

## ENTREVISTA COM FRIEDRICH MÜLLER<sup>1</sup> AN INTERVIEW WITH FRIEDRICH MÜLLER

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (UNIFOR)\*  
Prof. Dr. Gilberto Bercovici (USP)\*\*

**1 – A sua “Metódica Jurídica” não se constitui como uma obra de método jurídico, tampouco de simples indicações para aplicação das normas. Sua elaboração teórica possui por base a ideia fundamental de que a norma jurídica não se identifica meramente com o texto da lei, da constituição ou mesmo da prescrição consuetudinária, mas sim com um resultado de um trabalho, de uma produção a partir do material bruto dos textos, como as tensões sociais. A metódica jurídica vem a confirmar, então, a interdisciplinaridade do direito como um elemento de aplicação do direito para o controle da constitucionalidade?**

Em cada ciência há uma primeira, e reduzida, compreensão de “método” que significa “técnica do proceder praticamente”. Por exemplo, nas ciências sociais: técnica das pesquisas de opinião anônimas, das análises estatísticas, da conduta do questionamento nas entrevistas individuais, etc. No direito, eu a chamo de “técnica formal de resolução de casos” e ela constitui uma curta parte de minha “Metódica Jurídica” (como há também uma “metodologia da pesquisa no direito” com análises e reflexões para os autores de monografias, *papers*, teses, etc). Trata-se, para mim, da práxis do ordenamento jurídico real do país (e não do ensino e da pesquisa acadêmicos), já que esta técnica formal de resolução de casos pelos juízes e pelos demais operadores do direito faz parte do conceito (vocês a denominam aqui, em sua questão, de “simples indicações para aplicação das normas”).

No entanto, minha “Metódica Jurídica” não é apenas prática, mas uma *Teoria da Práxis*. Esta é a segunda compreensão de “método”, mais exigente, mais ampla: *o conjunto do percurso das normas jurídicas* por meio de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política.

Para tudo isto não há reflexão possível sem uma reflexão completa da teoria da norma jurídica; sem outras questões fundamentais da teoria do direito (como “validade”, “ser e dever-ser”, “subsunção e concretização” e muitas outras); sem discutir a

<sup>1</sup> Friedrich Muller é Professor Catedrático Emérito em Direito Constitucional, Filosofia do Direito e do Estado e Teoria Geral do Direito na Universidade de Heidelberg, Alemanha.

\* Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) - pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (1998). Pós-Doutor em Direito pela mesma Universidade de Frankfurt/M., Professor da Universidade de Fortaleza, Unifor.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Livre-Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

dogmática jurídica em sua posição e função; sem integrar os pressupostos normativos da constituição (como divisão de poderes, controle recíproco das funções do Estado, repartição de competências, exigência de transparência e clareza, direitos das pessoas no tocante a um procedimento correto [juízo justo]); sem os direitos do homem e do cidadão e outros. Ela também não é mais possível sem integrar a linguística do direito, afinal o direito opera inteiramente dentro do meio da “língua natural” (em contraposição ao algoritmo formal), ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais.

Em todos estes contextos, certamente, os “cânones” da tradição (como a interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética, mais a analogia, a teleologia e outras) devem ser reconstruídos, assim como todos os outros conceitos metodológicos novos que são seriamente debatidos (como a teoria do direito livre, os conceitos sociológicos, decisionistas, hermenêuticos, etc). Em suma: uma Teoria da Práxis abrange, no campo da metódica, as questões tradicionais e as contemporâneas; aquelas que vêm da experiência jurídica do passado como aquelas que são exigidas pela constituição – sempre sobre as bases de uma teoria suficientemente integradora e inovadora.

Pertence a esta teoria, no quadro da Teoria Estruturante do Direito (TED), o que você menciona em sua questão, ou seja, *a diferença entre norma e texto normativo*, o conceito de “concretização” enquanto construção da norma jurídica geral em cada caso a ser solucionado – em outras palavras: a temporalidade inerente da “*normatividade*”. Ela não é uma “virtude” dos textos na codificação, mas ela é um processo real, concreto de trabalho que deve ser assumido, socialmente e politicamente, com responsabilidade pelo operador do direito (ou seja, um conceito da teoria da ação, combinado com o conceito *pragmático da linguagem* na linguística moderna do direito).

Uma segunda base, igualmente importante, da TED e de minha “Metódica Jurídica” não foi mencionada em sua questão: trata-se do fato que “ser” e “dever-ser”, na realidade de um ordenamento jurídico, não são separados, ou seja, contraditórios, pelo contrário, são complementares, com relações recíprocas, que se limitam entre si, constituindo uma resposta a um e a outro. Isto significa que a “norma jurídica” deverá, de agora em diante, ser considerada enquanto uma noção composta. No direito (ao contrário da lógica formal), não existe o dever-ser “puro”, por isso não há um fundamento sólido para a “Teoria Pura do Direito” de Kelsen. O que existe na realidade, na prática concreta, onde se encontra o fenômeno chamado “norma jurídica”, é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais. Em outras palavras, há sempre uma conexão entre um programa da norma e um âmbito da norma. Por isto, não somente a antiga dicotomia entre “ser” e “dever-ser” está superada, como também a verdade que está contida nela (isto é, a que dados linguísticos e dados reais não são os mesmos) está, a partir de então, *teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada*.

Desse modo, a interdisciplinariedade, sobre a qual você me questionou, aparece como um elemento que se mostra **incontornável** na concretização do direito. Ela é de tal forma incontornável, que, na prática, ela é sempre realizada e continua a se realizar, mesmo se não é feita de maneira refletida, não só pelos juízes, procuradores e advogados, já que esta reflexão não faz parte de suas tarefas, mas pela teoria

tradicional, ainda que esta reflexão fosse seu dever, embora a reflexão tradicional não tenha chegado a nenhum dos pontos de partida do novo paradigma.

