



Imagem gerada por IA (Midjourney) a partir dos termos: Indigenous contemporary art, showing the tension between universalism and local knowledge

# CONSTITUIÇÃO, FÉ, E ONDAS DE RÁDIO: REOCUPAÇÃO, RELIGIÃO E O CONJUNTO RETÓRICO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO (1951-1952)

Ricardo Martins Spindola Diniz  [0000-0001-5127-5766](https://orcid.org/0000-0001-5127-5766)

Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil

## Resumo

Apesar da evidência que agora possui, a adjudicação constitucional em seu início na República Federal da Alemanha Ocidental era pouco plausível, algo que ia para além do carácter sem precedentes da prática. Este artigo reconstitui os desafios que o Tribunal Constitucional Federal enfrentou na sua criação e consolidação durante os seus primeiros dois anos. Muitas vezes enquadrado como "o último dos órgãos constitucionais", com base em documentação inédita sobre as personalidades escolhidas para formar a primeira geração do Tribunal, mostra como o atraso em sua instituição derivou da falta de fé dos atores no seu significado político-jurídico. Concomitantemente, este artigo realça a importância da religião como fator de estabilização da instituição. Esse papel da religião vem à tona quando se foca em instâncias cerimoniais de comunicação do Tribunal, como os discursos de sua inauguração e transmissões radiofônicas de seu primeiro presidente. Ao explorar de uma perspectiva dos estudos de direito comparado a hipoteca de expectativas e esperanças carregadas de religião, para determinar a posição de "guardião da Constituição", o artigo contribui para clarificar conclusões anteriores da literatura sobre a emergência do Tribunal Constitucional Federal. Em particular, explorar as implicações religiosas subjacentes aos papéis e envolvendo os públicos do *Hüter der Verfassung* na Alemanha do pós-guerra é algo que aprimora a nossa compreensão (i) dos projetos e ações do primeiro adversário do Tribunal, o ministro da justiça de Konrad Adenauer, Thomas Dehler; (ii) a influência do juiz constitucional e cunhado de Dietrich Bonhoeffer, Gerhard Leibholz, e a força da sua argumentação em um marco da construção da autoridade do Tribunal, nomeadamente o Status-Denkschrift; e (iii) a resolução do confronto final entre Dehler e o primeiro presidente do tribunal, Hermann Höpker-Aschoff.

## Palavras-chave

Tribunal Constitucional Federal Alemão, Guardião da Constituição, Estudos Constitucionais Comparados, Teologia Política, Hans Blumenberg.

## CONSTITUTIONAL WAVES OF FAITH: REOCCUPATION, RELIGION AND THE RHETORICAL ENSEMBLE OF THE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (1951-1952)

## Abstract

Despite the evidence it now entertains, constitutional adjudication at its inception in West Germany's Federal Republic was barely plausible, something that went beyond the practice's unprecedented character. This article reconstructs the challenges the Federal Constitutional Court faced regarding its establishment and consolidation during its first two years. Often framed as "the last of the constitutional organs," based on novel documentation on those personalities scouted to form the court's first generation, it shows how the delay in the court's institution derived from actors' lack of faith in its political-legal significance. Concomitantly, this piece highlights the importance of religion as a factor for the institution's stabilization. It does so by focusing on ceremonious instances of communication such as inauguration orations and radio speeches. As it accounts for the mortgage of religiously coloured expectations and hopes tainting this position from the standpoint of comparative legal studies, the article contributes to clarifying previous findings of the scholarship on the emergence of the Federal Constitutional Court. Particularly, exploring the religious undertones subtending the roles and involving the audiences of the *Hüter der Verfassung* in post-war Germany augments our understanding of (i) the projects and actions of the court's first adversary, Konrad Adenauer's minister of justice Thomas Dehler; (ii) the influence of constitutional judge and Dietrich Bonhoeffer's brother-in-law Gerhard Leibholz and the force of his argumentation in a milestone for the court's authority, namely, the Status-Denkschrift; and (iii) the resolution of the final showdown between Dehler and the court's first president, Hermann Höpker-Aschoff.

## Keywords

German Federal Constitutional Court, Guardian of the Constitution, Comparative Constitutional Studies, Political Theology, Hans Blumenberg.

Submetido em: 04/06/2024

Aceito em: 02/08/2024

Como citar: DINIZ, Ricardo Martins Spindola. Constituição, fé, e ondas de rádio: Reocupação, religião e o conjunto retórico do Tribunal Constitucional Federal Alemão (1951-1952). *(des)troços: revista de pensamento radical*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. e52884, jul./dez. 2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

## Introdução

"Durante mais de 200 anos, os projetos constitucionais oscilaram entre os polos da magia e da ilusão, dependendo de como a ideologia, o mito e a dimensão simbólica entraram em jogo".<sup>1</sup> Essa afirmação aparece já nas primeiras páginas de uma importante obra de estudos constitucionais comparados. Em termos de compromissos teóricos e metodológicos assumidos nesta investigação, a obra de Günter Frankenberg, *Comparative constitutional studies: between magic and deceit* [*Estudos constitucionais comparados: entre magia e ilusão*], certamente apresenta um marco ao mesmo tempo inspirador e ainda não superado. Apesar de seus méritos, a abordagem de Frankenberg agrupa de forma interessante algumas das questões comuns a programas de pesquisa antes paralelos, se não antagônicos, nomeadamente os da história do direito e da teoria do direito. Por um lado, como sugere a concatenação imprecisa de "ideologia, mito e dimensão simbólica", Frankenberg partilha com a história do direito uma inclinação para a subteorização, o que, em última análise, restringe o tipo de fontes que o autor, assim como a história do direito, consegue considerar. Por outro lado, vejamos como Frankenberg desenvolve "projetos constitucionais". Ao se concentrar exclusivamente numa grande quantidade de documentos constitucionais, ao mesmo tempo em que evita investigar com mais profundidade as fontes primárias relacionadas à sua pré-história, gênese e recepção, e confiando, em vez disso, no substituto da literatura secundária explicada, na melhor das hipóteses, numa chave transdisciplinar e, na pior, como pretexto para o "contexto", a falta de multidisciplinaridade em sua teorização dialoga com um traço comum da teoria do direito. Ao contrário da abordagem de Frankenberg, esse fato se torna evidente quando consideramos a teoria do direito em seus piores momentos. Na sua falta de jeito para lidar com "coisas densas",<sup>2</sup> os teóricos do direito entregam-se muitas vezes a metáforas absurdas, a exemplos infantis – pensemos na obsessão dos teóricos anglófonos do direito pelos esportes<sup>3</sup> – e "ao exercício cansativo de comparar autores de diferentes épocas"<sup>4</sup>, em vez de se dedicarem a estudos de caso pormenorizados, que a "densidade" do meio jurídico exige.

É verdade que Frankenberg reconhece que "a magia constitucional aparece sob diferentes formas". Porém, quando o comparatista afirma que "um único texto escrito [...] acompanhado de um ritual converteu a população de determinado território numa comunidade política referida como 'povo', 'nação', 'peuple', 'Staatsvolk', 'pueblo' e assim

<sup>1</sup> Frankenberg, *Magic and Deceit*, p. 10.

<sup>2</sup> No sentido proposto, por exemplo, por Ken Alder na introdução da seção Focus da revista *Isis*; Alder, *Introduction*, 2007. Nas palavras do autor, "as coisas do mundo estão reunidas de acordo tanto com prescrições éticas, estéticas e políticas quanto a serviço de sua utilidade restrita". Além disso, a frase invoca que "criar artefatos para atender a fins humanos não é uma tarefa simples e requer a coordenação de redes heterogêneas de pessoas e processos. O mundo material é irregular, recalcitrante e inconsistente". Para um trabalho recente que aborda artefatos jurídicos a partir dessa perspectiva, ver Bomhoff, *Getting legal reason to speak for itself*.

<sup>3</sup> Para um relato das raízes dessa obsessão, ver Taylor, *A Secular Age*, p. 398 e seguintes ("A educação [vitoriana] foi muito bem-sucedida, de forma que os jovens da elite masculina que frequentavam essas escolas levavam tais ideais para o restante de suas vidas, em regimentos, em salas de diretoria e na política, bem como no serviço público nacional e no Império Britânico. A importância que a imagem do jogo assumiu na imaginação da elite talvez comprove de forma ainda melhor o sucesso dessa educação").

<sup>4</sup> Como recentemente apontado por Somek, *Liberalism and the reason of law*, p. 396.

por diante", e que esse "único texto escrito" o realiza "quase como um truque de mágica"<sup>5</sup>, ele acaba assumindo as coisas como demasiado certas. Frankenberg não pondera minuciosamente como deveria sobre as formas distintas que subjazem ao caráter incisivo de palavras como "povo" e "*Staatsvolk*", mas também conceitos como revisão judicial e *Verfassungsgerichtsbarkeit* [adjudicação constitucional], ao passo que meu propósito é o de explicar algumas das maneiras como esta última se tornou, na Alemanha, um "ritual de acompanhamento" crucial da Constituição.

Curiosamente, ao proceder assim, Frankenberg revela uma proximidade com Michael Stolleis. Consideremos como o historiador do direito explica o destino de dois princípios do *instrumentarium* dos primeiros anos do *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional Federal] entre juízes constitucionais e acadêmicos, nomeadamente, *Integration* e *praktische Konkordanz* [integração e concordância prática]. Stolleis observa que isso certamente se deveu ao modo como ambas as noções remontavam a uma "venerável tradição de direito eclesiástico". *Integration* e *praktische Konkordanz* enquadram-se no esforço geral para garantir provas para a adjudicação constitucional além da "disposição fundamental em vigor nos primeiros anos da República Federal", evocando assim a "influência subcutânea da tradição de pensamento eclesiástico".<sup>6</sup> A "influência subcutânea" certamente demanda mais considerações teóricas, quer tenhamos em mente a relação entre constituições e bíblias, modernidade e cristandade, ou a relação suplementar entre o raciocínio jurídico e a familiaridade e consagração do "pensamento eclesiástico", seus argumentos e figuras.<sup>7</sup> Isso porque, na ausência de teoria – mais precisa e respectivamente uma teoria da história e uma teoria da retórica –, não se pode abordar a principal preocupação de um historiador, isto é: onde está o arquivo a que um historiador pode recorrer e quais são as fontes que um historiador deveria interrogar para desenvolver uma narrativa sobre a "influência subcutânea da tradição de pensamento eclesiástico" no direito constitucional alemão?

É preciso, contudo, destacar a percepção de Stolleis. Ao evocar tais influências subcutâneas, o historiador do direito refere-se a artefatos jurídico-doutrinários desenvolvidos no rescaldo do chamado "renascimento do direito natural". Em outras palavras, investigar a sobrevivência do cristianismo no direito constitucional alemão não é algo que se esgota em sondar a "literatura de transição" [*Wendeliteratur*] dos estudos de direito natural do pós-guerra, para tomar emprestada a caracterização inequívoca de Lena Foljanty. Não obstante a amplitude e a fineza da análise de Foljanty, algo que este texto confirma ao se basear em seu trabalho, é notável que a falta de teorização leva o argumento a uma contradição impressionante. Por um lado, Foljanty argumenta que a escassez de quaisquer referências à Lei Fundamental nos estudos de direito natural e a sua correspondente falta de contribuições para as "questões mais importantes sobre a reconstrução da justiça" evidenciam a "discrepância entre as representações da ordem presentes na literatura sobre o direito natural e a Lei Fundamental".<sup>8</sup> Por outro lado, Foljanty afirma que a "ética profissional" engendrada nesta discussão conferiu "legitimação para uma jurisprudência vigorosa", cujo pilar não era outro senão "um

<sup>5</sup> Frankenberg, *Magic and Deceit*, p. 10.

<sup>6</sup> Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, p. 217. Todas as traduções, exceto quando indicadas, são minhas.

<sup>7</sup> Sobre essa discussão e sua repercussão, ver, dentre outros, Steinhauer, *Die Rückkehr des Bilderstreites ins Recht*, 2005.

<sup>8</sup> Foljanty, *Recht oder Gesetz*, pp. 252, 366.

sistema judiciário próximo do povo".<sup>9</sup> Ora, se a "legitimação" diz respeito ao estabelecimento, à conexão e à dissolução de referências, ou a primeira ou a segunda afirmação tem que desaparecer. Por exemplo, se a literatura sobre o direito natural criou uma margem de manobra para reorganizar a forma como os juízes abordavam e consideravam a opinião pública, especialmente a imprensa, e vice-versa, algo fundamental na administração judicial constitucional do pós-guerra, então sua contribuição foi decisiva. A título ilustrativo, e voltarei a este ponto mais adiante, é possível identificar essa semântica na cobertura da imprensa sobre a criação do Tribunal. Entretanto, considerando que muitos acadêmicos e juízes constitucionais do pós-guerra estavam confiantes de que "a imagem do humano" contida na Lei Fundamental era uma "imagem cristã", como Günter Dürig, para citar apenas um, os acadêmicos devem ponderar se não discutiram a Lei Fundamental devido à forma como esses atores se convenceram de que ela se coadunava bem com as suas convicções.<sup>10</sup>

O quadro teórico subjacente a esta pesquisa oferece uma resposta ao receio do historiador, ao mesmo tempo que adota, para fins de teoria do direito, a sugestão metodológica multidisciplinar de que os estudos de direito comparado devem reconhecer a sua forte afinidade com a antropologia e a história em sua busca do detalhe (Seção A). Tomando de empréstimo a afirmação de Pierre Legrand, os estudos de direito comparado, na sua proximidade com a antropologia e a história, devem enfrentar o fato de que suas questões sobre o direito do outro são "um composto de elementos incongruentes, uma 'série de coisas ao mesmo tempo bastante heterogêneas e, no entanto, num estado de co-incorporação, contaminadas e teratológicas', - de que cada questão é inescapavelmente, precisamente, um híbrido, uma interface, ou, figurativamente, um monstro[...]". Questões sobre o direito estrangeiro não podem ser abordadas "isoladamente, mas como incorporadoras de uma teia contínua de outras questões, [...] conduzindo [o comparatista] através de campos de conhecimento convencionalmente rotulados como 'etnologia', 'história', 'política', e 'sociologia'["<sup>11</sup> na medida em que se quer considerar, como Marietta Auer recentemente sustentou, que a pesquisa jurídica deve ter como objetivo o conhecimento. Por isso, seu objeto não pode ser "o direito por si só, mas sim o direito como um meio da sociedade que pode ser observado de múltiplas perspectivas, como sintoma de desenvolvimentos sociais e, sobretudo, de deformações sociais".<sup>12</sup>

Certamente, as decisões judiciais continuam a ocupar um lugar de destaque do ponto de vista da memória social de um tribunal. Assim, metodologicamente, segui a narrativa que aqui se desenrola em torno de três decisões, todas elas identificadas pelo principal oponente do Tribunal nos seus dois primeiros anos, Thomas Dehler (1897-1967), primeiro-ministro da Justiça de Konrad Adenauer, como se verá mais adiante. Estas decisões são, respectivamente: o primeiro acórdão do tribunal, *Beschluß des Zweiten Senats vom 9. September 1951* ("BVerfGE 1, 1"); o julgamento sobre a hostilidade

---

<sup>9</sup> Foljanty, *Recht oder Gesetz*, p. 304.

