associação dos Juizes Alemães, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, 1912, coluna I, apud Kübler, op. cit., p. 111.

(50) Fuchs, Ernst. *Was will die Freirechtsschule? Gerechtigkeitwissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtsschule*. Karlsruhe, 1965, pp. 21 ss.

(51) *DRiZ*, 1909, coluna 91; 1913, colunas 569 ss. e 693 ss.

(52) Fuchs, op. cit., p. 35.

independentemente de interesses envolvidos na produção legislativa. Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei — a qual é reduzida a "produto e meio técnico de um compromisso de interesses"⁵³ —, investindo-se como sacerdote-mor de uma nova "divindade": a do direito supra-positivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.

(53) Weber, op. cit., p. 642 (ver também p. 656).

Desde a discussão metodológica da época até os dias de hoje mantém-se a perspectiva pela qual cabe à ciência do direito e à práxis jurisdicional a tarefa de gestar a unidade por meio do método jurídico, tendo em vista o caos introduzido pela produção jurídica da sociedade e a indiferenciação e inconsistência internas do direito legislado. Sob a fórmula da "unidade do direito" e da "unidade da Constituição" — as quais não seriam a mera soma das normas de direito isoladas, mas o produto da sistemática jurídica de valores⁵⁴ — avulta o projeto da Justiça de dissolver os antagonismos de interesses que jazem sob a imagem real do direito legal. Nessa função controladora da Justiça reconhece-se um simbolismo que remete à integração de mecanismos sublimadores.

(54) Para a problemática atual, ver Müller, Friedrich. *Die Einheit der Verfassung*. Berlin, 1978.

As exigências formuladas perante a Justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela Justiça antes de 1933. Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista — que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol de determinações "superiores" — foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporia no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados⁵⁵. Também nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de "total fidelidade" a Hitler por parte da direção da Associação dos Juizes Alemães em 19 de março de 1933:

(55) Cf. Stolleis, Michael. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*. Berlin, 1974.

O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável [...], sempre decidiu segundo a lei [!] e sua consciência [!]. Oxalá possa a grande tarefa de construção do Estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união⁵⁶!

(56) DRiZ, 1933, pp. 121 ss., apud Hirsch, Martin, Majer, Diemut e Meinck, Jürgen. *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*. Köln, 1984, pp. 171 ss.

Assim é que a ciência jurídica alemã saudará, no interesse de uma prática jurídica consistente, que o nacional-socialismo tenha construído um "sistema de valores unitário", o qual encerrou a anterior concorrência social de sistemas de valores diferenciados, tratando esse ato como uma confirmação das funções da Justiça antes de 1933: Essa

integração jurídica [...] formava um sistema de valores com fundamento geral nos bons costumes, no sentimento de pensadores equânimes e justos [...] que, mesmo em tempos de neutralidade de valores,

*seria capaz de incutir, por meio de uma atitude nacional-conservadora, uma boa dose de saudável sentimento popular em um povo doente*⁵⁷.

Em tais formulações morais fica ao mesmo tempo claro que o "saudável sentimento popular" introduzido pelo direito penal nacional-socialista — com terríveis conseqüências — não é de modo algum empírico. O juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção "saudável" a um povo "doente" — exatamente nisso consistindo sua função de superego. Também o conceito implícito de povo não é empírico: quando o juiz é investido — de acordo com as "Cartas aos Juizes" (*Richterbriefe*) distribuídas pelo Ministério da Justiça a partir de 1942 — na condição de "protetor dos valores de um povo [...] e aniquilador dos falsos valores"⁵⁸, o povo torna-se "unidade", "verdadeiro" povo, objeto da representação e produto da atividade decisória judicial.

O antipositivismo e o antiformalismo primários da doutrina nazista⁵⁹ corresponderam à lógica de tais descrições funcionais. A aplicação correta do recém-criado direito nazista — supondo que este contivesse ainda "diretivas" aplicáveis à Justiça⁶⁰ — teria representado somente um obstáculo menor ao desenvolvimento do terror judicial do sistema nazista. Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma "lei" qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas "Cartas aos Juizes" nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juizes como uma importante garantia para a "correta" jurisprudência, cujas tarefas "só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta"; a magistratura deveria representar a "elite nacional"⁶¹. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o "juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo"⁶². As "Cartas aos Juizes" também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente "das muletas da lei"⁶³, sustentando também que o juiz era visto como "auxiliar direto da condução do Estado"⁶⁴. Na realidade, revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. É nesse contexto, em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, que se formula esta bela máxima: "O juiz é a corporificação da consciência viva nacional"⁶⁵.

(57) Lange, Heinrich. *Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft*. Tübingen, 1937, pp. 14 ss.

(58) *Richterbrief. Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung—1942-1944* (org. por Heinz Boberach). Boppard/Rh., 1975, p. 5.