Por isto, sua última questão sobre o papel desta interdisciplinariedade no controle de constitucionalidade já encontrou uma resposta *implícita*: as condições factuais de um país, como, por exemplo, o Brasil, jogam, em conjunto com os textos normativos respectivos, um papel decisivo na prática do direito. Certamente, não todas as condições em cada caso, mas aquelas que são, pelos textos normativos **dos quais deve ser controlado** a constitucionalidade, empiricamente concernentes (eu chamo isto de “âmbito material”). Enfim, quando um tribunal “aplica”, em um caso concreto, estes textos normativos, pode-se dizer que eles foram concretizados: interpretados de acordo com o programa da norma e produzindo, a partir dele e em conjunto com o âmbito material – via o âmbito da norma – uma norma jurídica geral. Norma esta que, ao final, é transformada por dedução em uma norma de decisão (o teor da sentença). Isto é, atualmente, o que se pode examinar, se uma parte do processo teve seus direitos violados por esta norma de decisão porque a norma jurídica geral, que foi produzida neste caso, é inconstitucional. Mas o âmbito da norma faz, justamente, parte daquela norma jurídica – ele foi criado a partir do âmbito material via seleção normativa pelo programa da norma. Em minha “Metódica Jurídica” todos estes estágios do trabalho, que, aqui, dada a brevidade, podem parecer, à primeira vista, ainda um pouco enigmáticos, são explicados.

O Tribunal Constitucional alemão, há alguns anos, iniciou uma interessante jurisprudência que se fundamenta, de modo implícito, exatamente nessa posição: o Tribunal Constitucional afirma – e, cumpre ressaltar, mesmo dentro do contexto de um controle *abstracto* de constitucionalidade – que seria preferível esperar até o momento em que o novo texto da norma tivesse sido utilizado por, ao menos, um tribunal para solucionar um caso concreto. Quer dizer, na terminologia da TED, é somente naquele momento que se pode julgar com uma concreção suficiente se a norma jurídica (programa da norma mais âmbito da norma), que é atribuída ao novo texto de norma (**isto é, à nova lei**) está, *por seu conteúdo*, em harmonia ou em ruptura com a constituição. Desse modo, é possível trabalhar mais precisamente do que quando se deve fazer uma comparação puramente linguística de um texto de norma abstracto, ainda não concretizado na prática, com a constituição. No sentido desta nova concepção, o Tribunal Constitucional alemão examina, ao contrário, a versão concretizada, já normativamente realizada deste novo texto de norma (da nova lei) face à constituição, com mais exatidão. Esta nova jurisprudência aparece como uma consequência lógica do paradigma pós-positivista do qual estamos falando aqui.

**2 – A teoria estruturante do direito teve uma boa recepção no Brasil, e um número significativo de intelectuais brasileiros têm a ela recorrido para fortalecer teses mais modernas e abertas no âmbito da aplicação e interpretação constitucionais. Em que medida o Sr. atribui esta recepção às dificuldades do Brasil de efetividade de sua Constituição Federal, mesmo que consideráveis avanços tenham ocorrido de 1988 até os dias atuais?**

Observo três razões principais. Em primeiro lugar, o fracasso histórico do velho positivismo e do dogmatismo acadêmico positivista é evidente, sobretudo na prática cotidiana, embora seja raramente confirmado com franqueza. Aqui, também, a prática está mais avançada do que o discurso acadêmico, mas, bem entendido, “só na realidade”, isto é, sem nenhuma reflexão sistematizante (o que, aliás, não é “culpa” dos operadores práticos do direito, pois não se trata de sua tarefa). Ora, com a TED como novo paradigma (e não somente mais uma teoria na esfera tradicional), há uma nova base, sólida e ampla, para estabelecer tanto um trabalho refletido, isto é, uma *práxis*, como um conceito científico condizente.

Em segundo lugar, os juristas do Brasil me parecem especialmente abertos, dispostos pela argumentação, bem informados sobre o plano internacional do direito e bem conscientes dos graves problemas gerados pelas condições econômicas e, sobretudo, sociais da sociedade brasileira, como, por exemplo, o arcaísmo de certas instituições e práticas, uma herança pré-democrática, a desigualdade revoltante e a miséria das massas.

Face a desafios de tal monta, os juristas brasileiros são mais desafiados e menos vaidosos que os juristas nos países ricos ou nos países em que as instituições foram, historicamente, estabelecidas há muito tempo. As situações destes países são, de um lado, invejável, mas, de outro, não estimula a consciência política dos juristas e de outros intelectuais. neste caso, a tendência que se torna mais forte é a de “repousar sobre os louros”. Quando *Ernst Bloch*, grande filósofo e autor célebre de “O Princípio Esperança”, habitava, ainda, a Alemanha Oriental e havia acabado de chegar à Alemanha Ocidental para algumas conferências, ele me disse: “Aqui, no Ocidente, vocês têm a chance de viver em um Estado de Direito. Mas, por outro lado, vocês não são sequer arranhados pelos problemas...”.

Os juristas do Brasil me parecem adequadamente inquietos pelos problemas reais de seu país, assim como pelos novos desafios globais. Ao mesmo tempo, nestas condições, eles, provavelmente, estão prontos para adotar uma complexa e inovadora concepção como a TED que, no mais, é decididamente uma teoria política do direito. Por que o Brasil não deveria se manifestar como um laboratório do porvir também na sua ciência do direito?

As “dificuldades de efetividade”, a que sua questão se refere, se posicionam diante do triste pano de fundo da tradição latino-americana das constituições “nominais”, “puramente simbólicas”. Os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, engajados pela democracia e pelo Estado de Direito, lutam admiravelmente contra este desprezo tradicional da validade de uma constituição, isto é, pela validade de sua constituição progressista de 1988. Eles lutam para que essa constituição seja levada a sério, para que seja cumprida “ao pé da letra”. Nesta

luta, eles encontram um apoio claro e inequívoco por parte da TED – isto responde à esta parte de sua questão.

Como a TED não é indiferente, “neutra”, no tocante à política (do direito), ela é absolutamente incompatível com as ditaduras ou regimes autoritários. Ela insiste incondicionalmente na validade direta e completa de todos os textos de norma a partir da constituição. É bom destacar que “validade no direito”, em minha concepção, tem por conteúdo igualmente a obrigação juridicamente vinculante de todos os funcionários do Estado, **dos legisladores, do governo** e do restante do executivo e da justiça de concretizar, de realizar a constituição por inteiro.