<sup>10</sup> Dürig, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, pp. 30-32, 35-36. Como menciono mais adiante, Friedrich August Freiherr von der Heydte representa uma exceção importante tanto à primeira afirmação de Foljanty quanto à minha sugestão. Ainda assim, a meu ver, o fato de que a crítica profundamente religiosa da lei natural de Von der Heydte à Lei Fundamental tenha fracassado não demonstra que haja uma "discrepância" entre um e outro, mas sim o quão inadequado soou para o Ministério da Justiça de Adenauer insistir em uma clivagem quando não havia de fato nenhuma. Ver nota de rodapé 69.

<sup>11</sup> Legrand, *Negative comparative law*, p. 187.

<sup>12</sup> Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, p. 51.

constitucional do *Sozialistische Reichspartei, Urteil des Ersten Senats vom 23. Oktober 1952* ("BVerfGE 2, 1"); e a decisão sobre o carácter vinculante dos pareceres consultivos emitidos pelo plenário do tribunal para os seus dois senados, *Beschluß des Plenums vom 8 Dezember 1952* ("BVerfGE 2, 79"). No entanto, seguindo a abordagem teórica aqui adotada, dever-se-ia igualmente recorrer a outras instâncias cerimoniais de comunicação, tais como, mas não só: (i) as cartas de recusa de personalidades consideradas para o cargo de presidente do Tribunal Constitucional Federal; (ii) a inauguração do *Bundesverfassungsgericht*; (iii) a resposta transmitida pelo Tribunal às agressões de Thomas Dehler a propósito do assim chamado *Statusfrage* [questão sobre o status] e a decisão do Tribunal sobre o carácter vinculante de seus pareceres consultivos. Devido a seu escopo e forma imediatos, mas também devido à audiência de cada um deles, uma mistura de autoridades judiciais, personalidades políticas e jornalistas envolvidos na criação, na participação e na transmissão de tais "ritos de passagem", esses três pontos focais ofereceram aos defensores do Tribunal a oportunidade de sondar o "conjunto retórico" necessário para assegurar plausibilidade e evidência à adjudicação constitucional como uma nova forma de comunicação (Seção B). Em termos metodológicos, explorando explicitamente as interpretações mais apaixonadas, populares e de conotações religiosas das iniciativas do Tribunal, os modos de operação que estão na origem de tais semânticas e meios de comunicação que circunscrevem a identidade e a referência da adjudicação constitucional podem ser mais bem identificados em decisões judiciais, relatórios internos e comunicações oficiais com o governo, tal como refletidos na forma como a imprensa aborda e enquadra os atos do Tribunal. De certa forma, sua seleção foi prefigurada através dos dossiês produzidos pelo gabinete de Adenauer, permitindo vislumbrar como os movimentos do Tribunal eram acompanhados do ponto de vista dos observadores políticos. Ao investigar a documentação organizada sob a égide do "B136", isto é, o código dos volumes provenientes dos dossiês produzidos pelos secretários de Adenauer sobre a atividade do Tribunal, retraço e reconstituo, a partir desses vestígios de memória, a forma como a Corte constitucional era observada do ponto de vista político – apoiando-me, para tal, na seleção de artigos de notícias introduzidos entre cartas oficiais, memorandos e projetos administrativos. Concomitantemente, cruzo estas documentações com aquelas encontradas nos espólios de alguns dos principais atores, quando disponíveis, como o de Gerhard Leibholz, e, quando não disponíveis para apreciação pública ou incompletos em relação a essas cadeias de atos e acontecimentos, em biografias escritas sobre espólios familiares. A título de exemplo, a maior parte da documentação que encontrei sobre a cerimônia de inauguração do Tribunal fazia parte do espólio de Leibholz.

A seguir, essas instâncias são cuidadosamente analisadas sob as rubricas metodológicas da "metaforologia" de Hans Blumenberg. O autor nos oferece tanto uma teoria da história quanto uma teoria da retórica para resolver o problema comum à teoria e à história do direito, especialmente quando o seu quadro teórico-metodológico é devidamente enxertado com algumas contribuições mais recentes sobre a interligação entre argumentos e figuras, conceitos e imagens, razão e meios de comunicação, elaboradas tendo em conta circunstâncias e acontecimentos mais próximos do tema deste artigo, em contraste com o amplo enfoque de Blumenberg na primeira modernidade. De fato, ao utilizar o relato do filósofo sobre a "sobrevivência do cristianismo" como alternativa para dar sentido ao papel da semântica religiosa no sucesso inicial da adjudicação constitucional, este artigo contribui para reconsiderar o que tem sido

enquadrado como "a questão crucial que a teoria da secularização enfrenta", ou seja, o suposto desaparecimento da força e da validade dos modos de expressão religiosa na Europa do século XX, em contraste, por exemplo, com os EUA.<sup>13</sup> Neste sentido, ao explorar a religião como um fator no contexto dos efeitos do Tribunal Constitucional Federal, o presente artigo aborda uma lacuna recentemente identificada na literatura,<sup>14</sup> ao mesmo tempo que altera e qualifica algumas das conclusões e hipóteses desta última sobre o que motivou a série de êxitos iniciais do Tribunal em seu esforço de moldar e garantir sua identidade e estrutura face a seu ambiente político.

## A – Conjuntos retóricos, reocupações e a sobrevivência do cristianismo

---

A antropóloga Mary Douglas certa vez disse que "o dinheiro é apenas um tipo extremo e especializado de ritual". Consequentemente, "o dinheiro só pode desempenhar o seu papel de intensificar a interação econômica se o público tiver fé nele. Se essa fé for abalada, a moeda é inútil".<sup>15</sup> Assim como as metáforas da "magia" e das "influências subcutâneas" sugerem, algo de semelhante pode ser dito sobre o poder político, o direito e, por conseguinte, as constituições. No entanto, avaliar rituais e eventos de definição de fronteiras ao lado de julgamentos históricos pode parecer absurdo de um ponto de vista estritamente jurídico. Quando o aumento da quantia envolvida na proposta se torna mais convincente para fechar um acordo do que a conquista da alma do sócio através das palavras, quando a correta concatenação de parágrafos e conceitos jurídicos é mais importante do que o elogio das virtudes perante um tribunal, o ritual e a retórica podem, na melhor das hipóteses, amplificar o que já está decidido sobre a matéria em questão. Mas será que realmente fazem isso? Não se pode negar, por exemplo, que jantares e brindes são uma parte substancial do comércio internacional, e que frequentemente fundamentam a tomada de decisões importantes.<sup>16</sup> De forma reveladora, como mostro mais adiante, a disputa sobre o status do Tribunal Constitucional Federal como "órgão constitucional" girava, entre outras coisas, em torno do controle dos recursos necessários para sustentar o envolvimento intenso dos juízes constitucionais com seus múltiplos públicos.

---

<sup>13</sup> Taylor, *A secular age*, p. 530.

<sup>14</sup> Ver Gilcher-Holtey, *Integration der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte?*.

<sup>15</sup> Douglas, *Purity and Danger*, p. 70.

<sup>16</sup> Karen Alter destaca, por exemplo, como o advento da decisão *Costa contra Enel*, que estabeleceu as bases para o princípio da primazia do direito da União Europeia sobre o de seus Estados-membros, foi marcado por uma reunião realizada pela Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht (WGE) [Sociedade Científica para o Direito Europeu - WGE]. Alter argumenta que associações como a WGE funcionavam como "gabinetes de cozinha", uma metáfora que remete à presidência de Andrew Jackson e à maneira como ele eludiu seu gabinete oficial, aprovado pelo Senado, com a ajuda de um círculo de amigos íntimos. Nas reuniões do WGE, "os funcionários europeus testam ideias e buscam conselhos informais [...]". Alter, *The European Court's political power: selected essays*, p. 77. A metáfora também evoca a importância do serviço cerimonial de bufê, especialmente quando se tem em mente os protocolos em vigor nas "reuniões científicas". Ao serem abordados como uma forma de mídia, os alimentos e bebidas remetem ao que Urs Stäheli chama de "afetividade", na medida em que a afetividade é suscetível de amparar processos de comunicação "por meio da ativação de recursos corporais". Stäheli, *Spectacular speculations*, p. 13.

De fato, o desvio da mesa de jantar e a ornamentação das metáforas não contribuem nem para a aceitação, no sentido de persuasão, nem para a aceleração da comunicação. Embora tomar uma decisão durante o jantar não comprometa os argumentos, em princípio também não os torna mais persuasivos. O jantar assegura o diferimento necessário para que argumentos políticos se traduzam em argumentos jurídicos, pois estabelece, conecta e dissolve referências.<sup>17</sup> Em outras palavras, quando analisado da perspectiva da retórica e sua tradição, o tipo de ritual que Mary Douglas aponta ao escrever sobre a ubiquidade da "fé pública" está relacionado ao *decorum*, e não à *persuasio*.<sup>18</sup> Sob a égide do decoro e do ritual, antropologicamente abordados, a retórica pode eventualmente acelerar a comunicação, mas, em última análise, representa o epítome do diferimento. Como Hans Blumenberg formulou, de forma perspicaz:

A complexidade, as fantasias processuais, a ritualização, tudo isto implica em pôr em dúvida se a menor distância entre dois pontos é também o caminho humano entre eles. Essa condição nos é perfeitamente familiar através da estética, até mesmo da música. A sua extensão excessiva ao mundo moderno decorre da complexidade da sua situação, mas não só. Resulta também da divergência crescente entre as esferas dos requisitos materiais e das decisões, nomeadamente em termos da sua estrutura temporal.<sup>19</sup>

Assim como o esplendor da sobriedade pode se basear em reunir seu oposto, Blumenberg afirma que há uma propositividade naquilo que não tem propósito.<sup>20</sup> No mínimo, ganha-se tempo<sup>21</sup> – e o tempo é especialmente necessário quando a diferença entre operação e observação se transforma numa divergência que merece o título de "observação de segunda ordem".<sup>22</sup> Na verdade, "numa realidade circundante [*Umweltwirklichkeit*] altamente artificial, a retórica é pouco perceptível porque já é ubíqua".<sup>23</sup> Muito mais do que garantir a aceitação ou evitar a rejeição, a retórica diz respeito às condições de possibilidade para compreender, identificar e atribuir comunicação. Ora, a complexidade, as fantasias processuais, a ritualização e assim por diante, seguindo Fabian Steinhauer, podem ser designadas como a multiplicidade de desvios que garantem que a comunicação ocorra, como seu "conjunto retórico".<sup>24</sup> Dessa perspectiva, a afirmação de Blumenberg sobre como "a metáfora não é apenas um capítulo no tratamento dos meios retóricos, [mas sim] o elemento mais significativo da retórica, através do qual a sua função é apresentada, e em relação ao qual o seu aspeto antropológico pode ser posto em evidência", torna-se uma das pistas mais importantes para qualquer investigação que se ocupe dos conjuntos retóricos.<sup>25</sup> Há algo crucial

<sup>17</sup> Tomo essa formulação de Steinhauer, *Bildregeln*, p. 174-175.

<sup>18</sup> Sobre essa distinção, ver STEINHAUER, *Bildregeln*, p. 178.

<sup>19</sup> Blumenberg, *Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*, p. 128.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>21</sup> Sobre a maneira como a retórica está intimamente ligada não apenas à aceleração, mas também, e principalmente, ao diferimento ou atraso do tempo, ver Blumenberg, *Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*, 2020; e também, Blumenberg, *Beschreibung des Menschen*, pp. 614-615.

<sup>22</sup> Sobre observações de segunda ordem tanto como consequências quanto como geradoras da primazia da diferenciação funcional, ver Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 766-767.

<sup>23</sup> Blumenberg, *Beschreibung des Menschen*, p. 140.

<sup>24</sup> Sobre a noção de "conjunto retórico", ver Steinhauer, *Das rhetorische Ensemble*.

<sup>25</sup> Blumenberg, *Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*.

referente ao desvio metafórico pelo qual uma coisa é apreendida através de outra coisa – em contraste com a apreensão da coisa enquanto tal, ou seja, alguma coisa *enquanto* alguma coisa.<sup>26</sup> De acordo com Blumenberg, ao olhar além de um objeto temático em direção a outro, "o que se tem em antecipação é pressuposto como portador de uma percepção, tomando o que é dado como estranho e o outro como familiar, ficando assim à disposição da ação". "O animal *symbolicum*", afirma o autor,

domina a realidade genuinamente mortífera na medida em que deixa [a realidade] ser substituída [*vertreten*]; [o animal *symbolicum*] vê para além do que é misterioso em direção ao que é familiar. Isto é mais significativo nos casos em que a reivindicação da identidade de um juízo não pode simplesmente atingir o seu objetivo, quer porque o seu objeto sobrecarrega o procedimento (o "mundo", a "vida", a "história", a "consciência"), quer porque não há lugar suficiente para que tal procedimento se estabeleça, como nas situações em que se é pressionado a agir, onde se exige uma orientação rápida e uma plausibilidade drástica.<sup>27</sup>

A seguir, defendo e exploro a forma como um objeto como uma "constituição" se enquadra ao lado de magnitudes do tipo "mundo", "vida", "história" ou "consciência". É verdade que não sou o primeiro a fazê-lo, como demonstra o envolvimento de Frankenberg, ao longo de toda sua vida, com os estudos de direito constitucional comparado. No entanto, muito antes dos acadêmicos começarem a abordar as tropologias teologicamente enraizadas que geram documentos constitucionais,<sup>28</sup> os atores do Atlântico Norte que lutavam para ultrapassar os limites da plausibilidade e da evidência empregavam tropos e desvios religiosamente contaminados para estabelecer novas modalidades de comunicação, como a adjudicação constitucional. Conforme indicado acima, a necessidade de uma teoria da história surge quando se tenta abordar não apenas *como*, mas também *que* as "tradições do pensamento eclesiástico" exerceram uma "influência subcutânea" em contextos modernos tardios, como o da *Bundesrepublik* [República Federal alemã]. Ora, sua presença certamente evita a secularização em termos de subtração como um retrato convincente da "sobrevivência do cristianismo" na modernidade norte-atlântica, isto é, no sentido de que as conquistas da modernidade implicaram a retração da relevância da religião, o desaparecimento das condições de possibilidade da crença e, conseqüentemente, da importância da religião na vida pública.<sup>29</sup> No entanto, esse dilema também é equivocadamente caracterizado se enquadrarmos esses usos retóricos de "tradições eclesiásticas honradas" como "transposições" de "substâncias" cristãs, em razão de uma falta insuperável ou de um ingrediente defeituoso do projeto existencial da modernidade norte-atlântica diante das "estruturas profundas" da natureza humana.<sup>30</sup> Em vez da sublimação da subtração e das

<sup>26</sup> Sobre a distinção entre "alguma coisa enquanto alguma coisa" e "alguma coisa através de alguma coisa" na concepção de Blumenberg acerca da retórica, ver Weber-steinhaus, *Conceptuality, myth, metaphor*.

<sup>27</sup> Blumenberg, *Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*, pp. 122-123.

<sup>28</sup> Além de Frankenberg, *Magic and Deceit*, ver também, entre outros, Vorländer, *Integration durch Verfassung*. Vorländer e outros, por sua vez, remetem a Edward Corwin e à noção deste último de "adoração constitucional" (*constitutional worship*). Ver Corwin, *The Worship of the Constitution*.