(59) Ver a respeito Maus, Ingeborg. "Gesetzbindung der Justiz und die Struktur nationalsozialistischer Rechtsnormen". In: Dreier, Ralf e Sellert, Wolfgang (orgs.). *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*. Frankfurt/M., 1989.

(60) Sobre o assunto, com postura crítica a respeito, ver *ibidem*.

(61) *Richterbriefe*, op. cit., p. 6.

(62) Anônimo. *Ein neues Regiment hat ein altes und krankes Zeitalter beseitigt*. In: *JW*, nº 63, 1934, p. 1.882.

(63) *Richterbriefe*, op. cit., p. 6. Da mesma forma: pp. 5, 29, 39, 42, 47 e 88, entre outras.

(64) *Ibidem*, p. 6.

(65) *Ibidem*, p. 6.

III

Um dos mais notáveis acontecimentos do pós-guerra é que justamente os grupos profissionais cuja consciência individual fora — de modo especialmente bem-sucedido — reprimida durante o regime nazista lograram fortalecer sua posição central de instância de consciência da sociedade. Não se percebe durante os trabalhos preparatórios da Lei Fundamental, nem tampouco depois, uma mínima tendência a reconhecer a participação submissa da Justiça — que dirá então de suas funções específicas — no nacional-socialismo. Tanto já se havia chegado a essa situação extrema que mesmo o Ministério da Justiça do Reich veio a censurar, nas mencionadas "Cartas aos Juizes" de 1942, um terço do conjunto das decisões consideradas exemplares, por terem imposto penalidades *excessivas*. A ininterrupta permanência do pessoal da Justiça alemã após 1945⁶⁶ explica a forte influência das velhas concepções nos trabalhos preparatórios da Lei Fundamental. Os desejos da Justiça nela encontraram eco mediante a ampla participação de juristas nas reuniões da Convenção de Herrenchiemsee⁶⁷ e do Conselho Parlamentar, bem como o permanente *lobby* das organizações de interesses dos juristas, entre outras a ressuscitada Associação dos Magistrados Alemães⁶⁸. A competência da Justiça para controlar a constitucionalidade das leis, introduzida pela primeira vez na história constitucional alemã, bem como sua centralização no TFC, foram algumas das "unanimidades" tratadas na Convenção de Herrenchiemsee.

A Convenção ocupou-se nos mínimos detalhes do texto constitucional, em que "a personalidade do juiz (frente à instituição da Justiça) deveria ser especialmente talhada"⁶⁹, aproximando-se sobretudo da idéia de independência pessoal do magistrado baseada na apresentação de memoriais, esclarecimentos e ouvida de juizes no Conselho Parlamentar. As modestas intenções deste órgão de garantir não somente "a proteção do povo por meio da independência da jurisdição" como também "a proteção do povo contra abusos da independência dos tribunais"⁷⁰ foram derrotadas pelas exigências do *lobby* dos juizes. Essas exigências fundamentaram-se na surpreendente referência à injustiça cometida pelo arbítrio do Estado nacional-socialista, contra a qual se tratava de reerguer um Estado de direito, identificado com uma Justiça livre de todas as formas de controle e vinculação. Sob tais circunstâncias, a mera continuidade dos métodos jurídicos de compreensão após 1945 era inevitável⁷¹. Essa postura transparece no já conhecido ditado: "A lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes"⁷². Esse procedimento foi corroborado pela continuidade do pessoal nas faculdades de direito. Aos que lá lecionavam, como também à burocracia judicial, restou o poder de reelaborar o próprio passado, de tal forma que lhes foi possível invocar a mesma doutrina jurídico-positivista de interpretação do direito, combatida por eles de 1933 a 1945 em seu potencial supostamente destruidor da governabilidade, contrapondo-a depois de 1945 à submissão da Justiça no regime nacional-socialista⁷³. Desta forma tornou-

(66) Ver a respeito Müller, Ingo. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. Munique, 1987.

(67) N. T.: O termo refere-se à feitura da Lei Fundamental de 1949 por uma assembléia encarregada pelas forças aliadas de ocupação da Alemanha Ocidental de estabelecer uma ordem constitucional provisória para o país.

(68) Ver a respeito Sörge, Werner. *Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. Stuttgart, 1996, pp. 134 ss.

(69) Apud *ibidem*, p. 143.

(70) Sobre essas formulações, ver *ibidem*, p. 150.

(71) Ver Maus, Ingeborg. "Juristische Methodik und Justifunktion im Nationalsozialismus". *ARSP*, n° 18, 1983.

(72) Adomeit, Klaus. "Juristische Methode". In: Görnitz, Axel (org.). *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*. Munique, 1972, pp. 217-220 (ver também nota 14).