Ainda, a TED superou a posição ideológica de Carl Schmitt, que pretendia que a constituição fosse apenas “uma simples lei constitucional” e que, em um conflito político-histórico, ela pudesse ser jogada no lixo por ser derrubada pela “constituição enquanto decisão total sobre o modo e a forma da unidade política” (*Teoria da Constituição*, §3). Esta é uma mitologia da direita política, que, como sabemos, é ainda influente na Alemanha, mesmo após o fascismo e o nacional-socialismo. Tal mitologia não tem nada a ver com a democracia, o Estado de Direito e o poder constituinte do povo. Uma constituição – em nosso caso, a brasileira de 1988 – não é “somente uma simples lei constitucional”. Ela é o fundamento diretamente obrigatório da ordem jurídica na política, na sociedade e na vida de todos no país.

É também pela TED que demonstrei (em meu livro “A Unidade da Constituição”) que não há hierarquia entre os textos de norma da constituição, mas diferença de dignidade, de posição juridicamente relevante. Os textos de norma têm temáticas mais ou menos amplas, mais ou menos fundamentais. Mas os textos de norma sobre a democracia, o Estado de Direito, a divisão de poderes, os direitos fundamentais, a soberania do povo, que se poderia chamar de “dirigentes”, não estão, apesar disto, “acima” dos demais textos da constituição. Não se pode “derrubar” algum destes textos, negligenciá-los por meio da “ponderação”, não se pode declará-los “obsoletos” (como, por exemplo, se pretendeu com o antigo artigo 82 da constituição de 1988 durante a discussão sobre a emenda n. 16, pelos partidários desta emenda).

Neste campo do debate, assim, os juristas brasileiros constitucionalmente progressistas têm um apoio caracterizado na TED.

Finalmente, não podemos esquecer que a TED, em seus enunciados fundamentais, não distingue apenas “norma jurídica” e “texto de norma”, mas que ela supera também a antiga oposição entre “ser” e “dever-ser”. O novo paradigma os torna compatíveis entre si, os torna operacionais pela prática cotidiana dos operadores do direito. Noções como “âmbito material”, “programa da norma”, “âmbito da norma”, “dados linguísticos”, “dados factuais primários ou secundários”, não são, pode-se dizer, mais do que a forma linguística resumida.

É a realidade, face a qual a constituição de 1988 foi editada, que a está regulando, melhorando, desenvolvendo em uma boa direção – esta realidade do país é, assim, uma parte integrante do conteúdo da constituição – e não somente seu “objeto” ou sua “contraposição”. Por todas estas razões, a TED é uma concepção que oferece aos desafios da ordem jurídica e constitucional do Brasil uma base teórica e metodologicamente adequada.

**3 – “Quem é o Povo – A Questão Fundamental da Democracia” foi uma obra bastante divulgada no Brasil. Neste sentido, o art. 14 da Constituição Federal não atende aos requisitos da democracia direta, requalificando a democracia brasileira?**

O artigo 14 da constituição de 1988 é, com o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, um passo importante para uma legislação popular. Para uma comparação: a Alemanha não tem, no nível da federação, nem em sua Lei Fundamental de 1949, nem na sua nova versão, revista depois da unificação alemã, nenhuma dessas formas de decisão; somente nos Estados existem possibilidades deste tipo.

Por outro lado, devemos ver o que o artigo 14, em conjunto com os artigos 49 e 61 da constituição de 1988, significam na prática política e o que não significam. O plebiscito deve ser “convocado” pelo Congresso Nacional, o referendo, “autorizado” – ambos dentro da competência exclusiva do Congresso (artigo 49, XV). A iniciativa popular deve ser apresentada à Câmara dos Deputados (artigo 61, §2º). Ou seja, o Congresso decide sozinho se ele quer – ou não – deixar que a decisão sobre uma questão controvertida seja por plebiscito ou referendo. E, no caso da iniciativa popular, o Congresso pode tanto aceitar como rejeitar o resultado proposto por ela – ou também, eventualmente, não analisá-la, retardando sua tramitação. No primeiro caso, é a elite política que tem a competência de formular a questão e de enquadrar, de limitar deste modo a extensão do que deve ser decidido e, depois, é o povo que deve decidir pelo conteúdo – mas somente em um quadro pré-decidiado; e a iniciativa, de todo modo, está sempre e inteiramente à disposição dos políticos. No segundo caso, é o povo que tem a iniciativa e também a competência de decidir o conteúdo da proposição – mas a decisão definitiva está completamente nas mãos da elite política.

Tudo isto demonstra que estas três formas de legislação popular não são, na realidade, autônomas, que elas não pertencem à competência essencial do povo, que elas não formam nenhum contrapeso eficaz à legislação representativa-parlamentar.

Para conseguir isto, o artigo 14 (e os correspondentes artigos 49, XV e 61, §2º) deverá ser modificado de maneira inovadora:

Em todo caso de *emenda constitucional*, o Congresso estaria obrigado pela constituição a organizar um plebiscito ou referendo sobre a emenda; e

O Congresso deveria ser obrigado pela constituição a tratar cada iniciativa popular, que é a ele submetida, realmente dentro de um certo prazo; e, em caso de uma *recusa* pelo Congresso, ele estaria obrigado a organizar um plebiscito ou referendo definitivo sobre sua rejeição.

Estas duas inovações, por um lado, reduziriam consideravelmente a tentação de modificar a constituição – o Brasil sofre, segundo uma opinião bem avaliada, de um número muito elevado de emendas a partir de 1988. E, por outro lado, enquanto questão fundamental, a legislação popular se tornaria, assim, um contrapeso eficaz, um complemento autônomo à do parlamento. Eu termino aqui no tocante à sua questão sobre o artigo 14 da constituição de 1988.

Mas, como você mencionou também meu livro “Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia”, pode-se acrescentar ainda alguma coisa nesta direção.

Tudo o que disse sobre o artigo 14 se refere unicamente àqueles que têm o direito de voto e, segundo o artigo 14, § 2º, àqueles que detêm a nacionalidade – isto é, em minha terminologia: somente as duas primeiras categorias da noção de “povo” em uma teoria da democracia avançada: o *povo ativo* e o *povo de atribuição de legitimidade*.