<sup>29</sup> Tomo essa definição de "secularização como subtração" de Taylor, *A secular age*. Vale observar, no entanto, que Taylor considera a abordagem de Blumenberg como uma mera reviravolta da secularização como subtração, algo que, a meu ver, é simplesmente um erro.

<sup>30</sup> É de Blumenberg a crítica de que a teologia política tem por consequência uma forma de "substancialismo histórico" (ver Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*). Após a recepção da

estruturas profundas da transposição, Blumenberg fala da familiaridade e da consagração, numa palavra, do ingrediente da popularidade para estruturas particulares de pensamento e de ação derivadas da força oscilante da esfera religiosa.<sup>31</sup>

Blumenberg não adere nem à secularização como subtração nem a uma versão atenuada do teorema da secularização da teologia política. Lida corretamente, sua teoria das reocupações nos oferece uma imagem radicalmente diferente da sobrevivência do cristianismo. Ele não só afirma que as reocupações – que equivalem ao próprio acontecer da história – são retoricamente endossadas e impostas,<sup>32</sup> como também sustenta a sua abordagem alternativa com uma crítica ao entendimento da história comum à secularização como subtração e como transposição. É possível argumentar que ambas as abordagens dão demasiada credibilidade à autodescrição da modernidade norte-atlântica em termos de ruptura com o seu passado, ao mesmo tempo que adotam uma imagem da história como sucessão diacrônica, quer se tenha em mente “visões metafísicas do mundo”, “épocas da história do ser” ou “paradigmas”. O fato de a reivindicação de ruptura da modernidade exigir uma qualificação não significa que nada tenha mudado ou que aquilo que mudou não possa deixar de ser contaminado por sua dependência do que veio antes. Somente na ausência de tal advertência, portanto, somente quando se procede sob as suposições de que o acontecer da história ocorre como mera sucessão diacrônica do que já-foi e do que agora-é, por meio da qual, no final de uma época, todos os seus enigmas são resolvidos e apenas um abismo permanece, é que a secularização, seja como subtração ou como transposição, faz sentido. Pelo contrário, para Blumenberg, a descrição dos fenômenos das épocas históricas deve ir no sentido inverso. Uma época não chega ao fim com todos os seus enigmas resolvidos. Ocorre justamente o oposto disso, ou seja, “as épocas esgotam-se na metamorfose de suas certezas e do que consideram inquestionável em enigmas e inconsistências”.<sup>33</sup> No entanto, se tal dinâmica não for interpretada em termos de uma “pulsão de morte ou de um desejo de passagem”, isto é, outro mitologema caro ao programa moderno (do Atlântico Norte), é preciso considerar o seguinte:

Até a transição de época como cesura profunda tem sua função de proteger a identidade, pois as alterações que o processo permite são apenas o correlato da constância dos desafios que essas alterações cumprem. Então, o processo histórico produz, deste lado da grande concepção dos contornos de época, suas “reocupações” como o saneamento da continuidade histórica.<sup>34</sup>

Para sustentar tal observação sobre a “constância dos desafios” no trecho citado, há uma teia de aproximações sobre o limiar entre consciência, comunicação e corpo. Nesse sentido, ao começar a desdobrar o “princípio heurístico” condensado na noção de reocupação, Blumenberg questiona de antemão a possibilidade de experimentar uma transição de época. Em suas palavras:

---

teologia política nos EUA, a “substância” foi metamorfoseada em “estruturas profundas”. Para uma crítica a esse respeito, ver Steinhauer, *Non plus ultra*.

<sup>31</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, p. 115.

<sup>32</sup> Blumenberg, *Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*, pp. 128, 131.

<sup>33</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, p. 539.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 539.

Todas as alterações, todas as mudanças do velho para o novo são acessíveis para nós somente na medida em que se deixam [...] atrair para um quadro de referência constante, através do qual as demandas podem ser definidas, no qual uma "posição" idêntica deve ser satisfeita. O fato de o novo na história não poder ser sempre aleatório, mas antes estar sob a pressão de expectativas e necessidades preexistentes, é a condição para que possamos ter algo como o "conhecimento" a respeito da história. O conceito de "reocupação" designa em suas implicações o mínimo de identidade que, mesmo nos movimentos mais comoventes da história, deve ser encontrado, ou pode, ao menos, ser pressuposto e buscado. Para o caso dos sistemas daquilo que Goethe moldou como as perspectivas relativas ao mundo e aos homens, "reocupação" significa que afirmações diferentes podem ser entendidas como respostas para questões idênticas.<sup>35</sup>

Blumenberg é cuidadoso ao esclarecer que tal "mínimo de identidade" não tem "nada a ver" com as "constantes clássicas da antropologia filosófica nem com as 'verdades eternas' da metafísica". Enfatizando a necessidade de evitar a palavra "substância" nesse meio, Blumenberg defende, em vez disso, que basta que "as condições estruturais" permaneçam por mais tempo nas consciências do que os conteúdos que tal estrutura molda e ordena, ou seja, "que as perguntas sejam relativamente constantes em comparação com as respostas". Assim, "para que as reocupações atribuam seu quadro funcional, basta uma durabilidade que seja demasiado grande para nossa capacidade de percepção de eventos históricos e de sua intensidade de alteração".<sup>36</sup> Nesse sentido, a ênfase de Blumenberg na interconexão entre percepção e reocupação pode ser lida de forma útil como indicação de um limite humano primordial para a experiência histórica. Para o autor, esse limite, em última análise, revela a seguinte imagem sobre a condição humana:

Antes de mais nada, a história não se desenrola como a sequência diacrônica do que ainda não é, do que é e do que não é mais, mas por meio de parataxes e hipotaxes sincrônicas. Não há um triunfo final da consciência sobre seus abismos: formação, tradição, racionalidade, esclarecimento significam menos algo que foi feito na vida uma vez a partir do nada e que pode ser feito de uma vez por todas, do que o sempre novo e instrumentalizador esforço de destituição de poder, desvelamento, liberação e rearranjo em jogo.<sup>37</sup>

Parataxe e hipotaxe representam termos retóricos que descrevem a forma como as cláusulas são ordenadas nas sentenças.<sup>38</sup> Parataxe designa a justaposição de sentenças por meio da omissão de conjunções subordinativas em uma sequência interminável de "e", vírgulas e ritmo, como as crianças falam. Por sua vez, hipotaxe designa a subordinação de cláusulas umas às outras, estabelecendo relações de causa e efeito, de cronologia e assim por diante, por meio de termos como "depois", "quando" ou "porque". A escolha desses termos por Blumenberg evidencia sua opinião sobre a estreita intimidade entre retórica e história, como venho insistindo desde o início. De fato, a

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 541.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>37</sup> Blumenberg, *Wirklichkeitsbegriff und Wirkungspotential des Mythos*, p. 24.

<sup>38</sup> Para uma discussão sobre essa distinção em Aristóteles, ver Trenkner, *Aristotle, Rhetoric III, 12, 4*. A explicação final de Trenkner é especialmente elucidativa: "Por meio da parataxe, os fatos isolados são retirados e separados de seu conjunto. Eles são lançados em uma tela como imagens esboçadas e isoladas. Portanto, parecem ser de número elevado. (...) Mas, se reorganizarmos a passagem em uma estrutura subordinada [hipotaxe], obteremos uma impressão de concisão, ainda que o texto não seja mais curto do que o original."

parataxe e a hipotaxe representam o modo como nossa capacidade de perceber a história opera. Elas indicam o trabalho de reocupação – como o tecido através do qual questões e respostas, esperanças e expectativas são costuradas em conjuntos retóricos.

Desenvolver a compreensão de Blumenberg do acontecer da história como parataxes e hipotaxes sincrônicas exige ressaltar um ingrediente de percepção crucial para sua noção-chave de "limiars de época". Se não é correto falar em sequências diacrônicas para enquadrar os movimentos da história, então esses limiars de época não acontecem de uma vez por todas, no início e no fim de uma transição de época. Os limiars são rompidos diante da percepção humana sempre que a justaposição e a subordinação entre questões e respostas, esperança e expectativas se tornam instáveis. Muitas vezes, esses movimentos se transformam em inversões metafóricas de camadas sedimentadas de aparatos semânticos, por meio das quais aquilo que permaneceu latente encontra seu caminho em direção à plausibilidade, colocando as palavras e imagens certas em suas cabeças.

Isso nos leva ao cerne da crítica de Blumenberg à secularização (como transposição) e a seu relato alternativo da sobrevivência do cristianismo – desdobrando, assim, uma crítica à secularização como subtração. A secularização como transposição tira sua plausibilidade do ataque à parataxe estabelecida no alvorecer do Iluminismo – nas palavras de Blumenberg, "há, para o teorema da secularização, fórmulas de fundamentação completamente inócuas, que tornam quase impossível sua repreensão. Uma dessas fórmulas é o 'impensável sem'. Assim, de modo geral, a tese principal é: sem cristianismo, a modernidade seria impensável". Vamos ler atentamente o que Blumenberg afirma após abordar a retórica do teorema da secularização: "Isso (a modernidade é impensável sem o cristianismo) é tão *fundamentalmente correto* que a segunda parte deste livro é dedicada à prova dessa afirmação. Há apenas uma diferença, no entanto. Essa tese só adquire um significado preciso por meio da crítica da centralidade da secularização – ou melhor: seu aparente caráter de pano de fundo".<sup>39</sup>

Aqui também reside o ponto crucial que distingue a fenomenologia das reocupações de Blumenberg e a teologia política de Schmitt. *A fortiori*, também diz respeito à diferença entre este texto e contribuições passadas na teoria constitucional sobre a relação entre adjudicação constitucional e religião entendida sob a égide da teologia política. A teologia política está, em última análise, preocupada em confirmar sua própria justiça em relação ao outro, algo que fala da monstruosa modernidade de Schmitt, e do quão convenientemente ele pode ser acomodado às sensibilidades liberal-democráticas, contribuindo para retratar a violência das "necessidades racionais" da democracia liberal como um "dado factual".<sup>40</sup> O projeto de Blumenberg visa minar os

<sup>39</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, p. 115.

<sup>40</sup> Sobre a modernidade de Schmitt, ver Augsberg, *Die Lesbarkeit des Rechts*, pp. 158-171. Como uma ilustração dessa acomodação criptoautoritária, ver Van der Walt, *The concept of liberal democratic law*. Sobre as "necessidades racionais" da democracia liberal, ver Spindola Diniz, *Rational necessities: on the silence of liberal democratic theory in front of the unreasonable other*. A tendência de banir um dos meios essenciais ao avanço da modernidade europeia, isto é, a violência, para um passado pré-moderno, não liberal e superado, foi identificada por Anselm Haverkamp em *The future of violence*, especialmente na p. 74. ("Trata-se exatamente dessa simplicidade com a qual até hoje tornamos as coisas fáceis demais para o nosso lado sempre que interpretamos o aumento da violência como um lembrete enigmático, sempre presente, de uma pré-história que nós, assim como aqueles da era de Macbeth, consideramos ter deixado

excessos da razão – a título de exemplo, a legitimidade da modernidade só pode ser vista quando o excesso de seu projeto existencial, cujas conotações mitológicas convidam a qualificações político-teológicas, é devidamente combatido. Infelizmente, isso é algo rapidamente esquecido pela recepção de Blumenberg, frequentemente administrada como uma alternativa higienizada à teologia política, ao mesmo tempo em que confirma as pretensões autoafirmativas da razão. Isso se baseia na redução de sua obra a uma espécie de inversão da *Seinsgeschichte* [história do ser] de Martin Heidegger, em que a modernidade (europeia) não significa o esquecimento do ser, mas a revelação da essência da humanidade como autopreservação. Essa redução subtende o esforço de transferir para Blumenberg a retórica epidídica de Heidegger, de elogios e culpas,<sup>41</sup> como se o primeiro não tivesse sido quase reprovado em sua Habilitação precisamente por oferecer uma leitura muito mais ambivalente de figuras como Descartes.<sup>42</sup> Além disso, Blumenberg seleciona, organiza e interpreta suas fontes de uma forma que não tem nada a ver com a criação de caixas-pretas – comumente designadas por expressões lamentáveis como “tradição” ou “tradição ocidental” – que sustentam uma rede de falsas suposições sobre a relação entre filosofia, história e existência, permitindo que filósofos ou teóricos do direito abordem qualquer questão sobre qualquer conjunto de fenômenos baseados numa seleção aleatória de “grandes autores”.

Na esperança de renunciar de forma conclusiva às interpretações que preferem não sustentar nada que se assemelhe a uma explicação da sobrevivência do cristianismo na obra de Blumenberg, considere a seguinte declaração:

Entre o que se tornou usualmente chamado de “pós-vida” da mitologia antiga e a outra “pós-vida”, a sobrevivência que veio a ser designada como a “secularização” do cristianismo, persiste uma diferença específica. Não preciso explicar por que devemos abandonar a secularização como uma categoria de compreensão histórica; queda indiscutível o fato de que aquelas posições vazias legadas pela teologia cristã mantiveram reivindicações residuais para dispor e sustentar em relação aos seres humanos, as exigências absolutas de tipo teórico e prático, que foram introduzidas e estabilizadas por meio de uma religião de transcendência e revelação.<sup>43</sup>

Para ilustrar esse ponto, Blumenberg se refere a como essas exigências absolutas determinaram, por exemplo, a relação do Renascimento com a mitologia. Em suas palavras, na aurora do limiar entre o cristianismo e a modernidade (do Atlântico Norte), o Renascimento tentou assimilar a mitologia à cristianismo “por meio de uma espécie de dogmatização alegórica, a ponto de torná-la um cânone de novas obrigações no domínio da estética, em vez

---

para trás – embora essa violência, na verdade, governe cada vez mais a modernidade ou, de maneira mais incisiva, não seja nada além de um fenômeno do moderno”).

<sup>41</sup> Para um exemplo de uma iniciativa conduzida sob a signo da compreensão da história de Blumenberg e que propõe simplesmente uma versão invertida da *Seinsgeschichte* de Heidegger, mantendo assim o lugar-comum de retratar Descartes como o bode expiatório das consequências da modernidade, ver Lindahl, *Authority and the globalization of inclusion and exclusion*, pp. 150, 252, 303. Discuto essa questão em minha introdução à tradução para o português do livro de Lindahl, ver Spindola Diniz, *Introdução*.

<sup>42</sup> Ver Blumenberg, *Die ontologische Distanz*, pp. 113-126. O relato de Blumenberg sobre Descartes em sua tese de Habilitação reaparece em sua quase totalidade em *Die Legitimität der Neuzeit*, seguido de uma crítica explícita à *Seinsgeschichte* de Heidegger e ao papel de Descartes nela, Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, pp. 219-22.

