

A CRÍTICA DE FRIEDRICH MÜLLER À PRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ: a insuficiência dos instrumentos tradicionais de interpretação constitucional

Argemiro Cardoso Moreira Martins¹

A obra **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**² de Friedrich Müller foi publicada originalmente em 1972 e, de modo geral, constitui uma espécie de síntese da proposta extensamente tratada na importante obra publicada no ano anterior: **Metódica Jurídica**³. Fundamentalmente, a proposta de Müller é formular uma nova metodologia de interpretação constitucional, para tanto, ele parte da análise crítica da hermenêutica constitucional, em especial, a praticada pela Corte Constitucional alemã.

Toda a resenha de uma obra significativa é sempre uma leitura parcial dela. Em face disso, optou-se aqui por focar a crítica de Müller à prática da Corte Constitucional alemã. A razão dessa opção deve-se a adoção pelo Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição de 1988, dos instrumentos e técnicas de interpretação utilizados por aquele Tribunal Constitucional, os quais encontram em Müller um importante crítico.

Inicialmente, a noção de "metódica" em Müller possui um significado mais amplo do que a tradicional noção de "métodos de interpretação", alcançando a "hermenêutica", entendida como os pressupostos do processo de interpretação normativa, bem como, a própria interpretação tida como as possibilidades jurídicas de concretização do texto legal. A idéia central que norteia Müller é que a "concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto".⁴ Por tal razão, suas considerações procuram envolver todos os aspectos relevantes no trabalho de concretização do direito, especialmente, aqueles que dizem respeito às pré-compreensões jurídicas e ideológicas, bem como, aos pressupostos teóricos, tais como, os relacionados às teorias do estado, do direito, da política e da constituição.

Müller volta sua crítica contra o positivismo, especialmente na sua versão kelseniana, cujo esforço teórico em fornecer um *status* científico ao direito, terminou por isolar as normas jurídicas no âmbito do "dever-ser", reduzindo-as a um enunciado lingüístico contraposto ao mundo do "ser". A relação entre esses dois mundos se dá em termos unilaterais de uma "imputação", onde todo o esforço jurídico está concentrado em extrair o significado dos enunciados lingüísticos normativos e aplicá-los aos fatos.

Para Kelsen, a indeterminação do direito pode derivar tanto da intencionalidade do legislador (que atribui uma margem de discricionariedade ao aplicador) quanto da pluralidade de significados que pode conter um texto normativo. Pouco importa, o fato é que o aplicador move-se livremente dentro dessa moldura legal. Embora a determinação dos limites do quadro normativo dependa de um ato de cognição, em última instância a determinação da norma individual a ser aplicada ao caso é uma "função voluntária". O motivo que leva o julgador a escolher uma das alternativas dispostas no quadro fixado na lei é uma questão de "política jurídica" que implica noções de justiça, princípios morais ou juízos de valor. Em razão disso, a noção de interpretação de Kelsen busca legitimar a decisão por meio do artifício da "moldura normativa" capaz de delimitar o campo das decisões cabíveis.⁵

Na teoria pura, os fatos a serem regidos pelas normas aplicáveis são livremente considerados pelo julgador sem qualquer critério ou rigor metodológico. Para Kelsen, não há método ou procedimento capaz de garantir uma decisão justa: “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.”⁶ Com isso, toda a discussão em torno do processo de concretização das normas é esvaziada em prol de um decisionismo insondável e injustificado dentro de um critério racional. Assim sendo, uma decisão judicial dependeria, em larga medida, de quem a toma, ou seja, dependerá quase sempre do senso de justiça do magistrado. Portanto, como conclui Müller: “Ali onde Kelsen pensou dever se conter, ali começa o trabalho”.⁷