Além destas há a terceira categoria, o *povo destinatário*, e a quarta, o *povo enquanto ator político*. A terceira é independente da nacionalidade e das outras condições do artigo 14 – ela significa, em suma, que se pode falar em uma democracia dentro do sentido exigente do termo somente onde, além dos direitos formais como o direito de voto ativo e a elegibilidade ou das formas de legislação popular, se faz uma *política material pelo povo* e não para as parcelas já privilegiadas da população.

A quarta componente desta noção inovadora de “povo” está baseada sobre os direitos humanos e cidadãos. Eles devem ser compreendidos como direitos que tomam parte ativamente na formulação e realização da política – no nível nacional e, atualmente, também transnacional, consistindo **nestes direitos** de base essenciais de uma sociedade civil democratizada.

**4 – Sua concepção de que apenas o direito de votar não significa uma forma suficiente para a democracia (*Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht*, p. 89, 5) contém elementos de crítica à democracia de classes de hoje, mas que se reivindica como se de todos fosse. Este olhar a partir do concreto confirma a influência de Marx em suas reflexões?**

Você fala em “democracia de classes” – a democracia faz parte da vida social e política de nossos países, ela não pode, portanto, escapar à sua estrutura e modo de funcionamento fundamentais, mesmo se seu conceito (para Jean-Jacques Rousseau, em contraposição aos “founding fathers” durante os debates nos Estados Unidos anteriores a 1787 e na constituição de 1787), originariamente, tenha sido outro.

Não somente “toda história anterior” (como para Marx e Engels), mas também toda a história presente e futura é a história das lutas de classes. Afirmar isto não é ideologia política, não é somente uma hipótese científica, é uma constatação empírica. A luta de classes se faz todos os dias – a partir dos anos 70 do século 20, principalmente, *de cima para baixo*, afinal as forças de resistência têm estado, no momento, muito afetadas pelo neocolonialismo e pelo neoliberalismo com **seu desemprego** estrutural crescente, sua desregulação de normas protetoras dos mais necessitados e sua globalização financeira sem controle. Esta luta de classes de cima para baixo se manifesta em tudo, por exemplo, na legislação do direito do trabalho, pela privatização das empresas públicas, pela submissão de todos os setores da vida ao “mercado” (por exemplo, veja a corrupção crescente do esporte, como o futebol, o ciclismo e outras modalidades – transferências mirabolantes de jogadores, doping, jogos maquiados, os esportistas só contam enquanto “garotos-propaganda”, etc); ainda na legislação sobre as questões sociais, sobre as aposentadorias, os seguros-doença, na legislação fiscal; enfim, na realização bem insuficiente das normas jurídicas, como das leis contra a corrupção, do controle das operações nas bolsas de valores, do combate ao abuso do poder econômico,

etc. Um financista norteamericano bem situado disse há pouco: “Sim, a luta de classes existe, e é a minha classe que ganha”. Sem comentários.

Infelizmente, tudo isto é, também, verdadeiro para a mídia. *Eles não oferecem mais um espaço público* para argumentos e contra-argumentos, não somente um espaço para as propostas do poder, mas também para as alternativas oposicionistas. Nos anos 50 do século 20, um eminente jornalista do “Frankfurter Allgemeine Zeitung”, ou seja, do principal órgão midiático da economia e da grande finança alemãs, Friedrich Sieburg, escreveu: “A liberdade de imprensa significa a liberdade de 200 editores de divulgar suas opiniões particulares”.

Este homem era totalmente conservador, mas ele tirava essa verdade de suas próprias experiências e teve coragem de dizê-la. Hoje em dia, nós deveríamos, no lugar de 200, falar 20 ou ainda menos – tendo em vista os movimentos sem limites de concentração financeira e de formação de oligopólios (que, sabemos, já tinham sido prognosticados e analisados por Marx e Engels).

O direito de voto, apenas, não ajuda de forma suficiente contra tudo isto, mesmo sendo um *standard mínimo inarredável* da democracia; em outras palavras, ele é uma condição necessária, mas não uma condição suficiente para a democracia. Há mais de 240 anos, Rousseau exprimiu isto de maneira inequívoca: “O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada” (Do Contrato Social, III, 15). Este duro julgamento pode, atualmente, ser atenuado por um lado: nas sociedades democráticas atuais o povo tem, de fato, alguns meios para se fazer entender também fora das eleições, graças aos direitos fundamentais de liberdade de opinião e de expressão, de liberdade de manifestação e de associação, de liberdade sindical, entre outros. Mas, por outro lado, aquilo que disse Rousseau pode inclusive se agravar: nas condições técnicas e midiáticas de hoje, o povo é, antes e após as eleições, somente relativamente “livre” – as possibilidades de manipulação e de “lavagem cerebral” têm aumentado de forma alarmante, sobretudo pelo papel da televisão (especialmente no tocante aos analfabetos, **em geral** no tocante aos pobres e excluídos) e pela concentração oligopolista, em parte quase monopolista, do poder da mídia.

Estes exemplos respondem já, indiretamente, a segunda parte de sua pergunta: sim, eu tento sempre partir do concreto e chegar a resultados concretos. Sim, isto demonstra também a influência de Marx. Não se trata de um pensamento “marxista”, no sentido de que ele não é dogmático (Jean-Paul Sartre chamava a si mesmo de “marxiano”. Mas é uma concepção que “atracou Marx” e que não nega este fato. Como você pode perceber pelos meus exemplos, a mesma coisa pode ser dita a meu respeito sobre a influência de Rousseau.

Ele é, em suma, um *pensamento pós-Rousseau* (por causa da opção incondicional por uma democracia real, pela igualdade de direitos reais de todos os seres humanos, pelos direitos humanos como base de toda legislação); **um pensamento pós-Marx (mormente por causa do método de analisar fenômenos sociais e políticos)**; um *pensamento pós-Freud* (por causa do papel do psíquico não somente nos fenômenos individuais, mas também nos coletivos) e um *pensamento*

*pós-Wittgenstein* (por causa da maneira de tratar com a linguagem de todos os dias, como base universal de nossas “formas de vida”, no sentido de Wittgenstein II).