<sup>43</sup> Blumenberg, *Wirklichkeitsbegriff und Wirkungspotential des Mythos*, p. 27.

de ver e usar a mitologia como um instrumento de desdogmatização".<sup>44</sup> O absolutismo da verdade, ingrediente de uma religião de transcendência e revelação, "leva a uma coerção em direção à analogia, da qual nem mesmo seu oponente mais radical pode escapar". Blumenberg consistentemente interpreta e compara movimentos como a dogmatização da mitologia e a mitologização do dogma – mas também a racionalização do mito ou, digamos, a dogmatização da razão – em termos de um "desdobramento da racionalidade imanente de um meio".<sup>45</sup> Na verdade, a própria escolha de abordar as reocupações informa meu foco na adjudicação constitucional – em vez de focar nas constituições enquanto tais. A forma como Blumenberg aborda o mito, o dogma e a razão não busca esclarecer nenhum deles como surgidos "originalmente", ou em uma "fase determinada" de "nossa história ou pré-história", em termos históricos ou filológicos; em vez disso, ele os analisa "como sempre já ultrapassados na recepção". Assim, ao empregarmos a metaforologia de Blumenberg, podemos compreender melhor o mito e o dogma que a precariedade da razão constitucional inevitavelmente se vale, concentrando-se nas consequências desta última, por exemplo, do estabelecimento da adjudicação constitucional.

O genitivo que une mito, dogma e razão<sup>46</sup> dá um bom exemplo do que Blumenberg tinha em mente quando argumentou que a história acontece somente por meio de parataxes e hipotaxes sincrônicas, ou seja, somente por meio de reocupações retoricamente endossadas e impostas. Consequentemente, investigar a história das figuras retóricas exige sondar as parataxes e as hipotaxes que as tornaram não apenas disponíveis, mas até mesmo inevitáveis para os atores que atravessaram os limiares da época e enfrentaram a pressão das expectativas e necessidades preexistentes. Dessa forma, tendo em mente o campo de força da mitologização, da dogmatização e da racionalização, podemos circunscrever melhor a relevância de uma tropologia imbuída de cristianismo para gerar o fascínio apresentado nos conjuntos retóricos da adjudicação constitucional na Alemanha do pós-guerra.

## **B – Início adiado, reconhecimento tardio: fé e autoridade radiodifundida desde o primeiro dia de Karlsruhe até a *Statusfrage***

---

Pode parecer absurda a afirmação de que no início a adjudicação constitucional era pouco plausível na Alemanha, e que sua consolidação foi uma questão de luta, fantasia e fé. O estranhamento ganha mais força quando um eminente teórico e ex-juiz constitucional, Dieter Grimm, enfatiza veementemente que "sem o papel dominante do Tribunal Constitucional na República Federal, que constantemente demonstra para a população a relevância da Lei Fundamental para o comportamento político e as condições sociais, a Constituição dificilmente estaria tão profundamente enraizada na consciência

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>45</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, p. 378.

<sup>46</sup> Em *Arbeit am Mythos*, Blumenberg articula as três formas de pensamento em um aforismo incisivo que condensa em poucas palavras o entrelaçamento entre sua teoria da história e sua teoria da retórica: "*Das Dogma ruft, das mythische Bedürfnis, das es erweckt, sogleich wieder zur Reason*", *Arbeit am Mythos*, p. 290. Eis uma tradução livre: "O dogma invoca / a necessidade mítica / por ele despertada / prontamente de volta à Razão".

coletiva alemã como está atualmente.”<sup>47</sup> No entanto, as listas de possíveis candidatos selecionados pelo Ministério Federal da Justiça para ocupar o Tribunal nos revelam algo diferente. Mais de cinco décadas antes da formulação citada de Grimm, algumas das indicações de figuras renomadas para a primeira composição do Tribunal – como Walter Strauß (1900–1976), o principal idealizador do desenho constitucional do Tribunal durante a *Herrenchiemsee Kovent* [Convenção Constitucional de Herrenchiemsee] e escolha pessoal de Adenauer para o cargo de presidente – recusaram as togas judiciais.<sup>48</sup> De fato, alguns daqueles que já haviam aceitado o cargo antes das vestes se tornarem veludo escarlate<sup>49</sup> ficaram frustrados diante da aparente reviravolta em suas carreiras, como Hermann Höpker-Aschoff (1883–1954), outrora Ministro das Finanças da Prússia durante a República de Weimar.<sup>50</sup> Mesmo após o início das atividades do Tribunal, à medida que a multiplicação de seus arquivos, volumes e livros desafiava cada vez mais os espaços apertados do Palácio Prinz Max, o apelo de Höpker-Aschoff por uma reforma junto à associação comercial proprietária do edifício foi recebido com um surpreendente não.<sup>51</sup> O que significavam as demandas da mais alta corte de justiça do país quando comparadas à integridade de um edifício histórico tão caro ao bom povo de Karlsruhe?

Obviamente, essa situação mudou. Tal mudança e a forma como aconteceu envolve formas de agir ainda não consideradas pela história do direito, em virtude de como a academia com frequência procede sob a premissa histórica e teoricamente enganosa de que constituições e adjudicação constitucional são soluções evidentes para problemas inerentes à modernidade. Assim, a questão se desloca de como esse esquema se tornou plausível na medida em que uma constituição e seu “mecanismo de autorregulação”, a adjudicação constitucional, conseguiram domar a realidade política. O fato de que o sucesso da adjudicação constitucional não era nada óbvio em seu início é algo que se manifesta na demora para a criação do Tribunal Constitucional. Em

---

<sup>47</sup> Grimm, *Constitutional History as an Integral Part of General History*, p. 21.

<sup>48</sup> Discuto isso mais adiante. É revelador que os estudos históricos sobre o estabelecimento e os primeiros anos do *Bundesverfassungsgericht* ignorarem o convite de Adenauer a Strauß, não obstante o fato, como explorado na próxima seção, de que o declínio de Strauß esclarece aspectos importantes da constelação política que marcou o início do Tribunal Constitucional Federal. A esse respeito, ver os trabalhos recentes de Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*; Collings, *Democracy's guardians*; Will, *Ephorale Verfassung*; mas também Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*; Billing, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*.

<sup>49</sup> O Tribunal Constitucional Federal adotou sua indumentária característica em 1963. Por razões de espaço, não poderei abordar esse importante procedimento aqui. Apesar de os especialistas terem recuperado o principal exemplo que inspirou as roupas novas dos juízes, a saber, o traje supostamente usado pelos magistrados florentinos entre os séculos XV e XVI, tais como ilustrados em um livro de figurinos do figurinista do teatro de Baden, eles não explicaram o porquê de tais roupas terem sido vistas como adequadas para representar o papel de um juiz constitucional. Possivelmente, as origens de tais considerações remontam à invenção de uma “tradição perdida” da adjudicação constitucional alemã, retrocedendo ao Schöppenstuhl, em Leipzig, e a sua decisão de 1559, em que o conselho de juízes leigos negou o cumprimento de uma ordem do Príncipe-eleitor August, e indo deste período até a assembleia constitucional de Paulskirche e seu epifenômeno no conflito constitucional de Kurhessen (1850). Sobre a inspiração para o traje, ver Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, p. 80; ver também Felz, *Die Historizität der Autorität oder: Des Verfassungsrichters neue Robe*, pp. 109-117.

<sup>50</sup> Sobre Hermann Höpker-Aschoff, ver Aders, *Die Utopie vom Staat über den Parteien*, p. 302.

<sup>51</sup> A esse respeito, ver a troca de cartas entre Hermann Höpker-Aschoff e a Associação de Comércio e Indústria de Karlsruhe, que era proprietária do Palácio Prinz Max, disponível em *Bundesarchiv*, B/134/21719.

retrospectiva, ofuscada por suas conquistas posteriores, a doutrina constitucional retrata com frequência o *Bundesverfassungsgericht* como o "último dos órgãos constitucionais".<sup>52</sup> Embora atualmente o destaque deste seu caráter tardio, de ter sido o "último", transmita diferentes nuances, como se as palavras proféticas tivessem se cumprido e, aparentemente, "o último tivesse se tornado o primeiro",<sup>53</sup> à época sua implementação tardia era motivo de angústia e melancolia. A primeira parte deste ensaio desenvolve essa questão, explorando as dificuldades em nomear o primeiro presidente do Tribunal Constitucional, a partir da documentação até então ignorada pela literatura a respeito das personalidades pensadas para liderar essa instituição sem precedentes.

É consenso entre seus críticos e defensores que o rádio foi um elemento fundamental na ascensão da jurisdição de Karlsruhe. Ao descreverem o papel do rádio nesse processo, ambos os grupos abordam a relação entre hiperconectividade, afetividade e estruturas sociais como ingredientes para sustentar a popularidade da adjudicação constitucional – o que representa, em última análise e de acordo com Urs Stäheli, sua existência comunicativa.<sup>54</sup> Seja pelo alívio de Dieter Grimm ao afirmar que "o fluxo eterno de processos assegura que o Tribunal esteja presente na mídia, tornando a Lei Fundamental experienciável para o público",<sup>55</sup> ou pela observação sarcástica de Matthias Jestaedt, para quem Karlsruhe é uma "jurisdição de radiodifusão",<sup>56</sup> ambas as formulações sugerem que, para entender como a adjudicação constitucional se tornou algo plausível, deve-se primeiro abordar não as decisões judiciais, mas como os juízes e outros atores colocaram a Corte e suas decisões de forma semelhante na esfera pública, como parte dela e para ela – por exemplo, por meio do rádio.

A racionalidade imanente, característica do rádio como meio de comunicação, é de grande importância. Pode-se apontar, por exemplo, a intimidade afetiva do rádio, assim como seu caráter massivo e generalizado, como algo que o estabelece enquanto meio de comunicação que impulsiona o uso de semânticas populares, familiares e consagradas. Pode-se argumentar que ambas as características – que têm sido teoricamente destacadas desde a disseminação do rádio como um meio de comunicação de massa<sup>57</sup> – foram profundamente intensificadas pelas conquistas tecnológicas obtidas durante a Segunda Guerra Mundial. Como Friedrich Kittler observou de forma perspicaz, a invenção da fita de áudio da Segunda Guerra Mundial trouxe força e movimento ao rádio, revolucionando a simulação de transmissões ao vivo e tornando-as até mesmo "automobilísticas".<sup>58</sup> Nesse viés, Kittler argumenta que o rádio envolve o público, promovendo a afetividade que transforma o consumidor em produtor, o receptor em transmissor.<sup>59</sup> Assim, a racionalidade intrínseca do rádio informa uma metáfora central empregada pela literatura do pós-guerra sobre a relação entre direito, política e legitimidade. Quando se torna possível escutar as palavras do presidente do Tribunal

<sup>52</sup> Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, p. 41.

<sup>53</sup> Mateus 20:16. Na tradução de Lutero: "So werden die Letzten die Ersten und die Ersten die Letzten sein" [Assim, os últimos serão os primeiros e os primeiros serão os últimos].

<sup>54</sup> Stäheli, *Spectacular speculations*, pp. 7-14.

<sup>55</sup> Grimm, *Das Bundesverfassungsgericht im Überblick in Verfassungsgerichtbarkeit*, pp. 27-28.

<sup>56</sup> Jestaedt, *Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht der Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, p. 191.

<sup>57</sup> ] A literatura a esse respeito é enorme. Para uma visão geral e inspiradora, ver, entre outras, as contribuições e a introdução ao seguinte volume: Holl (ed.), *Radiophonic Cultures*.

<sup>58</sup> Kittler, *Gramophone, Film, Typewriter*, pp. 107-108

<sup>59</sup> Kittler, *Gramophone, Film, Typewriter*, p. 81.

Constitucional Federal dentro de um automóvel em meio ao tráfego intenso, não apenas se percebe subitamente o grande abismo entre a realidade constitucional (o trânsito nas rodovias) e o domínio no qual a promessa da constituição exerce sua influência sobre a esfera política (o Tribunal Constitucional, o tráfego como indubitável consequência de políticas inconstitucionais), o Direito se torna um *Transmissionsriemen* [eixo de transmissão]. Por exemplo, nas palavras de Jürgen Habermas, "o Direito funciona como uma espécie de eixo de transmissão, sobre o qual as estruturas ingredientes aos contextos concretos de ação comunicativa são transpostas do reconhecimento mútuo entre conhecidos [*Angehörigen*] para a forma mais abstrata, porém vinculante, da interação anônima e sistematicamente mediada entre estranhos."<sup>60</sup> A seguir, abstenho-me de teorizar mais sobre esse enigma, voltando-me, em vez disso, *in medias res* nas segunda e terceira seções, para duas instâncias de transmissão como pontos centrais de uma multiplicidade de ações e eventos. Dessa forma, emprego essas considerações teóricas e suas consequências para entender as maneiras pelas quais Karlsruhe estabeleceu seu conjunto retórico, transformando a implausibilidade em evidência à medida que o último órgão constitucional se tornou o primeiro.

### **I. O aspecto tardio do último órgão constitucional: rivalidade partidária, compromissos e resistência diplomática diante da implausibilidade da adjudicação constitucional**

A inauguração do Tribunal Constitucional Federal ocorreu em 28 de setembro de 1951, quase um ano após a implantação do outro tribunal, "do outro lado da rua", isto é, o *Bundesgerichtshof* [Tribunal Federal de Justiça]. Desde então, a literatura já revelou uma multiplicidade de razões que explicam a demora em sua criação. De acordo com a reconstituição de Uwe Wesel, o Tribunal Constitucional se tornou a instituição mais atrasada a iniciar suas atividades na República de Bonn em virtude do conflito em torno da elaboração e promulgação de seu Estatuto organizacional – o *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* [BVerfGG], de 12 de março de 1951. Wesel enquadra de forma hábil a rivalidade entre o governo de Adenauer e a oposição, como se dependesse da diferença entre dois conceitos completamente metafóricos, isto é, *Gerichtshof* e *Verfassungsorgan* ["tribunal de justiça" e "órgão constitucional"]. Ambos os aspectos coexistem de forma elíptica no primeiro artigo do Estatuto: "O Tribunal Constitucional Federal é autônomo em relação a todos os outros órgãos constitucionais, um tribunal de justiça independente da Federação."<sup>61</sup> Assim estruturado, a história legislativa e sua redação definitiva ilustram, respectivamente, duas características importantes. Primeiro, o debate legislativo evidencia um padrão recorrente apontado por estudos de constitucionalismo comparado sobre a relação entre a rivalidade partidária e a adjudicação constitucional. Em segundo lugar, a elaboração elíptica do parágrafo reflete – por razões institucionais e culturais – a tendência à busca de consenso, característica da primeira fase da *Bundesrepublik*. Conforme reiteradamente formulado por Tom Ginsburg e outros,<sup>62</sup> presume-se que, uma vez estabelecida uma clara distinção entre

---

<sup>60</sup> Habermas, *Faktizität und Geltung*, pp. 662-663.

<sup>61</sup> República Federal Da Alemanha, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 1; Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, pp. 40-41.

<sup>62</sup> Ver, entre outros e mais recente, Dixon, Ginsburg, *Constitutions as political insurance: variants and limits*.

governo e oposição,<sup>63</sup> esta última advoga por um tribunal constitucional vigoroso, com a expectativa de ocupá-lo com membros partidários, a fim de opor-se à agenda do governo e de promover suas próprias agendas até as próximas eleições. Ao governo interessa, por sua vez, minar o campo de ação do Tribunal.