Segundo Müller, essa renúncia kelseniana relativa às questões de concretização das normas é fruto de um pressuposto fundamental equivocado da teoria pura: a idéia de que a norma que regula um caso e o texto ou disposição dessa norma são exatamente a mesma coisa. A rígida distinção entre ser e dever-ser impede Kelsen de vislumbrar a verdadeira conexão entre disposição de norma e realidade, que está longe de ser uma simples convivência de subordinação ou derivação. Müller ultrapassa as estreitas fronteiras traçadas por Kelsen ao propugnar uma “teoria estruturante” que considera também os problemas práticos, a serem solucionados pelo direito, como componentes do processo construtor de uma decisão judicial. Em outros termos, a norma que regula um caso não está inteiramente contida nos textos legais de tal maneira que basta desentranhá-la por meio dos métodos tradicionais de interpretação - literal, lógico, histórico ou sistemático, dentre outros. Na sugestiva alegoria proposta por Olivier Jouanjan, crer que a solução de um caso jurídico já está contida no texto da lei seria como crer que uma casa já está pronta e acabada no projeto do arquiteto, ignorando-se assim todo o trabalho dos construtores. De forma mais precisa, o que Müller propõe é considerar o ofício dos juristas como um trabalho propriamente dito, no sentido econômico de produção, de agregar algum elemento ao disposto na lei, e não somente de descobrir ou desvelar o já existente.⁸ Trata-se de um trabalho de construção, ou de “concretização” da norma que irá regular o caso, a partir dos materiais legislativos e constitucionais disponíveis de um lado, e de outro a partir dos modos ou métodos de emprego desses mesmos materiais.

A “teoria estruturante” encerra a idéia de que a norma jurídica que vai, efetivamente, determinar que A pague uma certa quantia a B a título de indenização por algum dano sofrido, a chamada “norma-decisão”, é fruto laboral dos juristas. Este labor é consequência de um processo constitucionalmente estruturado. Em nosso exemplo, a decisão que impõe que A indenize B deve emanar de órgão judicial competente após um processo que garanta a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, dentre outros princípios e garantias. A norma-decisão, por sua vez, é constituída, por um lado, pelo “programa normativo” e, por outro, pelo “campo ou âmbito normativo”. O primeiro, é o conjunto de dados lingüísticos obtidos através da interpretação dos textos legais e pelo uso dos métodos tradicionais acima referidos. O segundo é o conjunto de dados da realidade que contribuem para fundamentar a decisão. Nesse sentido, a tarefa do julgador consiste em concretizar as disposições de texto legais por meio da construção de uma norma-decisão para o caso e, também, a partir dele. Essa constatação, como afirma Müller, é mais evidente no direito constitucional:

No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um ‘juízo hipotético’ isolável diante de seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos “normativos” e “empíricos” do nexos de aplicação e fundamentação do direito que decide o caso no processo de aplicação prática do direito provam ser multiplamente interdependentes e com isso produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual. No âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, “direito” e “realidade” não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem [Anordnung] e o que por ela foi ordenado são momentos da concretização da norma, em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos.⁹

Müller faz uma ressalva: a consideração dos fatos no processo de concretização não implica nenhuma forma de sociologismo, mas na seleção dos fatos relevantes na perspectiva do programa normativo. A seleção não afirma uma “força normativa do fático”, mas apenas salienta que os dados da realidade interagem com os dados lingüísticos prescritivos de forma a se complementarem

e reforçarem mutuamente na *práxis* da realização do direito.¹⁰ A partir da análise da jurisprudência da Corte Constitucional da República Federal da Alemanha, Müller demonstra que os aspectos fáticos são tão relevantes para a decisão de um determinado caso quanto os aspectos textuais-normativos, o que se torna evidente na utilização por este tribunal de algumas técnicas ou princípios como o da unidade da Constituição, o da interpretação conforme à Constituição ou do recurso à "natureza das coisas".¹¹ O problema apontado por Müller no uso dessas técnicas consiste no fato de não fornecerem nenhum critério de instrumentalização ou de averiguação prática da forma de concretização da constituição.