**5 – Questão polêmica na Alemanha foi a presença de tropas estrangeiras na Guerra do Kosovo. Tais tropas contaram com a participação do exército da Alemanha, que foram autorizadas a deixar o solo alemão pela primeira vez após a II Guerra Mundial. O problema da “intervenção humanitária” foi fortemente discutido e dividiu intelectuais alemães. Como o Sr. analisa este item da “intervenção humanitária” ante a perspectiva da democracia e o papel dos intelectuais nesta discussão?**

A “intervenção humanitária” é, ainda, uma noção muito vaga, interpretável de forma muito arbitrária para poder servir como fundamento jurídico de intervenções unilaterais, isto é, de ataques contra o território de um país.

Ela é, justamente, tão violentamente controversa que ainda não está claro sequer se, algum dia, ela poderá ser reconhecida como direito internacional *consuetudinário*. Por outro lado, ela poderia se tornar direito internacional universal por *tratado*, mas apenas se todos os Estados nacionais existentes participassem deste pacto. Com isto, podemos considerar como já praticamente excluídos os Estados com direito de veto no Conselho de Segurança da ONU, que se oporiam com certeza.

As ações militares fora do território da Alemanha exigem uma decisão positiva e explícita do parlamento, e isto em cada caso de intervenção. Isto ocorreu no caso de Kosovo, mas havia, além do “sinal verde” do parlamento, a problemática do direito internacional público. O estacionamento de tropas de proteção da ONU (incluindo os soldados alemães) no Kosovo foi ordenado pela ONU e pode, neste caso, ser considerado como legal. Mas a guerra de agressão precedente contra a Sérvia não estava de acordo com o direito internacional público. Uma decisão do parlamento alemão não mudaria nada, e, inclusive, a Lei Fundamental alemã proíbe categoricamente, em seu artigo 26, a preparação e a condução de uma “guerra de agressão”.

Em outras palavras, o controle democrático é **melhor** regulado na Alemanha do que em outros países, como os Estados Unidos ou a França. No entanto, a proibição da agressão bélica se encontra no nível da constituição e não poderá ser superada por simples decisões parlamentares.

No caso do Iraque, a Alemanha, certamente, não enviou tropas de combate. No entanto, é conhecido o fato de que o serviço secreto externo alemão auxiliou os serviços norte-americanos dentro do próprio Iraque, o que uma comissão de investigação parlamentar vem examinando. E, mais grave ainda, os governos da Alemanha concederam aos norte-americanos os direitos de passagem aérea militar sobre o território e os direitos para utilizarem suas bases militares na Alemanha para operações com aviões de guerra de todos os gêneros – e tudo isto sem discussão pública ou parlamentar suficiente. Estas ações de apoio são, por sua vez, proibidas pelo artigo 26 da Lei Fundamental, elas são inconstitucionais e injustificáveis. Infelizmente, não há na Alemanha, como já disse, um debate democrático adequado sobre estes fatos inaceitáveis.

A questão sobre o papel dos intelectuais está ligada a esta. Na Alemanha, não há mais, nos governos e meios dirigentes dos partidos políticos, intelectuais de destaque – com exceção do pequeno “Partido Esquerdista”, com cerca de 10% dos votos, que está na oposição e se vê tendenciosamente negligenciado pela mídia (desde os anos 80, os “Verdes”, ou seja, o partido ecológico, teve um papel deste tipo por algum tempo, no entanto, eles entraram muito no sistema e não oferecem mais, atualmente, um potencial crítico). Em contraposição, durante os primeiros decênios após a Segunda Guerra Mundial, a situação era diferente. Naquela época, os intelectuais jogavam um papel mais importante no seio dos partidos políticos e dos parlamentos.

Tudo o que resta atualmente são a mídia e o público informal. Ora, a mídia alemã é, como em todos os países comparáveis, incluindo o Brasil, dominada, de um lado, por interesses comerciais (a mídia privada) e, de outro, pelos interesses do poder (como a TV alemã). A consequência disto é que os intelectuais que têm direito à palavra ou à imagem na mídia são sempre os mesmos “intelectuais de plantão”, gente do lado do sistema econômico, do poder político. De sua parte não se pode esperar seja uma crítica aprofundada, seja uma contraposição real à linha oficial – seus debates não passam de simulacros de debate. Em resumo: a *opinião pública* e a *opinião publicada* são distintas.

Apesar deste contexto, mesmo neste meio reduzido e domesticado, havia a crítica publicada – não propriamente contra a guerra (ilegal) contra a Sérvia ou ao engajamento (legal) no Kosovo, nem mesmo à “missão” muito mais duvidosa no Afeganistão; mas, em compensação, à guerra de agressão ilegal dos Estados Unidos, da Grã-Bretanha e de seus aliados (que, inclusive, têm abandonado seu engajamento um a um).

O único local restante em que os intelectuais podem agir como força antagonista são as organizações que são independentes dos governos e dos partidos políticos – como os sindicatos, mas sobretudo as ONGs onde existam discussões mais amplas e que, ocasionalmente, sobretudo quando elas fazem “ações simbólicas”, procurando seu espaço na mídia conformista. Os intelectuais notáveis, aqueles que têm um público atento (como Grass ou Habermas), não jogam mais do que um papel marginal na formação da opinião pública. Isto também, especialmente nos anos 60 e 70, era um pouco diferente.

## **6 – Como o Sr. vê o papel exercido pela imprensa brasileira durante a crise política que se instalou desde junho de 2005 e que reflexões tais episódios provocam em democracias da chamada periferia do capitalismo?**

Nós deveríamos distinguir duas questões: Houve realmente casos de corrupção? Em caso afirmativo, é, então, uma tarefa da mídia informar a todos segundo a verdade. A corrupção deve ser denunciada e punida sem se importar de que lado ela vem. Ela é em todos os casos um mal e não merece indulgência *jamais*.

Mas, a imprensa, o rádio e a televisão são obrigados, por sua vez, a seguir esta regra – e aqui, precisamente, começa a segunda questão: Os meios de comunicação no Brasil se comportam em cada caso de corrupção ou de

ilegalidade/inconstitucionalidade corretamente, da mesma maneira? Ou eles relatam os escândalos de outros partidos políticos e de outros governos talvez menos intensamente, com menos insistência? No fundo, eu mesmo tenho minhas dúvidas – mas eu não posso falar disto com mais precisão porque eu não vivo em seu país e não sigo o curso dos acontecimentos tanto como aqui na Alemanha ou no país vizinho que é a França.