Assim, enquanto o *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* [Partido Social-Democrata da Alemanha (SPD)] brigava por um tribunal reduzido de quatorze membros, visando destacar a centralidade da personalidade de cada membro na arena da opinião pública – como evidenciado no apelo do partido pela possibilidade de votos divergentes, podendo intensificar e ampliar sua oposição –, a coalizão de Adenauer pressionava por uma organização maior, unificada e discreta. Na interpretação de Wesel, o SPD se inspirava na imagem da Suprema Corte dos EUA. Em contraste, o partido da União Democrata-Cristã (CDU) se apegava a uma concepção de adjudicação supostamente mais alinhada à tradição jurídica alemã. Compromisso encontrado: o governo assegurou dois Senados, ambos com doze juízes; a oposição garantiu a implementação da *Verfassungsbeschwerde* [reclamação constitucional]. De fato, a introdução desse recurso enfrentou resistência aberta da CDU durante a elaboração da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG), com o Ministério da Justiça e os representantes do partido defendendo uma suprema corte tradicional, dotada apenas de poderes de revisão.<sup>64</sup> Curiosamente, as regras procedimentais da reclamação constitucional aproximaram-na da "ação popular", expressamente rejeitada durante a elaboração da Constituição,<sup>65</sup> fato corroborado tanto por sua prática, incluindo sua notória "popularidade", quanto pelo fato de ter se tornado o fundamento para a tão criticada "ampla competência"<sup>66</sup> do Tribunal.

No entanto, por que o parlamento levou quase seis meses, de 12 de março até o início de setembro de 1951, para definir os vinte e quatro nomes da primeira geração do Tribunal? Aparentemente, não se tratava de uma barganha entre governo e oposição. Os dois Senados e a divisão de competências entre eles proporcionaram uma oportunidade para que ambos os lados se concentrassem no Senado que, na percepção de seus assessores jurídicos, apresentava ter as melhores perspectivas de desempenhar um papel decisivo nos assuntos políticos. Adolf Arndt e o SPD apostaram na reclamação constitucional, nos direitos fundamentais e, conseqüentemente, no Primeiro Senado. Por sua vez, a coalizão CDU-FDP – seguindo a expertise de Thomas Dehler e do principal

---

<sup>63</sup> Essa ressalva à "teoria do seguro político" segue a crítica de Christian Boulanger. Ver, a esse respeito, Boulanger, *Hüten, richten gründen*, p. 21 ("Muitas contribuições no campo de pesquisa sobre a adjudicação constitucional, como a teoria do 'seguro' de Tom Ginsburg, continuam a correr o risco de sucumbir a [um] argumento circular quando o estabelecimento de um tribunal constitucional é explicado sem maiores reflexões por sua 'função' de oferecer um 'seguro' às elites no caso de perder o poder sem provar empiricamente essas convicções por parte dos atores."). Minhas descobertas com relação ao *Bundesverfassungsgericht* confirmam a qualificação de Boulanger.

<sup>64</sup> Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, p. 39.

<sup>65</sup> Em outra oportunidade, traço o destino da reclamação constitucional durante a elaboração da Constituição. No entanto, os comentários de Hermann von Mangoldt à Lei Fundamental são altamente informativos, na medida em que Von Mangoldt se esforça para evitar tanto a visão de que a reclamação constitucional deve desempenhar um papel semelhante a uma "ação popular" quanto a avaliação da competência do Tribunal como "ampla" ou "abrangente". Ver Von Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*.

<sup>66</sup> Sobre essas duas características da reclamação constitucional, ver, entre outros, Marcel Kau, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, p. 73 e seguintes; ver também as contribuições para *Das entgrenzte Gericht*.

redator da BVerfGG, juiz do *Bundesgerichtshof* e posteriormente membro do Segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* – direcionou suas energias para o Segundo Senado, apostando na incisividade das controvérsias entre órgãos constitucionais.<sup>67</sup> Essa diferença traduziu-se nos esforços divididos do SPD e da CDU/FDP em designar, respectivamente, para o Primeiro e Segundo Senados, juízes de inclinação política correspondente – algo enquadrado e até denunciado pela imprensa em termos de senados “vermelho” e “negro”.<sup>68</sup> Assim, considerando a ausência de conflito partidário e à luz das fontes disponíveis, o atraso decorre mais da falta de interesse que o cargo de juiz constitucional despertava em muitos dos que foram escolhidos para tal posição.<sup>69</sup>

Como mencionado anteriormente, Walter Strauß representa um exemplo importante para colocar essa hipótese à prova. Embora pesquisas acadêmicas já tenham reconstruído todo o processo de nomeação, identificando as personalidades consideradas antes do consenso se voltar para Hermann Höpker-Aschoff, é curioso que o nome de Strauß tenha sido ignorado.<sup>70</sup> A primeira opção, Joseph Beyerle (1881–1963), membro da CDU e então Ministro da Justiça de Württemberg-Baden, demonstrou interesse, mas declinou por razões de saúde. Apesar da objeção de Willi Geiger, a segunda opção, também um jurista político da CDU, Gebhard Müller (1900–1990), que posteriormente se tornou presidente do Tribunal, e que na época era “Ministro-Presidente” de Württemberg-Hohenzollern, respondeu que aceitaria o cargo de bom grado, desde que sua nomeação fosse adiada em virtude de suas obrigações com os estados do sudoeste da Alemanha. Não obstante o fato de o Tribunal ter proferido sua primeira deliberação precisamente sobre essa questão, conforme será abordado posteriormente, os aliados de Müller e seu círculo político consideravam que seus serviços eram mais valiosos como líder de Württemberg-Hohenzollern do que como membro do Tribunal Constitucional. Em meados de junho, diante da impossibilidade de adiar sua nomeação, Müller retirou sua candidatura. Paralelamente, Rudolf Katz (1895–1961), político do SPD e judeu exilado nos EUA após a ascensão de Hitler ao poder, foi nomeado vice-presidente do Tribunal. Como aponta a academia, as ações de Müller abriram espaço para que o Ministro da Justiça, Thomas Deller, pressionasse por um nome pertencente ao FDP, Hermann Höpker-Aschoff. É revelador que, enquanto o nome de Höpker-Aschoff foi bem recebido pelo FDP e SPD, os correligionários de Adenauer tenham ficado indignados e surpresos com a facilidade com que o chanceler confiou a presidência do Tribunal a alguém de fora do partido. De fato, no que diz respeito ao cerne de nosso tema, a própria Igreja Católica contactou Adenauer para manifestar suas preocupações. Nas palavras do chefe do “*Katholischen Büros*” em Bonn,

---

<sup>67</sup>Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, p. 40 e seguintes.

<sup>68</sup> Ver, por exemplo, Bundesarchiv, B136/4436, *Deutsche Zeitung*, *In der Hand der Verfassungsrichter: Spekulationen über den "roten" und den "schwarzen" Senat*, 11 de junho de 1952.

<sup>69</sup> Uma exceção importante que me abstenho de discutir em detalhes por razões de espaço é Friedrich August Freiherr von der Heydte. Von der Heydte escreveu em 1945 um livro intitulado *Das Weiß-Blau-Buch zur deutschen Bundesverfassung*. Após a promulgação da Lei Fundamental, Von der Heydte ampliou o trabalho, acrescentando uma discussão sobre os artigos do documento. A forte crítica de Von der Heydte à Lei Fundamental se baseia em fundamentos confessionais e políticos, merecendo uma análise cuidadosa. No entanto, essa publicação motivou a rejeição de seu nome pelo Ministério da Justiça Federal. Do ponto de vista do Ministério, para colocar em termos um tanto anacrônicos, Von der Heydte não tinha a necessária “*Wille zur Verfassung*” [vontade de Constituição]. Ver Bundesarchiv, B136/4436, *Der Bundesminister der Justiz an den Herrn Staatssekretär im Bundeskanzleramt*, 25 de junho de 1951.

<sup>70</sup> Ver a literatura listada na nota de rodapé 45.

em uma carta endereçada a Adenauer, visto que um presidente compartilhava “a visão de mundo do liberalismo” (Höpker-Aschoff) e o outro a do “socialismo” (Katz), o Prelado Wilhelm Böhrer (1891–1958) só podia esperar que o chanceler empregasse sua “grande influência” para garantir outra configuração de acordo com as “parcelas cristãs da população”.<sup>71</sup> Ter em mente a necessidade de satisfazer o “*christlichen Volksteil*” [parcela cristã da população] – sem dúvida, um eufemismo nos primórdios da *Bundesrepublik* – é fundamental para entender a incisividade dos elementos cristãos na formação do conjunto retórico do Tribunal, como fica evidente nos dois episódios discutidos a seguir, nos quais Höpker-Aschoff desempenha um papel proeminente.

No entanto, Adenauer optou por desconsiderar as exigências de seus aliados próximos, tanto da União Cristã quanto dos eclesiais. O aparente “pouco interesse pessoal do chanceler pelo Tribunal”,<sup>72</sup> que supostamente explicaria sua liberalidade em utilizar o cargo de presidente do Tribunal para apaziguar seus parceiros de coalizão do FDP, pode ser mais bem elucidado à luz de sua oferta prévia a Walter Strauß e a resposta do secretário de Estado. Strauß foi membro da comissão responsável pela elaboração do capítulo sobre adjudicação da Lei Fundamental e um dos redatores dos artigos referentes ao próprio Tribunal Constitucional Federal, além de ter sido um dos principais juristas da CDU e Secretário de Estado no Ministério da Justiça. De ascendência judaica, Strauß recusou o exílio, sobrevivendo ao regime nazista escondido no interior do país a um grande custo pessoal – seus pais foram assassinados no Gueto de Theresienstadt. Além disso, Strauß era protestante, conhecido e respeitado pelas lideranças eclesiais tanto da Igreja Católica quanto da Evangélica.<sup>73</sup> Portanto, Strauß era uma escolha natural.

Adenauer abordou Strauß após a recusa de Beyerle no início de maio, e antes que a comissão parlamentar chegasse a um consenso sobre Müller em meados de junho. A carta data de 4 de junho de 1951. Adenauer informou seu aliado de confiança no Ministério da Justiça que, nos últimos dias, o governo havia tratado da questão dos cargos judiciais no Tribunal Constitucional Federal, principalmente no que dizia respeito às pessoas que poderiam ocupar os cargos de presidente e vice-presidente. “Esse círculo de pessoas não é grande. Minha sugestão de que você se disponibilizasse para o cargo de presidente foi recebida com unanimidade pelo gabinete. O governo federal certamente não tem influência determinante na eleição, mas se empenharia em assegurar a sua escolha.” Solicitando uma resposta de Strauß, Adenauer concluiu sua comunicação afirmando que, por um lado, lamentaria perdê-lo como secretário de Estado no Ministério da Justiça, mas “por outro lado, acreditava que o Tribunal Constitucional Federal adquirirá maior importância e, portanto, o desejo de mantê-lo [Strauß] em uma posição de liderança no governo federal deve ser relegado a segundo plano.”<sup>74</sup>

Curiosamente, a “história da origem” [*Entstehungsgeschichte*] da BVerfGG pode elucidar porque Walter Strauß rejeitou a oferta de Adenauer. Como mencionado anteriormente, ainda que um compromisso tenha permitido que o estatuto viesse à luz, seus princípios foram gestados no Ministério da Justiça – mas não por seu *Staatssekretär* [Secretário de Estado]. Strauß era a escolha de Adenauer. Por isso, Thomas Dehler designou

<sup>71</sup> Partes dessa carta estão disponíveis e são discutidas em Wengst, *Staatsaufbau und Regierungspraxis 1948–1953*, p. 237, nota 66.

<sup>72</sup> Collins, *Democracy's Guardians*, p. 7.

<sup>73</sup> Ver Utz, *Preuße, Protestant, Pragmatiker*, 2003. Utz também não menciona que Strauß foi escolhido para o Tribunal Constitucional Federal.

<sup>74</sup> Bundesarchiv, B136, 4436, Konrad Adenauer para Walter Strauß, 4 de junho de 1951.

Willi Geiger (1909–1994) como consultor pessoal. Geiger atuou como secretário *de facto* de Dehler em circunstâncias que atendiam aos interesses políticos do Ministro. Desta forma, Geiger emergiu não só como um dos principais idealizadores do estatuto formulado, como também publicou o primeiro comentário a seu respeito,<sup>75</sup> passo decisivo para consolidar sua posição privilegiada e a de Dehler na interpretação e recepção adjudicativa do estatuto. Quiçá, para além do mero jogo da política partidária, a iniciativa de enfraquecer o papel esperado do Tribunal se alinhava com a ambição de Dehler de estruturar o Ministério da Justiça como o “guardião da Constituição” da *Bundesrepublik*. Na perspectiva de Dehler, o *Justizministerium* deveria ser configurado tanto como um *Rechtsministerium* [Ministério do Direito] quanto como um *Verfassungsministerium* [Ministério da Constituição]. Nas palavras do historiador constitucional Martin Will, Dehler acreditava que o Ministério da Justiça deveria “supervisionar a legalidade e a constitucionalidade de todos os atos da autoridade estatal”.<sup>76</sup> Como se pode ler na ata de uma das primeiras reuniões do comitê do Ministério para assuntos jurídicos e de Direito Constitucional, “[...] é o empenho pessoal [de Dehler] assegurar ao Ministério da Justiça a interpretação da Constituição como campo de trabalho; [Dehler] deseja ser o guardião da Constituição”.<sup>77</sup>

Para a contemporaneidade, pode parecer absurdo que um ministro da justiça outrora tivesse como sua “*persönliches Bestreben*” [aspiração pessoal] ser o *Hüter der Verfassung* [guardião da Constituição]. No entanto, basta considerar as nuances entrelaçadas na trama dessa figura para entender a plausibilidade do objetivo de Dehler no início dos anos 1950. É verdade que, durante o Conselho Parlamentar, muitos de seus membros estavam convencidos de que a tarefa deveria recair sobre um tribunal constitucional. De fato, Walter Strauß era um deles. Além disso, Strauß argumentou expressamente que “a autoridade” detida por um tribunal concebido e ocupado de maneira semelhante à tradição alemã era “de magnitude insuficiente”, principalmente quando comparada à da Suprema Corte dos EUA, exigindo, portanto, um órgão judicial reduzido que pudesse contribuir decisivamente para estruturar “a vida do Estado” e a “consciência jurídica”.<sup>78</sup> No entanto, o apelo de Strauß por um distanciamento da “tradição alemã de adjudicação” provocou tumulto entre outros representantes, principalmente os de seu próprio partido.<sup>79</sup> Assim, pode-se aventar que para a “parcela cristã do povo”, ter um ministro como o “guardião da Constituição” soava menos absurdo do que vestir juízes com os antigos trajes imperiais.

Nesse mesmo viés, em sua monografia sobre a influência da Suprema Corte dos EUA na formação do *Bundesverfassungsgericht*, Marcel Kau argumentou que os membros do Conselho Parlamentar ainda estavam profundamente apegados, “consciente ou inconscientemente”,<sup>80</sup> a um entendimento sobre a diferença entre direito e política que poderia ser melhor apreendida por uma declaração de Otto von Bismarck. Nas palavras de Von Bismarck: “se [...] um tribunal fosse chamado [...] a decidir se a Constituição foi violada ou não, isso implicaria atribuir ao juiz a autoridade do legislador; [o juiz] seria

---

<sup>75</sup> Ver Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Kommentar*.

<sup>76</sup> Will, *Ephorale Verfassung*, p. 150.

<sup>77</sup> Nachlass W. Strauss, *Anlage 1 zum Protokoll 9. Sitz. (09.01.1950) Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht*, IfZ ED 94, Bd. 155, Bl. 2 *apud* Will, *Ephorale Verfassung*, p. 151, nota 120.

<sup>78</sup> Strauss, *Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit*, p. 28.