(73) Acerca do assunto, em detalhes, ver Maus, "Gesetzbindung...", op. cit.

se mais fácil justificar o domínio da doutrina antiformalista com o "recomeço do Estado de direito".

Esse bem-sucedido processo de recalçamento não se deixa porém explicar definitivamente por constelações pessoais, nem muito menos se reduz à percepção dos interesses da ciência do direito ou da Justiça: ele integra a própria forma de representação da sociedade alemã como um todo. Na medida em que subsistem vagos conhecimentos a respeito da Justiça do nacional-socialismo, são aceitos os argumentos apresentados pela ciência do direito e pela Justiça do período pós-guerra, uma vez que pertencem ao núcleo da "religião civil" do Estado atual. Já da parte de outras disciplinas não tem sido possível obter potencial crítico, por força da impermeabilidade do material da ciência do direito. Ao psicanalista admite-se ainda não demonstrar qualquer interesse pelo direito, já que este está marcado por uma simbologia psíquica que remete a abstrações da sociabilidade "anal-capitalista". Que as abstrações do direito formal no seu modo real de efetivação funcionem assim, mantendo os aparelhos do Estado distantes e com isso impedindo intervenções "concretas", e pois arbitrárias, no mundo vivido da sociedade⁷⁴, tudo isso permanece recôndito sob o manto de uma dimensão simbólica. É sintomático que tal maneira de ver se combine à representação de que domina ainda hoje uma estrutura jurídico-formal que na realidade se encontra exposta ao agudo processo de desgaste já referido. O que deixa de ser mencionado por essa perspectiva é o fato de que sob as circunstâncias atuais as exigências de um vínculo jurídico-formal do aparelho do Estado ganham características quase anarquistas. Até mesmo discussões interdisciplinares nas ciências sociais a respeito de "alternativas ao direito"⁷⁵ pressupõem que o domínio e a força não derivam propriamente dos aparelhos do Estado, mas da própria lei escrita. Como conseqüência, seria possível que, sem perda de liberdade, as funções do Estado fossem redirecionadas para mecanismos de integração extrajurídicos, ou mesmo que lhes fosse esgotado o potencial de agressividade, retirando-lhes os "fundamentos" legais. Aqui se ignora o fato elementar de que a realização do poder do Estado não depende de modo algum de normas de autorização. Como demonstrado de modo eloqüente pelo regime nazista, o terror político aberto encontra no direito formal um obstáculo. Todos esses desencontros do debate atual conduzem, dentro dos modelos alternativos, à redescoberta dos mesmos padrões da "religião civil". Assim, a Justiça, a primeira de todas as funções do Estado, aparece ocasionalmente como "instituição" social que decide acerca do real emprego dos recursos psíquicos de força por parte do Estado⁷⁶.

Essa constatação autoriza o reconhecimento de fixações libidinais. Se na República de Weimar o presidente atuava como visível imperador-substituto, na atual república esse papel parece ter sido assumido pelo TFC. A ascensão da Justiça desde a metade dos anos 1920 viria encerrar-se assim provisoriamente. A libido da sociedade ter-se-ia deslocado da chefia do aparato do Executivo para a cúpula do Poder Judiciário. A par da evolução da consciência política, jazem-lhe condições sociais objetivas que enfra-

(74) A respeito e com mais detalhes, ver Maus, Ingeborg. *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. Munique, 1986, pp. 277 ss. e 300 ss.

(75) Blankenburg, Erhard e outros (orgs.). *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Opladen, 1980.

(76) Ladeur, Karl-Heinz. "Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung". *Leviathan*, nº 7, 1989; "Abwägung — ein neues Rechtsparadigma?". *ARSP*, nº 69, 1983.

quecem tais evidências. Contra o "império da lei" despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e "valores". Exatamente nessa auto-representação da Justiça como instância moral localiza-se sua contrapartida à libido projetada pela sociedade. O *output* fático da decisão judicial não corresponde nem de longe a essa autocompreensão nem tampouco às expectativas sociais. Isto não se aplica simplesmente a decisões abertamente contrárias à moral, mas sobretudo à ambivalência dos conceitos morais presentes no repertório de decisões do Tribunal. Já as normas do "direito livre", baseado nas quais o movimento do Direito Livre voltou-se contra o direito positivo, fundavam-se em uma dubiedade, tendo sido aplicadas como normas de justiça social, mas também como princípios imanentes às relações sociais factuais⁷⁷ ou mesmo como simples mecanismos funcionais. Assim é que Ernst Fuchs representa o controle supremo das leis jurídicas pelo "efeito natural das leis econômicas", ou, como formulou lapidarmente, o "movimento do Direito Livre desenvolve-se do mesmo modo regular que a livre formação de preços"⁷⁸. Aqui se encontram propriedades legais específicas que, de acordo com Marcuse, substituíram as orientações morais pessoais pelas diretivas imediatas de cunho impessoal da sociedade industrial.