Somente quando eu penso, por exemplo, no que ocorreu, sob a presidência anterior, em torno da privatização da Companhia Vale do Rio Doce ou a compra de votos parlamentares para aprovar a Emenda n. 16 no Congresso – dois escândalos enormes, de primeira ordem, um contra a democracia, outro contra o patrimônio do povo brasileiro – quando eu os vejo em comparação, sendo que, naquela época, a mídia insistiu, proporcionalmente, bem menos, eu começo, pessoalmente, a duvidar.

Visto de fora, parece que os meios de comunicação do Brasil, em relação ao governo atual, estavam esperando os casos de corrupção para então “bater” maciça e longamente. Mas, eu disse e repito, isto não muda nada o fato de que a corrupção não é perdoável, seja de onde ela vier. Mas, justamente, todos os casos de corrupção e de ilegalidade, e isto eu não percebo, vindo do exterior, suficientemente, um justo equilíbrio.

Parece que você me pede um julgamento pessoal. Mais importante é, sem dúvida, a questão fundamental de como a ordem de um Estado Democrático de Direito pode ser compatível com os meios de comunicação privados, orientados para o lucro?

Esta questão não se coloca apenas nos países da periferia do capitalismo, mas também nos países do G-7 e nos outros países centrais. Aqui na Europa, por exemplo, há igualmente a concentração da mídia, oligopólios de opinião que causam graves preocupações. Como eu já disse, a opinião *pública* é frequentemente outra coisa que a opinião *publicada*. Esta é marcada pelo lucro e pelo oligopólio, além da manipulação, da informação parcial, sobretudo por meio, todo o tempo, da “mentira por omissão”, mas também, fortemente, pela semântica e terminologia aplicadas. Na Alemanha, nós temos um certo contrapeso pela rádio e televisão públicas, cujos comitês são compostos – em princípio de modo paritário – por diversos partidos políticos e pelos grupos mais importantes da sociedade. Estas companhias de direito público se vêem obrigadas a ser objetivas e equilibradas por uma jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que tenta, seriamente, atender a um acordo justo entre os interesses divergentes. É interessante constatar que é justamente nesta parte de sua jurisprudência que o Tribunal Constitucional alemão se fundamenta particularmente não apenas sobre o conceito de “Normbereich” (isto é, âmbito da norma) em si mesmo, mas também explicitamente sobre este termo da TED.

Tal *sistema dualista de radiodifusão* (isto é, rádio e TV públicas ao lado das emisoras privadas) seria salutar e desejável também para o Brasil. Quando, em sentido contrário, todo o poder midiático está concentrado em poucas mãos privadas, isto é quase uma catástrofe para a abertura e pluralidade democráticas de uma sociedade.

Eu estou dizendo “quase” porque, ao lado desta opinião *publicada* parcial, existem ainda e também a ajuda recíproca e a legítima defesa da sociedade infor-

mal – a formação da opinião *pública* enquanto ato de resistência coletiva: discussões entre amigos, colegas, pelos meios eletrônicos, nas associações livres e nas ONGs, nas redes e encontros internacionais e globais, como os Fóruns mundiais e regionais no bojo do *processo de Porto Alegre* ou como os da Attac, incluindo também as mídias pequenas, de dimensão local que, por sua vez, contribuem para um contra-poder em relação aos oligopólios de opinião e que se esforçam para garantir a sociedade, ao menos, um pouco mais aberta.

**7- O debate dos métodos do direito público, ocorrido durante a República de Weimar (1918-1933), entre pensadores como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller, entre outros, é, até hoje, referência para a teoria constitucional. Qual foi a influência deste debate em suas concepções e na elaboração da teoria estruturante do direito?**

Com certeza eu me ocupei dos debates de Weimar em meus livros de teoria constitucional, na “Metódica Jurídica” e, sobretudo, na primeira parte da TED. Mas você me pergunta sobre “a influência deste debate em suas concepções e na elaboração da teoria estruturante do direito” – e, devo dizer, que não há influência. Eu não pude utilizar algum dos pensadores da tradição como modelo. Isto se deve a duas razões maiores: no que concerne à teoria constitucional estruturante, ela é *analítica*, o que não é o caso da tradição, seja substancialista, seja sintética ou até funcionalista.

A outra razão é ainda mais ampla, ela é verdadeira para todas as minhas concepções e conteúdos dogmáticos, metodológicos, de teoria da norma, ou linguísticos. Esta razão consiste no fato de que minhas fontes essenciais não foram o discurso acadêmico (somente de forma marginal), mas a prática cotidiana do direito e a análise desta prática nas decisões jurídicas de todo gênero, sobretudo nas decisões dos tribunais superiores.

Estas análises me mostraram que os problemas dogmáticos sem solução destacam, definitivamente, problemas de método, e os problemas obscuros **do método** destacam obscuridades na teoria da norma jurídica, na teoria da constituição, ou ainda falta de reflexão no nível da linguística do direito.

Dito de outra forma, eu não sou um herdeiro do pensamento de Weimar, e não posso me incluir na “Segunda Geração da Teoria Material da Constituição ou Nova Hermenêutica Constitucional”, ainda que minha posição seja resolutamente *material*.

Mas toda essa tradição não pertence ainda a um novo paradigma. Os críticos do velho positivismo (sejam Schmitt ou Smend, sejam Neumann ou Heller, seja a escola smendiana e sejam outras correntes como o sociologismo ou a hermenêutica) permanecem ainda, apesar de tudo, no mundo do positivismo. Eles permanecem a ele vinculados justamente pela oposição, que partilham com aquele, isto é, a confusão entre texto de norma e norma ou o antagonismo abstrato entre ser e dever-ser. O velho *positivismo* tratou de se preservar “puro” em relação à realidade, procurando “purificar” a noção de ciência jurídica ao ponto de perder o direito em tudo isto.