<sup>79</sup> Ironicamente, pode-se dizer que, enquanto os acadêmicos discutem até hoje se os transplantes legais são possíveis ou não, os políticos alemães estavam certos de sua impossibilidade décadas antes.

<sup>80</sup> KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, pp. 128-129.

instado a realizar uma interpretação autêntica da Constituição ou a complementá-la substancialmente.”<sup>81</sup> Essa é uma breve citação de um de seus discursos políticos, datado de 1863, que remonta aos desdobramentos colaterais do fracasso da revolução burguesa alemã. Os discursos de Von Bismarck foram editados no final do século XIX, após sua demissão do cargo de *Reichskanzler* [Chanceler do Reich]. Consequentemente, seus discursos foram amplamente disponibilizados à medida que a mitologização do ex-chanceler se tornou um empreendimento constante.<sup>82</sup> Isso conferiu às suas declarações uma contundência de caráter mítico, assim como uma valência aforística, ambas confirmando e sustentando a engenhosa interpretação de Kau.



Figura 1- Siegmund von Suchodolski, *Unser Vaterland*, Reproduktion in *Der Türmer*, v. 17, n. 2 (1914/15).

O desenho foi encomendado pela revista para uma edição dedicada à memória de Bismarck. Pode-se argumentar que ele capta com precisão o "inconsciente ótico" subjacente ao "ícone" do *Hüter der Verfassung* [Guardião da Constituição].

<sup>81</sup> Von Bismarck, *Rede vor dem Preußischen Landtag*, 22. April 1863 apud Kau, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, p. 130, nota 424.

<sup>82</sup> Parr, "Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust". *Strukturen und Funktionen der Mythisierung Bismarcks* (1860-1918).

Em outro artigo, explorei como o esplendor do “*Eisenkanzler*” [Chanceler de Ferro] foi fundamental para conceber a teologia política como um conjunto retórico capaz de estruturar a comunicação da doutrina constitucional,<sup>83</sup> principalmente no que diz respeito àquilo que se tornou um de seus ícones mais duradouros (Figura 1),<sup>84</sup> isto é, o conceito metafórico do *Hüter der Verfassung* [guardião da Constituição]. Por limitações de espaço, é inviável reconstruir aqui a cadeia de recepção que começa com Rudolf von Gneist, passa por referências históricas como Paul Laband e Friedrich Naumann, até chegar ao nome de Carl Schmitt.<sup>85</sup> No entanto, por meio desse processo, primeiramente os juízes de Gneist como *Wächter der Verfassung* [vigilantes da Constituição] se metamorfoseiam no imperador de Laband como o único *Hüter der Verfassung* [guardião da Constituição]. Em seguida, com o colapso do *Kaiserreich* [do império alemão] deixando vazia a posição do imperador como símbolo de unidade, Naumann – um destacado pastor protestante, publicista e membro da Assembleia Constituinte de 1918–1919 – sugeriu que os direitos fundamentais e os juízes deveriam ocupar esse lugar. Contudo, havia sobre o cargo muitas expectativas e esperanças de que um presidente igualmente militarizado, cujo próprio mito fazia de Von Bismarck a prefiguração de Von Hindenburg, poderia supostamente atender e cumprir melhor a tarefa. No geral, percebe-se que esse conceito metafórico estava imbuído de expectativas e esperanças que tornavam desafiador, para dizer o mínimo, que um juiz se comportasse e fosse visto como tal. Em suma, como Strauß havia declarado durante a elaboração da Constituição, e Dehler certamente sabia, manter-se fiel ao estilo tradicional da magistratura implicava que seria mais fácil um ministro ser reconhecido como guardião da Constituição do que um colegiado de juízes. Assim, só se pode entender plenamente a explosão de Dehler durante a controvérsia sobre a *Statusfrage* [a questão do status] quando se tem em mente a luta em torno das esperanças e expectativas associadas à “guarda” da Constituição.

A resposta de Strauß a Adenauer prova que o êxito de Dehler era o principal motivo para sua recusa. A resposta chegou dois dias depois, em 6 de junho de 1951. Em sua carta de recusa, após afirmar que vira todo o curso de sua vida encontrar seu “objetivo” e sua “realização” nos trabalhos do Tribunal Constitucional Federal, Strauß enfatizou que “o direito deu ao Tribunal Constitucional uma configuração que causará muitas dificuldades em sua aplicação prática”.<sup>86</sup> Essas questões, continuou Strauß, exigiam, “além de sua experiência”, a realização de um “incondicional e necessário espírito de completa independência de qualquer tipo de vínculo político-partidário”, e que isso só poderia ser alcançado estabelecendo “um ambiente genuinamente judicial”, garantindo assim a unidade do colegiado judicial.

No entanto, com base em sua experiência em Hamburgo e no Conselho Econômico da Área Econômica Unificada da Alemanha, Strauß percebeu que não o agradava a perspectiva de ser subordinado a outrem em uma instituição que considerava seu destino. Considerando o contexto anterior, há uma ausência eloquente na queixa de Strauß, isto é,

---

<sup>83</sup> Discuto isso em um próximo livro, *The Book of Judges* [O Livro dos Juízes].

<sup>84</sup> Agradeço a João Bachur por essa formulação.

<sup>85</sup> Ver, entre outros, Von Gneist, *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?* 1863; Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* v. 2, p. 46; Naumann, *Versuch volkverständlicher Grundrechte*, pp. 573 e seguintes.

<sup>86</sup> Bundesarchiv, B136, 4436, Walter Strauß para Konrad Adenauer, 6 de junho de 1951.

sua provação como *Staatssekretär* de Dehler no *Justizministerium*.<sup>87</sup> Caso contrário, nem a formulação ambígua e lacônica de Strauß nem sua recusa fariam sentido. Em suas palavras, em virtude do que vivenciara em Hamburgo e na *Vereinigten Wirtschaftsgebiet* [Área Econômica Unificada], "seria simplesmente demasiado difícil subordinar-me, neste aspecto, às opiniões divergentes de presidentes-chefes superiores". No entanto, Adenauer havia expressamente afirmado que, caso Strauß apresentasse sua candidatura, o governo asseguraria sua nomeação como presidente do Tribunal. De fato, Strauß compartilhava em grande parte a visão do SPD para o Tribunal Constitucional, algo que remontava à sua dupla colaboração com Georg August Zinn (1901–1976) nos comitês de adjudicação e na redação final durante o Conselho Parlamentar.<sup>88</sup> Assim, não seria difícil promover seu nome junto à oposição. E mesmo se as negociações políticas acabassem por rebaixá-lo ao cargo de juiz ordinário, isso não parece ser um motivo convincente para rejeitar o que ele próprio declarava ser a "vocaçãõ de sua vida".<sup>89</sup> A recusa de Strauß beira o absurdo, exceto se considerarmos "*mir hierin übergeordneten Chefpräsidenten*" [presidente-chefe superior a mim] como referência a ninguém menos que Thomas Dehler e Willi Geiger. Walter Strauß não poderia imaginar a liberdade que Rudolf Katz e Gerhard Leibholz conquistariam um ano e meio mais tarde, escapando completamente do controle que o Ministério da Justiça exercia sobre o Tribunal Constitucional. Como discutido adiante, o erro de cálculo de Dehler após a derrota chegou ao ponto de romper a amizade do Ministro com o primeiro presidente do Tribunal, Hermann Höpker-Aschoff, que condenou publicamente o ataque do primeiro à reputação do Tribunal, e posteriormente solicitou a Adenauer, em nome do Tribunal, o impedimento da renomeação de Dehler. Na época, Strauß via a vitória de Dehler como definitiva, algo que possivelmente causou forte impressão em Adenauer, afetando assim seu julgamento sobre as perspectivas de o Tribunal adquirir alguma relevância em relação ao campo político. A organização final do Tribunal distanciou-se completamente do que o secretário de Estado vislumbrava como necessário durante o processo de elaboração da Constituição. A probabilidade da insignificância do Tribunal e a implausibilidade da adjudicação constitucional aos olhos dos poucos aptos a formar sua geração pioneira contribuíram para seu estabelecimento tardio, gerando uma situação bastante inusitada. O Tribunal teve que julgar seu primeiro caso antes de sua cerimônia de inauguração.

## II. Delineando fronteiras entre os servos e os senhores da lei: a primeira decisão de Karlsruhe e sua inauguração

O descompasso entre julgamento e inauguração evoca um aspecto enfatizado com frequência pelos estudiosos do Direito Constitucional: o tempo do direito não é o mesmo

<sup>87</sup> Sobre a relação entre Strauß e Dehler, ver Utz, *Preuße, Protestant, Pragmatiker*, pp. 313–317.

<sup>88</sup> Utz, *Preuße, Protestant, Pragmatiker*, pp. 248–288.

<sup>89</sup> De forma reveladora, sobrevivendo como secretário de estado no Ministério da Justiça Federal após cinco mudanças de liderança, Strauß foi finalmente demitido na esteira do Caso Spiegel, após o que assumiu o cargo de juiz do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Embora se possa argumentar que Strauß simplesmente aproveitou a próxima oportunidade que lhe foi apresentada devido às circunstâncias que levaram à sua demissão do Ministério da Justiça, acredito que isso confirma ainda mais que suas dúvidas tinham raízes no aparente sucesso de Dehler em se tornar o guardião da constituição da *Bundesrepublik*. É interessante notar que, como Strauß foi nomeado para o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em 1963, ele participou da composição que decidiu o caso histórico Costa contra Enel.

tempo da política. Um dos argumentos que Carl Schmitt apresentou contra a capacidade da adjudicação constitucional de salvaguardar uma constituição centrava-se precisamente na postura meticulosa, porém vagarosa, da justiça.<sup>90</sup> De fato, em consonância com essa característica, é incomum que os tribunais reconheçam expressamente a diferença de ritmo fora de seu universo processual.<sup>91</sup> É ainda mais excepcional que um tribunal o faça ao condenar a manipulação temporal oriunda do oportunismo político na busca por consensos ocasionais que possam fundamentar a tomada de decisões. Ao adotar essa abordagem, o Tribunal transformou seu estabelecimento tardio em uma oportunidade para desenvolver a estruturação de suas comunicações em relação a seu ambiente político. Não é mera coincidência que a primeira decisão tomada por Karlsruhe, mera decisão processual de suspensão do curso dos eventos até ter a chance – dado seu início tardio reconhecido judicialmente – de se manifestar a respeito, o Tribunal tenha aproveitado a oportunidade para avaliar a ação política e considerá-la insuficiente:

Além disso, o estatuto referente ao Tribunal Constitucional Federal contém determinações vinculantes sobre a formalidade do procedimento, cuja observância demanda certo tempo. O Tribunal Constitucional Federal não pode entregar a tempo a deliberação relativa às questões principais do caso antes de 16 de setembro de 1951, data estabelecida pelo Ministro do Interior da Alemanha para o dia da votação. O Tribunal Constitucional Federal foi constituído pelo Estatuto de 12 de março de 1951, em vigor desde 17 de abril de 1951. Os juízes foram escolhidos tão tardiamente que o Tribunal só pôde iniciar suas atividades em 8 de setembro de 1951. [...] Se o legislador pudesse prever que o Tribunal Constitucional Federal se reuniria pela primeira vez oito dias antes do prazo estabelecido, o Ministro do Interior da Alemanha teria dimensionado o prazo de outra forma. O legislador gostaria de ter conseguido proporcionar aos participantes uma deliberação do Tribunal Constitucional Federal antes do dia da votação. Um sufrágio conduzido com base em um Estatuto, cuja validade jurídica é veementemente questionada pela opinião pública e cuja constitucionalidade é objeto de um procedimento perante o Tribunal Constitucional Federal, poderia confundir os eleitores e, conseqüentemente, até anular os resultados.<sup>92</sup>

Em virtude da pressão da opinião pública e sua manifestação na pauta do Tribunal, a política deve pausar até que o direito seja submetido à deliberação. De fato, o futuro de três estados (Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern) e suas respectivas populações devem aguardar.<sup>93</sup> Do ponto de vista doutrinário, a "*Beschluß v. 9 Setembro de 1951 (BVerfGE 1 1-3)*" distingue-se das outras decisões reunidas no primeiro volume dos registros jurídicos do *Bundesverfassungsgericht*. Como a primeira página do volume laconicamente nos informa, o registro é organizado pelos membros do Tribunal – "*Herausgeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts*".<sup>94</sup> Certamente é algo fictício, já que os registros jurídicos emergem do trabalho coletivo de

<sup>90</sup> Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, p. 33.

<sup>91</sup> Sobre esse motivo, sua materialização e metaforização, ver Vismann, *Medien der Rechtsprechung*, pp. 56, 103-104, 148-149.

<sup>92</sup> República Federal Da Alemanha, *Beschluß des Zweiten Senats vom 9. September 1951*, BVerfGE 1, 1, pp. 1-2.

<sup>93</sup> Para uma visão geral das circunstâncias políticas que pressionaram a decisão, ver Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*. Ver também *Hüten, richten gründen*, pp. 90-93.

<sup>94</sup> Bundesverfassungsgericht, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, v. 1.

figuras secundárias como assistentes e secretários.<sup>95</sup> Isso lembra ao leitor que nem todas as decisões tomadas pelo Tribunal foram inseridas nas famosas edições de capa cinza da Mohr Siebeck.<sup>96</sup> Consequentemente, é bastante significativo que aqueles que supervisionam a edição dos julgados tenham decidido, por fim, que uma *Zwischenentscheidung* [uma decisão interlocutória] menos relevante da perspectiva doutrinária, mas política e cronologicamente bastante significativa, devesse ter lugar de destaque.

Precisamente em razão das tensões envolvidas na paralisação da política, no seu elogio aos trabalhos da adjudicação constitucional, Dieter Grimm lembra seus leitores que os principais destinatários de um tribunal constitucional são outros “órgãos constitucionais”.<sup>97</sup> Quando o primeiro presidente de Karlsruhe, Hermann Höpker-Aschoff, dirigiu-se aos políticos presentes na inauguração do Tribunal em 28 de setembro de 1951, como Uwe Wesel destacou, não era de todo certo se a corte deveria ser considerada como seu par, isto é, como um “órgão constitucional” com o mesmo status. No entanto, como visto anteriormente, aquelas mesmas personalidades que encarnavam os “altos organismos” do governo e do parlamento, como o Ministro do Interior, tinham sido censuradas durante a cerimônia por sua “natureza política” apenas algumas semanas antes. O discurso de Höpker-Aschoff não apenas foi publicado em uma revista jurídica logo depois,<sup>98</sup> como também foi gravado e reproduzido posteriormente em várias ocasiões, por exemplo, na conclusão da sede definitiva do Tribunal no final dos anos 1960. Aprofundando o argumento que o Tribunal havia apresentado anteriormente a respeito dos requisitos processuais e do tempo do direito, Höpker-Aschoff se aventurou a expor para o público como a Corte concebia sua relação com a política (Figura 2):

O legislador, povo ou soberano, é o servo da lei, se ela for válida. Ele é senhor da lei, pois cria direito novo, mesmo assim, ainda é um servo, porque ao criar direito novo, ele deve servir à justiça. Nós, juízes do Tribunal Constitucional Federal, também somos servos do direito e somos obrigados a nos submeter à lei. Além disso, a lei fundamental também sujeita o legislador à nossa adjudicação ao nos designar a tarefa de verificar se a lei está de acordo com a Lei Fundamental. Pode-se ficar aterrorizado diante do peso da responsabilidade que recai sobre nossos ombros. Os limites devem ser traçados. Pode-se dizer: *fiat justitia, pereat mundus*, mas isso equivaleria a um juiz terrível, que não leva em consideração as consequências de sua decisão. Isso vale principalmente para o juiz do Tribunal Constitucional Federal, cujas decisões são jurídicas, mas podem ter consequências de longo alcance. O Tribunal Constitucional Federal deve manter-se ciente das implicações políticas de suas decisões, o que exige uma análise minuciosa de suas decisões jurídicas. É imperativo enfrentar a questão de se as decisões do Tribunal poderiam conduzir a um estado de anomia, representando assim uma ameaça à ordem fundamental democrática e liberal do Estado.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Com relação ao mundo da chancelaria e sua proximidade com o reino dos anjos, ver Vlismann, *Akten*, pp. 147-153.