No entanto, é no julgamento de casos que envolvem os direitos fundamentais que se mostra mais nitidamente a determinação de aspectos fáticos na elaboração da norma-decisão. Aqui Müller critica a interpretação axiológica dos direitos fundamentais utilizada pelo Tribunal Federal alemão ao propugnar uma "ordem objetiva de valores" no que tange à ponderação entre direitos fundamentais colidentes. A razão da crítica reside no fato de que a interpretação axiológica não fornece um critério de aferição da fundamentação de uma decisão judicial que possa ser "controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional".¹²

Para Müller, é evidente a importância dos aspectos fáticos na decisão de um caso judicial, especialmente na jurisdição constitucional, embora a Corte alemã não o admita de forma expressa, ao remeter-se ao conjunto da metodologia tradicional de interpretação das leis na fundamentação de suas decisões. Segundo Müller, isso provoca um descompasso entre os métodos de interpretação formalmente adotados por aquela corte e os resultados efetivamente obtidos.

A constatação de Müller sobre a inexorável consideração de aspectos fáticos na elaboração de uma decisão judicial expõe o problema prático da aplicação das normas. Com isso, a legitimidade da decisão judicial não pode mais ser explicada em termos decisionistas, expressos na livre escolha e consideração dos fatos pelo julgador, dentro de limites normativos amplos. A partir desse ponto, é necessária outra teoria capaz de explicar a legitimidade de uma decisão judicial, especialmente quando é baseada em princípios constitucionais. Com base nessa conclusão, Müller propõe um "esboço" de uma metódica do direito constitucional. Ele parte da distinção, acima apontada, entre "programa" e "âmbito" da norma, procurando considerar aspectos textuais e fáticos no processo de concretização constitucional. Ele identifica uma série de elementos concretizadores da norma e chega a estabelecer uma certa hierarquia entre eles. Como sintetiza este autor:

*A metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apresenta a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável da decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas. Com isso ela se move na direção da exigência de encontrar graus de interpretação "à maneira" de Savigny, que sejam conformes o direito constitucional atual.*¹³

O retorno a Savigny constitui um dos aspectos mais controvertidos da proposta hermenêutica de Müller, pois consiste em um apelo a critérios semânticos de solução de casos. No entanto, é incontestável que os aspectos fáticos desempenham papel relevante na aplicação de qualquer norma jurídica. Portanto, deve-se considerar a crítica que Friedrich Müller faz ao Tribunal Constitucional alemão, de que os "elementos de decisão e de motivação" de suas decisões, ao contrário do que possam pensar, "não são tirados das normas, mas da realidade."¹³ No contexto brasileiro da Constituição de 1988, isso adquire uma especial importância, uma vez que o Supremo Tribunal vem adotando técnicas de interpretação criadas pelo Tribunal Federal alemão.

Referência

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- 1 Mestre em instituições jurídico-políticas pela UFSC, Doutor em direito constitucional pela UFMG, professor de direito constitucional da UNIVALI, campus de São José. E-mail: argemartins@hotmail.com
- 2 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 3 Essa obra possui tradução em língua francesa: MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses universitaires de France, 1996.
- 4 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 22.
- 5 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 392-394.
- 6 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p.391.
- 7 Na tradução francesa: "Là où Kelsen pensait devoir s'arrêter, là commence le travail" (MÜLLER, Friedrich. Strukturierende Rechtslehre, p. 439. *Apud*. JOUANJAN, Olivier. Présentation du traducteur *In*: MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**, p.7).
- 8 Cf. JOUANJAN, Olivier. Présentation du traducteur *In*: MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**, p. 14.
- 9 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 58.
- 10 Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 58-59.
- 11 Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 30-32.
- 12 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 36.
- 13 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 69.
- 14 Segundo Müller: "Cette différence entre, d'une part, les possibilités et l'état de la réflexion relativement aux conceptions traditionnelles de l'interprétation et, d'autre part, la réalité de ce qu'accomplit la pratique de la Cour constitutionnelle fédérale, cette différence est la plus tangible lorsqu'il s'agit de ces éléments de décision et de motivation qui – pour le dire dans la terminologie traditionnelle – ne sont pas tirés des normes, mais de la réalité." (MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**, p. 61).