Para o *decisionismo* não há nenhum problema, porque ele negligencia, na situação de conflito, o direito e a constituição escritos – como, aliás, o sociologis-

mo. Outros anti-positivistas como Heller e Smend tentaram “superar” esta dicotomia entre “ser” e “dever-ser”, mas de modo muito fluído; sobretudo em Smend falta clareza e ele, após a Segunda Guerra Mundial, se auto-criticou com razão por ter sido “muito pouco jurídico”.

Em outros termos, o problema fundamental de uma teoria do direito, assim como da teoria constitucional, foi tratado seja de maneira ideológica (voluntariamente por Schmitt, por falta de precisão por Smend), seja de maneira essencialmente filosófica por Heller. Com o novo paradigma e sua teoria constitucional *analítica*, este antagonismo entre direito e realidade se torna, finalmente, operacional. Nós podemos, de agora em diante, tratar de maneira melhor estruturada as divergências entre a constituição e a realidade da sociedade.

Resta-me acrescentar que, no tocante a Weimar, foi Hermann Heller que fez o esforço mais impressionante para sair dos passos do positivismo; em minha opinião, é ele quem merece, no mundo germanófono de sua época, o maior respeito em vista do desenvolvimento da teoria da constituição.

**8 – A discussão que se trava na Europa sobre a “constituição europeia” refere-se essencialmente ao poder constituinte do povo. O lançamento recente de sua obra *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo* (2004) no Brasil veio acrescentar ao debate sobre o poder constituinte novos elementos. Qual é a sua visão, hoje, seja em países como o Brasil, seja no processo de integração europeia, sobre este debate?**

Neste livro que você citou, eu desenvolvi três exigências fundamentais para que se possa falar de um poder constituinte do povo real (e não ideológico, “icônico”): *textificação – procedimento – cerne da constituição*. E como, ao se falar em **poder** constituinte, se trata do povo, eu acrescentaria, ainda, aqui os conceitos alargados de “povo” que introduzi no discurso científico com o livro “Quem é o Povo?”: em que, além do conceito que tratamos tradicionalmente, ou seja, o *povo ativo* (os detentores do direito de voto, de participação nas eleições e de elegibilidade), há também o *povo como instância de atribuição de legitimidade* (os detentores da nacionalidade), o *povo-destinatário de prestações civilizatórias do Estado* (todos os seres humanos no território do Estado nacional) e, finalmente, o *povo enquanto ator político nacional e transnacional* (todos os seres humanos, com base nos direitos do homem, e todos os cidadãos, com base nos direitos do cidadão).

Nós podemos cruzar estes dois conceitos da teoria da constituição entre si, o que, de fato, eu **faço** aqui **pela primeira vez**: a *textificação* (seja na Constituição de 1988, seja em uma constituição ou tratado constitucional na Europa do futuro) é válida, com seus elementos de Estado Democrático de Direito, de direitos do homem e do cidadão, para todas as quatro categorias de significado de “povo” que nomeei acima.

Depois, o *procedimento* concerne somente ao povo ativo: todos os detentores do direito de voto nos países-membros da União Europeia deveriam, por referendo ou plebiscito, poder votar diretamente sobre a futura constituição (ou melhor, o futuro tratado constitucional) da Europa. No Brasil, este procedimento

democrático foi executado de forma exemplar com a Constituição de 1988 – em contraposição, na Alemanha, nunca foi.

Como a Europa se tornará qualquer coisa de diferente de um “grande Estado-nação”, ela não necessita de um “povo homogêneo” no sentido tradicional do termo. É suficiente o conjunto dos povos dos Estados-Membros, ou seja, enquanto base de legitimação: *o poder constituinte dos povos (europeus)*.

Enfim, o *cerne da constituição* diz respeito ao *conteúdo da política* que é conduzida sob uma constituição. Quando os projetos centrais desta política não correspondem aos direitos constitucionais essenciais do povo ativo, do povo como instância de atribuição de legitimidade, do povo-destinatário e do povo como ator político, esta ordem política não é *nem* uma democracia no sentido material do termo, *nem*, pela compreensão exigente, é a expressão do poder constituinte do povo – seja no Brasil, seja na União Européia, seja em outra parte do mundo.

Eu gostaria de acrescentar ainda qualquer coisa de importância tanto teórica, como prática. Para mim, o *poder constituinte do povo* é, no Estado e na política, aquilo que, na decisão de conflitos, sejam individuais ou coletivas, é a *justiça*: quer dizer, o elemento vivaz, que segue adiante, que inquieta sem parar – falando por metáforas: o volante no tear. Ambos impedem toda petrificação das situações, toda paralisia reacionária, todo “silêncio dos cemitérios” de ordem ditatorial ou autoritária na vida da sociedade, como na política. Ambos ordenam uma igualdade real de todos os seres humanos, uma abertura e uma pluralidade, um controle democrático e um infatigável trabalho de fundo pelo bem comum, pelos direitos do povo, ou seja, pela população real de um país.

**9 – No Brasil, grande parte da doutrina constitucional segue a tese da “Constituição Dirigente”, nos moldes expostos na década de 1980 pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, contrapondo-se aos adeptos da desconstitucionalização e das reformas liberalizantes. O próprio Canotilho reviu algumas de suas posições nos últimos anos, tendo em vista o processo de integração de Portugal na União Européia. Qual é a sua opinião sobre a “Constituição Dirigente”? Ela ainda faz sentido para países como o Brasil?**

A questão tem dois aspectos, um acadêmico e outro, ao mesmo tempo, normativo e prático. Do aspecto acadêmico, pertence a doutrina de J. J. Gomes Canotilho a partir de seu livro de 1982; e, em seguida, o fato de que ele, pouco depois, declarou uma parte dessa doutrina mais ou menos “morta”. Parece, também, que não foi ele quem inventou essa noção. Cerca de 20 anos antes, o constitucionalista de Munique, Peter Lerche, foi o primeiro a falar de “constituição dirigente” em seu livro “Übermass und Verfassungsrecht” (1961). Lerche nomeou assim certas normas centrais da Lei Fundamental alemã e não a constituição inteira. Sua doutrina não tem mais, na discussão alemã, um papel de destaque. Eu prefiro não falar mais sobre este aspecto acadêmico. No tocante ao Brasil, vocês o conhecem melhor do que eu.