<sup>96</sup> Ver Knappenberger-Jans, *Verlagspolitik und Wissenschaft*, especialmente a discussão do autor sobre a orientação confessional da editora.

<sup>97</sup> Grimm, *Das Bundesverfassungsgericht im Überblick in Verfassungsgerichtbarkeit*, p. 15.

<sup>98</sup> N.N., *Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts*, pp. 791 e seguintes.

<sup>99</sup> bundesarchiv, B/N1334, *Süddeutscher Rundfunk, Studio Karlsruhe, Sendung am 4. Mai 1969, Verfassungskontrolle - Hilfe oder Hindernis für den Gesetzgeber. Eine Sendung über das Bundesverfassungsgericht von Erhard Becker (Abschrift des Sende-Bands)*.



Figura 2 - Hermann Höpker-Aschoff em seu discurso inaugural, em 28 de setembro de 1951. Disponível em <https://www.deutschlandfunk.de/70-jahre-bundesverfassungsgericht-unermuedlicher-einsatz-100.html>

Não se deve encarar esse parágrafo como mera expressão de artifícios retóricos e lugares-comuns. Com base no argumento sagaz de Hans Blumenberg, ignorar o efeito dos recursos retóricos não faz justiça a uma "situação trivial". Isso significa que qualquer tentativa de mudança deve considerar o público, "e antes que [qualquer ação] possa obter sua aprovação, ela deve superar o limiar da plausibilidade primária de sua argumentação".<sup>100</sup> Isso é ainda mais necessário quando o sucesso depende de atrair o fascínio das massas, ou seja, quando a plausibilidade está atrelada à popularidade. Além disso, o desvio pelo caminho do que é familiar e consagrado dificilmente é algo exigido apenas pelo público leigo, na medida em que tais figuras são igualmente fundamentais para adaptar a semântica tecnicizada da, por assim dizer, "razão constitucional" às consciências demasiadamente humanas de seus especialistas. Até mesmo os juristas – ou, melhor dizendo, principalmente os juristas – precisam recorrer a metáforas e imagens para transmitir uma ideia a si mesmos e a quem mais compartilha de seu ofício.

Tanto semântica quanto subsemanticamente, o discurso de Höpker-Aschoff funciona como um sermão protestante. Uma das minhas principais fontes para seu discurso consiste na transcrição de uma gravação reproduzida anos mais tarde durante uma transmissão radiofônica.<sup>101</sup> A disponibilidade e materialidade da fonte evidenciam o sucesso do discurso, constituindo um indício importante da praxeografia do juiz, de sua recepção e, doravante, do conjunto retórico que ele contribuiu para estruturar. Höpker-Aschoff apresenta seu argumento por meio de aliterações e repetições apreciadas tanto por pastores quanto sacerdotes, tecendo a trama de seu discurso por meio de termos centrais como servos, senhores, lei, direito e decisões. Além disso, esses mesmos termos, por um lado, aludem ao "protestantismo de conotação puritana" de Höpker-

<sup>100</sup> Blumenberg, *Die Genesis der kopernikanischen Welt*, p. 583.

<sup>101</sup> Ver nota de rodapé 99.

Aschoff<sup>102</sup> e, por outro, à sua aposta nas perspectivas de sucesso da combinação entre fé e política, que impulsionava a “democratização” da Alemanha Ocidental no pós-guerra.<sup>103</sup> Nessas circunstâncias, lugares-comuns como “o peso da responsabilidade sobre nossos ombros” ressoam com o clamor onipresente de como a Alemanha necessitava de uma *Verantwortungsbewußtsein* [um “senso de responsabilidade”], uma pedra angular do protestantismo liberal.<sup>104</sup> Nessa mesma linha, deve-se considerar o jogo que sustenta a série de inversões relativas aos senhores e servos da lei.

### *1. A metáfora absoluta de senhorio e servidão, o índice histórico de sua interpretação cristã (alemã) e seu emprego retórico na performance de Höpker-Aschoff*

Mais relevante do que o fato de Höpker-Aschoff designar aqui o que alguns teóricos constitucionais formulariam de bom grado como “o paradoxo da soberania”,<sup>105</sup> é a forma pela qual o enquadramento desse paradoxo através de uma tropologia teologicamente enraizada abre espaço para encenar a adjudicação constitucional como resposta a esse enigma, desdobrando assim a racionalidade imanente convocada por instrumentalizações e reocupações anteriores. Poder-se-ia explicar o índice histórico de tal tropologia em termos político-teológicos, argumentando que o paradoxo da soberania equivale à sua ornamentação cristã, revelando a dívida da modernidade para com o cristianismo, confluindo assim as várias entradas desse índice em uma substância duradoura. Aqui, adoto uma abordagem diferente.

É decerto importante o fato de o esquema utilizado por Höpker-Aschoff encontrar uma articulação proeminente nas cartas de Paulo. Considere-se, por exemplo, a Carta aos Filipenses, na qual se lê que “deve-se dispor como Jesus Cristo: apesar de sua natureza divina, não considerou que ser igual a Deus fosse algo a que se apegar, mas esvaziou-se a si mesmo, assumindo a forma de servo”.<sup>106</sup> Ao mesmo tempo, lê-se na carta aos Romanos, 6:15, que ao ser libertado da escravidão do pecado imposta pela lei, entra-se na servidão da justiça, cumprindo assim a lei.<sup>107</sup> Igualmente importante é 1 Coríntios 7:21, onde Paulo afirma que quem foi chamado como escravo não deve se preocupar, pois quem vem ao Senhor como escravo é livre, e quem é chamado como livre torna-se escravo de Cristo. A inversão do mais alto para o mais baixo e vice-versa é um grande motivo, não exclusivo, mas ainda assim essencial à tropologia do cristianismo, que obviamente lhe acrescentou um viés fiel e dogmático. Não apenas serve para delinear um programa disciplinar em Filipenses 2: 5-11 e Romanos 6:15, mas ressoa em 1 Coríntios 7:21 para uma ocasião excepcional e celebrativa presente na Antiguidade Tardia Helenística – quando escravos se tornam senhores e senhores se tornam escravos por

---

<sup>102</sup> Sobre esse perfil de Höpker-Aschoff, ver Heuss, *Abschied von Hermann Höpker-Aschoff*, p. 97.

Sobre o histórico religioso de Höpker-Aschoff, ver Aders, *Die Utopie vom Staat über den Parteien*.

<sup>103</sup> Springhart, *Aufbrüche zu neuen Ufern*; ver também Leininger (ed.) *Religiöse Akteure in Demokratisierungsprozessen*.

<sup>104</sup> Sobre essa conexão, ver as contribuições em Albrecht, Anselm (eds.), *Aus Verantwortung. Der Protestantismus in den Arenen des Politischen*.

<sup>105</sup> A título de exemplo e de forma ilustrativa, ver Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*.

<sup>106</sup> Na tradução de Lutero: “*Ein jeglicher sei gesinnt, wie Jesus Christus auch war: welcher, ob er wohl in göttlicher Gestalt war, hielt er's nicht für einen Raub, Gott gleich sein, sondern entäußerte sich selbst und nahm Knechtsgestalt an*”.

<sup>107</sup> Krajewski, *Der Diener*, p. 45 e seguintes. Sou grato a Fabian Steinhauer por essa referência.

um breve momento –, levando-a para uma valência mais permanente, ainda que ambivalente e séria, alinhada com o que posteriormente se revela como a natureza dupla e dogmática do Deus encarnado. Discernir mais profundamente suas várias camadas de significado é uma tarefa tão impossível quanto identificar todas as suas funções – ou para tomar emprestada outra vez a expressão mais apropriada de Cornelia Vismann, “desdobramentos retóricos” (*rhetorical deployments*) –,<sup>108</sup> principalmente quando se volta às parataxes e hipotaxes sincrônicas delas derivadas, isto é, quando se volta ao sucesso histórico dessa metáfora absoluta.<sup>109</sup>

No entanto, a inversão e ambivalência do esquema do escravo, servo e senhor – e sua atenuação na noção de servidão –, que se tornaram ingredientes de Paulo em diante, contribuem para tornar plausível algo que, de outra forma, seria improvável ou até impossível. Consequentemente, esse esquema ganha um lugar de destaque em algumas das obras mais bem-sucedidas e famosas de Martinho Lutero, realçando sua visão sobre questões como liberdade, responsabilidade, lei e interpretação (das escrituras).<sup>110</sup> Vale destacar que tanto Höpker-Aschoff quanto a maioria de seus colegas juristas, além dos políticos e da massa de indivíduos que ele deseja alcançar como público do Tribunal, tomaram conhecimento dessas obras por meio de diferentes canais de socialização, formação e afiliação religiosa. Considere-se, por exemplo, como Lutero se engaja com a interpretação escolástica secular das cartas de Paulo, pelas quais a noção metafísica da natureza foi devidamente consagrada. Descartando a explicação alegórica de termos como *litera* e *spiritus*, Lutero transforma a valência das cartas, deslocando-as do status de repositório de conhecimento sobre o eu e o mundo para uma fonte de angústia existencial.<sup>111</sup>

É possível argumentar que Lutero tenha tirado das cartas tanto uma formulação contundente quanto uma confirmação do programa existencial de autoafirmação em seu panfleto mais bem-sucedido: *Von der Freiheit eines Christenmenschen* [*Da Liberdade Cristã*]. Com base em Cristo, a natureza humana não é completa.<sup>112</sup> É preciso reconhecer “a natureza dividida do homem cristão”, dilacerada entre liberdade e servidão, corpo e espírito, com os vários dualismos que Lutero projeta tanto no homem quanto em Deus.<sup>113</sup> Consequentemente, esse dualismo existencial abrange a relação do intérprete com as escrituras, determinando uma maneira particular de realizar e cumprir a leitura, ou seja, deve-se interpretar como se fosse realmente “um prisioneiro do texto”,<sup>114</sup> no qual aliterações e repetições lúdicas se tornam essenciais ao mesmo tempo que transmitem uma definição da lei. Ambos os aspectos são informativos para a performance de Höpker-Aschoff e para a instrumentalização que engendra a reocupação buscada por ele.

---

<sup>108</sup> Vismann, *Akten*, p. 19.

<sup>109</sup> Krajewski, *Der Diener*, p. 13.

<sup>110</sup> Com base na reputação e no precedente de Paulo e Lutero, o esquema também é empregado por Kant e Hegel que, ao instrumentalizá-lo para abordar novamente questões como o despertar da consciência humana ou a natureza da liberdade, confirmam sua incisividade e abrangência. Ver Kant, *Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte*; e, é claro, Hegel, *Phänomenologie des Geistes*.

<sup>111</sup> Ebeling, *Die Anfänge von Luthers Hermeneutik*, pp. 191–192.

<sup>112</sup> Para uma leitura da noção de natureza em Lutero e sua importância para a consciência moderna, ver Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*.

<sup>113</sup> Lutero, *Von der Freiheit eines Christenmenschen*, p. 55.

<sup>114</sup> Ebeling, *Die Anfänge von Luthers Hermeneutik*, p. 175.

Esses dois aspectos que unem a teologia e a hermenêutica de Lutero aparecem resumidamente em seu *Vorrede zu der Epistel von St. Paulus and die Römer* [Prefácio à Epístola de São Paulo aos Romanos]. Lutero considerava a Carta aos Romanos como a "parte central" do Novo Testamento e do *Evangelium* como um todo. A epístola oferecia, segundo ele, tudo o que um cristão deveria saber, "ou seja: lei, evangelho, pecado, sanção, graça, fé, justiça, Cristo, Deus, boas ações, amor, esperança, cruz, e como devemos nos comportar em relação aos outros, sejam eles piedosos ou pecadores, fortes ou fracos, amigos ou inimigos, e em relação a nós mesmos".<sup>115</sup> Quanto à primeira palavra da enumeração de Lutero, o reformador diz o seguinte: "A pequena palavra *Gesetz* [lei] não deve ser interpretada aqui de acordo com o costume humano, como se a doutrina fosse sobre o que se deve fazer ou deixar de fazer em termos de ação. No que diz respeito às leis humanas, basta agir de acordo com a lei, mesmo que o coração não esteja em consonância com ela. Por outro lado, Deus julga de acordo com a razão do coração. É por isso que Sua lei também exige a razão do coração".<sup>116</sup> Assim, na medida em que a lei é espiritual, cumpri-la exige o "livre arbítrio e as próprias forças" de cada um, e a completa ausência de coerção ou má vontade. Embora essa afirmação possa parecer precipitada, ela contribui para esclarecer a importância da interpretação de Lutero em relação a este esquema: a simples forma como a Lei Fundamental passou a ser interpretada como uma "lei espiritual" possibilitou a Konrad Hesse, anos mais tarde, de forma notável, exigir dos estudos constitucionais uma *Wille zur Verfassung* [vontade de constituição].<sup>117</sup>

Existem várias camadas sedimentadas que permitem que Höpker-Aschoff, como juiz, fale a seu público como um pastor e empregue em seu discurso os elementos constitutivos de um sermão. Em termos do quadro teórico proposto acima, subjacentes à sua performance, há pelo menos duas parataxes: por um lado, "Höpker-Aschoff e Lutero" e, por outro, *Grundgesetz, geistliches Gesetz* [Lei Fundamental, lei espiritual]. Principalmente à luz das circunstâncias políticas em que o Tribunal Constitucional Federal foi criado, algo que discuto em detalhes abaixo, essas camadas de expectativas e questões acumuladas não apenas permitiram, mas exigiram esse desdobramento retórico. Antes de explorar como essas expectativas e questões se tornaram objeto de disputa, gerando assim a instrumentalização de sua ornamentação semântica como inevitável, permitam-me oferecer um breve esboço da "racionalidade imanente" desta última.

Empregando a terminologia introduzida anteriormente, quando se delineou um primeiro "limiar de épocas" (*Epochenschwelle*) entre o cristianismo e a modernidade (do Atlântico Norte), que parte da historiografia denomina como uma "primeira era confessional", para tornar plausível a autonomização da criação de leis como programa político – no qual a autonomia diz respeito tanto à religião quanto aos privilégios da nobreza –, juristas e teóricos políticos precisaram retratar de forma frívola "o legislador" com características divinas. Paralelamente, esses atores também promoveram interpretações politicamente matizadas das escrituras, comparando, por exemplo, "os caminhos insondáveis de Deus com a *raison d'état*, e o próprio Deus com um imperador romano e líder militar", na formulação incisiva de Dirk van Miert.<sup>118</sup> Nesse empreendimento, os atores se valeram tanto de materiais e roteiros míticos quanto cristãos, por meio de uma miríade de formas diferentes, variando conforme o tempo e o

<sup>115</sup> Lutero, *Vorrede zu der Epistel von St. Paulus an die Römer*.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, p. 8.