(77) Kantorowicz, op. cit.

(78) Fuchs, op. cit., p. 50.

Tais imperativos funcionais penetram na jurisprudência do TFC justamente na medida em que se ligam diretamente a conceitos jurídicos moralmente enriquecidos. A transformação da Constituição em uma "ordem de valores" confere às determinações constitucionais individuais (por meio da "abertura" de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivos. No sopesamento de valores do TFC manifestam-se vários critérios óbvios de eficiência que não encontram no texto constitucional o menor ponto de apoio: o controle de constitucionalidade das leis e a relevância constitucional de processos são exercidos, por exemplo, por meio da verificação da "aptidão funcional das empresas e do conjunto da economia"⁷⁹, da "capacidade funcional do Exército"⁸⁰ ou especificamente da "manutenção da capacidade operativa das instituições penais"⁸¹, enquanto as determinações constitucionais específicas que lhes dizem respeito podem ficar em segundo plano. As garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiosincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos. Com estes e outros critérios de verificação, mas também com o apego do Tribunal às suas próprias decisões, consistentes no entendimento de que as restrições de direitos fundamentais por via de sopesamento de valores se referem somente às peculiaridades do caso concreto⁸² — isto é, podem ser determinadas de outra forma em circunstâncias diferentes —, a estrutura jurídica é adaptada ao modo situacional de funcionamento do aparato administrativo.

(79) Decisões do TFC, v. 50, pp. 290, 332.

(80) TFC, v. 28, pp. 243, 261.

(81) TFC, v. 51, pp. 324, 345.

(82) TFC, v. 198, p. 212; v. 39, pp. 334, 353. Estes são exemplos de uma argumentação corrente do Tribunal.

(83) Denninger, Ehrhard. "Der Präventions-Staat". *KJ*, n° 21, 1988, pp. I ss.

casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo que a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova imago paterna afirma de fato os princípios da "sociedade órfã". Nesta sociedade exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto. Os parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm "de baixo" na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Mas mesmo quando a Justiça — em todas as suas instâncias — decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, pratica deste modo a "desqualificação" da base social⁸⁴. O formalismo jurídico clássico ainda dispunha de espaço jurídico livre: o que não era compreendido por disposição legal do respectivo direito válido situava-se estritamente fora do âmbito jurídico, e portanto fora do alcance jurídico do Estado — ao menos sob as condições do Estado de direito. Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente⁸⁵. Que desta forma os espaços jurídicos autônomos desapareçam é tão notável quanto o fato de que na sociedade atual a integração jurídica dos aparelhos do Estado e a integração moral das relações vitais concretas permaneçam ainda acentuadamente independentes umas das outras.

Apesar dos contínuos processos de juridicização, as normas jurídicas são praticamente desconhecidas nesses campos sociais e por isso não teriam conseqüências para a vivência imediata dos indivíduos. Eles dirigem-se efetivamente aos aparatos de Estado, apesar de todas as estratégias em contrário por parte da jurisprudência e da metodologia jurídica. A própria teoria do Direito Livre fundamentara suas problemáticas exigências com a afirmação correta de que os chamados "destinatários jurídicos" não se deixam orientar pelo direito legal, comportando-se segundo o "direito livre", o qual corresponde às normas sociais e convenções morais⁸⁶. Os indivíduos contêm-se de furtar, roubar ou matar não porque conheçam os artigos da lei, mas porque seguem as convenções morais que praticam desde a infância (as quais talvez venham mais tarde a testar de modo autônomo). As normas jurídicas, por sua vez, contêm diretivas ao aparelho do Estado acerca de como e quando reagir a violações de uma parte (!) das normas morais, descritas em detalhes e juridicamente vinculantes. (De resto, somente as normas jurídicas que estejam condicionadas pelo desenvolvimento técnico-científico e que anteriormente não estivessem subme-

(84) Assim se pronuncia — se bem que com outras conseqüências para a concepção de Justiça — Nils Christie: "Konflikte als Eigentum". *Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie der deutschen Gesellschaft für Soziologie*, nº 12, 1976, pp. 121 ss.

(85) Cf. Maus, "The differentiation between law and morality...", loc. cit.

(86) Cf., por exemplo, Kantowicz, op. cit., pp. 171 ss. Ver a respeito Maus, *Rechtstheorie und politische Theorie...*, loc. cit., pp. 300 ss.

tidas a nenhuma convenção — como normas técnicas e regras de trânsito — incidem diretamente sobre o comportamento dos indivíduos.)

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas "livres" e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista.

Recebido para publicação em
4 de setembro de 2000.

Sobre Ingeborg Maus, ver nota
de apresentação dos traduto-
res.

Novos Estudos
CEBRAP
N.º 58, novembro 2000
pp. 183-202