Em compensação, o aspecto normativo e prático é de uma importância primordial, tanto que ele se dirige, como foi formulado em sua questão, contra

as tendências de desconstitucionalização e de desregulação neoliberal. Ora, é um fato normativo básico **de nosso** Estado constitucional que ele é um Estado Democrático de Direito. Por isto, em princípio, é supérfluo introduzir ainda a noção suplementar de “constituição dirigente”. Com certeza se pode fazê-lo, não é nocivo, contanto que se compreenda por isto o conteúdo correto.

Este conteúdo correto é o seguinte: no Estado Democrático de Direito com uma constituição escrita, ela forma a categoria de validade superior do direito positivo (nacional). A constituição obriga diretamente não apenas o governo, o restante do executivo e a justiça, mas também a legislação. A constituição se encontra no ponto culminante da hierarquia normativa do Estado de Direito. Seu cumprimento é controlado no Estado de Direito suficientemente elaborado por uma justiça constitucional – na Alemanha, felizmente, por um tribunal constitucional especializado; no Brasil, infelizmente, segundo o modelo norteamericano do formato de corte suprema – um modelo historicamente superado e ineficiente. Uma de minhas propostas para a reforma do judiciário no Brasil tinha como objetivo transformar o STF atual em um tribunal supremo especializado unicamente nas questões constitucionais. *Neste sentido preciso*, a “constituição dirigente” é de enorme importância para o Brasil. Como já vinha dizendo, o controle do cumprimento da constituição deveria ainda ser melhorado, descarregando o STF e com ele se concentrando, no futuro, sobre as questões de ordem puramente constitucional.

A União Européia, de fato, possui uma configuração particular. Ela é, até agora, o único exemplo de uma ordem jurídica *supranacional* que nós conhecemos na história. Isto não significa somente que uma Constituição Européia (que, lhes digo, não existe ainda – sua função foi substituída pelo Direito Primário, ou seja, pelos pactos fundadores da comunidade) se situará *acima* das constituições nacionais dos países membros. Isto significa, sobretudo, igualmente, que *não importa qual* norma do direito comunitário, mesmo as de categoria mais inferior, se situam já *acima* das normas nacionais de todo gênero, mesmo as de mais alto nível, ou seja, as constituições individuais. Neste sentido, a função de validade tradicional das constituições nacionais é reduzida, pouco a pouco e, primeiramente, de maneira quantitativa. Que haja, um dia, também um “progresso dialético de quantidade em qualidade” é bem provável, ele vai depender do desenvolvimento real da União Européia.

No que diz respeito ao Brasil, o problema ainda não se coloca. O Mercosul não é ainda uma comunidade de direito supranacional, ainda que os trabalhos no sentido desta *supranacionalização* estejam em curso. Neste caso, nós não sabemos como o futuro se apresentará e com qual lentidão ou rapidez este processo seguirá.

Quanto ao presente e ao futuro próximo, em todo caso, a noção de “constituição dirigente” – com o conteúdo aqui explicado – tem muito sentido. Ela é mesmo o centro, o núcleo jurídico do Estado Democrático de Direito que a República Federativa do Brasil vem desenvolvendo cada vez mais, não podemos esquecer, também pelo trabalho engajado e perseverante de seus juristas democráticos.

**10 – A teoria estruturante do direito foi elaborada a partir da teoria jurídica alemã e da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. A sua divulgação no Brasil, com uma cultura jurídica e uma construção jurisprudencial distintas das alemãs, não correria o risco de transformar a teoria estruturante em mais uma “ideia fora do lugar”, ou seja, uma teoria que não tem relação nenhuma com a realidade sócio-cultural do país?**

Como eu já disse, a “teoria jurídica alemã” não jogou um papel notável na elaboração da TED; muito mais importante foi minha análise da jurisprudência, da prática do Tribunal Constitucional alemão e de outros tribunais e cortes (por exemplo, o Superior Tribunal de justiça alemão, o Supremo Tribunal Administrativo, as cortes constitucionais dos Estados-membros, etc).

Portanto, eu não partilho da apreensão que se exprime em sua questão: por um lado, a teoria da estrutura da norma jurídica enquanto parte integrante da TED exige que se valorize adequadamente “a realidade sociocultural do país”, enquanto esta realidade é tocada pelo direito, em todos os processos de decisões práticas, isto é, no trabalho do direito cotidiano. Isto é verdadeiro para a Alemanha como igualmente para o Brasil. A TED criou noções operacionais, instrumentos analíticos e metodológicos que podem servir independentemente de cada Estado-nação, sua cultura social e sua cultura jurídica particulares.

Por outro lado, a TED, e inclusive sua metodologia, sua teoria do direito e sua teoria constitucional, não são sem limites, elas têm e devem ter os seus limites. Tratam-se daqueles do Estado constitucional avançado, sobre a base do poder constituinte do povo, com uma constituição escrita, com uma ordem jurídica preponderantemente escrita no sentido do *statute law*, com disposições de Estado Democrático de Direito e dos direitos do homem e do cidadão. Ao Estado de Direito neste sentido avançado pertence também uma justiça constitucional. A TED com suas disciplinas individuais (dogmática, metodologia, teoria do direito e da constituição, linguística do direito) foi elaborada *a partir deste modelo e para este modelo* de ordem jurídico-política. Ela não é compatível com os regimes ditatoriais ou autoritários (salvo por seus movimentos de resistência democrática), e, apenas de maneira restrita, com os sistemas de *case law*.

Ora, o Brasil é, graças à Constituição de 1988, um Estado Democrático de Direito em todas estas perspectivas. A TED não se perde nem na Alemanha, nem por seu efeito sobre o Brasil “fora de lugar”, nem representa em seu país uma “idéia fora de lugar”. O lugar ao qual ela pertence é precisamente esta forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado e para a realização do Estado Democrático de Direito, uma tal *transferência de teoria* parece, no entanto, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da TED, de uma teoria da práxis que não somente tem as bases na teoria da ação, mas também tem os fundamentos necessários de ordem ética.

Data da submissão: 27 de abril de 2012

Aceito em: 10 de maio de 2012