<sup>118</sup> Van Miert, *The Emancipation of Biblical Philology in the Dutch Republic*, p. 161.

espaço, o que torna impossível fazer uma descrição completa aqui. Basta apontar que, enquanto reis eram retratados como divindades gregas e os criadores de constituições eram esculpidos em estátuas espelhando lendas olímpicas e heróis romanos, a administração soberana e a elaboração constitucional eram apresentadas como atos da providência cristã e divina.

Certamente, isso é apenas um elo pertencente à corrente de transmissão subjacente à adequação de uma paráfrase central que liga a pré-história à história efetiva da adjudicação constitucional na Alemanha. Como argumentado acima, enquadrar o período em que a adjudicação constitucional emergiu como condicionado pela ruptura de outro "limiar de épocas" entre a modernidade (do Atlântico Norte) e o cristianismo – isto é, algo que alguns historiadores consideram como uma "segunda era confessional"<sup>119</sup> – chama nossa atenção para a ubiquidade de uma tropologia teologicamente enarizada na formação da comunicação constitucional, ao mesmo tempo em que oferece uma hipótese sólida para esse dilema. A paráfrase que tenho em mente foi primeiramente aventada por Heinrich Triepel às vésperas da queda da República de Weimar. Para dar sentido à relação entre o direito constitucional e a constituição, e dotar a adjudicação constitucional de algum grau de plausibilidade, Triepel recorreu a Rudolf Sohm, um "luterano rigoroso" e um destacado estudioso do direito eclesiástico.<sup>120</sup> Para Sohm, a relação entre o direito eclesiástico e a Igreja gira em torno de uma contradição essencial, ou seja, aquela entre a cidade dos homens e a cidade de Deus.<sup>121</sup> Na época de *Die normative Kraft der Verfassung* [A Força Normativa da Constituição], de Hesse, podia-se poupar o leitor da formulação original de Sohm, afirmando simplesmente que "parafrazeando as famosas palavras de Rudolf Sohm, poder-se-ia dizer que o Direito Constitucional está em contradição com a essência da Constituição".<sup>122</sup>

A interação entre senhorio, escravidão e servidão oferece um desvio pelo qual a contradição entre lei e política se torna algo produtivo. Retomando as instrumentalizações semânticas anteriores, que buscavam garantir a autonomia dos papéis e dos programas legislativos, essas metáforas e analogias ofereceram uma pista para uma elaboração mais aprofundada. Devidamente elucidada, essa tropologia de raízes religiosas abre espaço para a adjudicação constitucional como um escopo no qual a legitimidade da ação política é examinada. Consequentemente, a decisão encontra sua contrapartida no segundo momento do sermão de Höpker-Aschoff, referente à importância das consequências políticas das decisões do Tribunal para sua deliberação, pois não fazê-lo poderia, em última instância, provocar um estado de ausência de lei – uma obsessão recorrente da semântica da legitimidade política, estabelecida na esteira do primeiro limiar de épocas entre modernidade e cristandade mencionado até o momento.<sup>123</sup> Discutir abertamente as consequências políticas de não adiar o dia da eleição – fundamental para o destino de Baden-Württemberg – no corpo da decisão, como o Tribunal fez em sua primeira deliberação, era altamente atípico, considerando o decoro e a praxeografia

---

<sup>119</sup> Blaschke, *Das 19. Jahrhundert: Ein Zweites Konfessionelles Zeitalter?*; com relação à segunda era confessional e o direito na Alemanha, ver Cancik et al. (eds.) *Konfession im Recht*.

<sup>120</sup> Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, p. 227.

<sup>121</sup> Sohm, *Kirchenrecht: Die geschichtlichen Grundlagen*, v. 1, p. 1 ("Das Kirchenrecht steht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch").

<sup>122</sup> Hesse, *Die Normative Kraft der Verfassung*, p. 2 ("Das Verfassungsrecht steht mit dem Wesen der Verfassung in Widerspruch").

<sup>123</sup> A esse respeito, ver, entre outros, Blumenberg, *Wirklichkeitsbegriff und Staatstheorie*.

correspondente da adjudicação alemã. Enquanto isso, o entendimento da adjudicação como uma espécie de serviço ao Estado era quase onipresente, uma pedra angular da persistente semântica de cerimônia e diplomacia que perdurou apesar das mudanças estruturais, dos salões de jantar aos gabinetes, até os escritórios do "regimento pessoal" do *Kaiserreich*.<sup>124</sup> Assim, a ousadia do Tribunal equivale à de um criado que intervém em meio à discussão de seu senhor com seus pares. A tropologia enraizada no cristianismo permite retratar a consideração das consequências políticas dessa forma tão provocativa, colhendo de sua energia a força para o argumento que transmite a inversão do Tribunal da servidão ao senhorio.

## 2. Na prensa dos precedentes e indícios mítico-dogmáticos – as expectativas da imprensa sobre o Tribunal Constitucional Federal

Pode-se compreender a real pertinência das palavras do presidente considerando sua repercussão na forma como as matérias publicadas nos jornais comemoraram o fim das negociações políticas sobre a composição do Tribunal. Curiosamente, no arquivo que sobreviveu à administração de Adenauer e que registra seu engajamento com a adjudicação constitucional durante o período de 1951 a 1961, encontra-se uma coleção de reportagens sobre a criação da Corte. Esse útil antecedente evidencia tanto a maneira como os veículos de mídia existentes ditaram o tom da primeira decisão do Tribunal quanto à atuação de Höpker-Aschoff durante a inauguração do referido órgão. Ademais, tais documentos revelam a presença de um enredo administrativo que sustenta uma cadeia comunicativa entre a opinião pública e o governo. Os homens que viriam a ser os maiores jornalistas da República Federal da Alemanha traçaram paralelos e genealogias que não apenas criaram uma tradição já quase perdida do constitucionalismo jurídico alemão, mas também outorgaram a Karlsruhe a condição de herdeiro legítimo, ainda que tardio. De forma reveladora, a exemplo do próprio Höpker-Aschoff, esses colunistas recorreram a figuras míticas e dogmáticas para dar sentido à lógica constitucional.

Walter Mänkels (1906-1987), que se tornou correspondente vitalício do *Die Zeit* e do *Frankfurt Allgemeinen Zeitung* em Bonn, escreveu um artigo a respeito da escolha de Höpker-Aschoff como presidente do Tribunal, logo em agosto de 1951. Mänkels inicia seu artigo lembrando os leitores de que o sujeito, ex-ministro das finanças da Prússia durante a República de Weimar, era um democrata liberal e patriota cuja família, "tal como a de Theodor Heuss [um dos autores da Lei Fundamental e o primeiro presidente da *Bundesrepublik*], é descendente direta, sob vários aspectos, do 48 de *Paulskirche*"<sup>125</sup>. Falar de família e de gerações como forma de se referir ao destino ou à virtude de alguém é um traço comum à mitologia e à Bíblia. Aqui, Mänkels leva seu leitor a acreditar que a nomeação de Höpker-Aschoff confere à fundação do Tribunal Constitucional Federal um significado que redime a tradição derrotada do constitucionalismo alemão, assim como o seu expoente máximo, a assembleia constituinte de *Paulskirche*. Com efeito, graças à sua habilidade, Mänkels retratou Höpker-Aschoff e, por extensão, o constitucionalismo liberal alemão, com traços que aliam a experiência e o conhecimento dos anciãos ao corpo e

<sup>124</sup> Krajewski, *Der Diener*; sobre o "regimento pessoal", ver Hull, *Persönliches Regiment*.

<sup>125</sup> Bundesarchiv, B136/4436, Walter Mänkels, *Um einen hohen Posten: Höpker-Aschoff, Ruh Nachrichten* (28.8.51). [Nota da tradução: o trecho se refere à assembleia dos parlamentares, ocorrida em 1848, na Igreja de São Paulo (*Paulskirche*, Frankfurt), em deliberação sobre uma constituição liberal e a unificação nacional da Alemanha].

espírito da juventude, dignos de um mestre do "catecismo da sabedoria política e da versatilidade".

Ernst Müller-Meiningen Jr. (1908-2006), o primeiro redator do *Süddeutsche Zeitung*, apresentou a seus leitores um artigo intitulado *O juiz e o poder*.<sup>126</sup> O jornalista começa seu texto apresentando as competências constitucionais do Tribunal. Ao argumentar que a plenitude de poder legada à corte poderia transformá-la em um "trunfo" do *Rechtsstaat* que estava emergindo na República Federal, o jornalista parecia convidar o público a desconsiderar a regulamentação infraconstitucional do referido órgão. Contudo, isso só aconteceria se o Tribunal fosse além de meras "competências e parágrafos". "Resta saber se os nossos juízes estão à altura de exercer esse poder." O próprio Müller-Meiningen Jr. responde a essa indagação intrigante com a seguinte explicação: "Hoje, por trás da sincera exigência de neutralidade política dos juízes – o clássico *pouvoir neutre*, no espírito de Montesquieu – oculta-se uma tendência à indiferença política, um assombro diante do poder que faz crescer uma vontade que lhe é alheia e contrária." Se, por meio do "fórum da lei", o Tribunal Constitucional cumprir o dever de promover uma tomada de consciência da classe política sobre as obrigações que lhe incumbem, a justiça deverá, forçosamente, renunciar à sua propensão à indiferença política.

Mas como evitar o perigo inverso de uma politização, quer por um apego equivocado à "letra da lei", quer por uma interpretação abusiva das "cláusulas gerais"? Segundo o autor, os ditadores de outrora eclodiram da aplicação da letra da lei, ao passo que as cláusulas gerais não poderiam senão condenar a justiça à tomada de decisões políticas. Logo, os juízes do Tribunal Constitucional Federal teriam a obrigação de pôr em evidência a lei e nada mais do que a lei. "Mas, afinal, o que é a lei, em si? Resposta: Trata-se daquilo que nasceu conosco e das reivindicações primordiais e inerentes à existência humana: os bens fundamentais da liberdade, da vida, da educação, do matrimônio e da propriedade. Esses direitos naturais estão refletidos nos direitos fundamentais dos *Rechtsstaaten* modernos." Segundo o repórter do *Süddeutsche Zeitung*, o Tribunal Constitucional Federal alemão deve orientar a Alemanha a renunciar às tentativas de simplificar esses direitos recorrendo a fórmulas como o "bom senso popular" [*gesundent Volksempfinden*]. Em vez disso, o país deve seguir o exemplo da tradição jurídica inglesa ou norte-americana, corrigindo sua tradição legal ao abraçar uma consciência jurídica como aquela parcialmente manifestada nesses países. Com efeito, a busca de uma inspiração em outras fontes adquire uma dimensão existencial extraordinária. De acordo com o Ernst Müller-Meiningen Jr., as diversas "correntes jurídicas" refletem "a eterna tensão entre Deus e o demônio, bem e mal, conhecimento e erro", na medida em que "qualquer forma de vida traz em seu íntimo certa medida de imperfeição".

Por sua vez, Hans Baumgarten (1900-1968), um dos fundadores do jornal *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, publicou o texto *Temos um Tribunal Constitucional*.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Bundesarchiv, B136/4436, Ernst Müller-Meiningen Jr., *Der Richter und die Macht*. Infelizmente, devido à forma como o arquivo foi fotografado em sua transposição para o microfilme e à ausência de resultados de outras fontes, não pude identificar com precisão o veículo onde o artigo de Müller-Meiningen Jr. foi publicado. No entanto, pode-se presumir que ele tenha sido publicado no *Süddeutsche Zeitung*.

<sup>127</sup> Bundesarchiv, B136/4436, Hans Baumgarten, *Wir haben ein Verfassungsgericht*. [Nota da Tradução: sobre a frase citada mais adiante neste parágrafo, "Graças a Deus, temos um Tribunal de Justiça em Potsdam", ela teria sido exclamada pelo moleiro de Potsdam, quando Frederico, o

Baumgarten começa seu artigo lembrando ao leitor a lenda do Moleiro de Sanssouci que, na versão do autor, teria exclamado: *"Gott sei Dank haben wir in Potsdam das Kammergericht"* ["Graças a Deus, temos um Tribunal de Justiça em Potsdam!"]. Baumgarten sugere assim que muitos estariam propensos a afirmar: *"Gott sei Dank haben wir in Karlsruhe das Bundesverfassungsgericht"* ["Graças a Deus, temos o Tribunal Constitucional Federal em Karlsruhe!"]. O autor explica em seguida que as atribuições do Tribunal estão pautadas nos objetivos estabelecidos pela Constituição, papel que a corte não deveria desempenhar por meio de uma "ciência secreta", mas de maneira a "conferir [ao espírito da Constituição] a sua justa expressão, mais próxima do povo". Afinal, como argumenta Baumgarten, a Constituição foi criada para obrigar juridicamente os "detentores de majestade" perante seus súditos, e é disto que o Tribunal Constitucional Federal deve cuidar. Cabe, portanto, ao Tribunal a tarefa de concretizar a Constituição.

Diante de uma tarefa tão grandiosa, a defesa dos direitos individuais representa apenas uma parte das atribuições do Tribunal. Ao contrário dos autores dos outros dois artigos analisados acima, Baumgarten chamou de forma explícita a atenção do leitor para o caso envolvendo três estados do sudoeste da Alemanha, com o intuito de ilustrar as várias facetas das atividades da Corte. Ainda assim, o autor concedeu um lugar de destaque, dentre outros assuntos mais urgentes, à competência do Tribunal na decisão sobre a constitucionalidade dos partidos políticos. Uma vez que a instituição adequada havia sido enfim constituída, ponderou, "agora resta determinar se o partido de Remer [o *Sozialistische Reichspartei*, sucessor do Partido Nacional Socialista], assim como os comunistas e seus partidários, perdem ou não a plena legalidade constitutiva, considerando seu posicionamento perante uma comunidade liberal". Em outras palavras, Baumgarten afirmou que o papel do Tribunal como "o mais alto guardião do direito e protetor da paz" já estava posto à prova, o que remete às tentativas de vislumbrar um meio-termo entre o apego cego à letra da lei e a interpretação pautada em um "bom senso popular", em termos de "dar vida à lei segundo seu espírito", à hipotaxe "Bonn (não é) Weimar" e à parataxe "*NS-Diktatur* e *Bundesrepublik* [ditadura nacional-socialista e República Federal]."<sup>128</sup>

Podemos nos perguntar até que ponto essas palavras e sua repercussão moldaram a maneira como a opinião pública começou a acompanhar e a discutir as principais decisões do Tribunal – como se o mundo inteiro, assim como a própria reputação da corte, oscilasse entre a salvação e a condenação a cada nova decisão.<sup>129</sup> Conforme analisaremos a seguir, as duas vertentes do discurso de Höpker-Aschoff – por um lado, a perspectiva luterana da doutrina dos dois reinos, remodelada para se referir ao direito e à política, e, por outro, a ideia de "aprender com Weimar" – entrelaçaram-se de forma tal que se tornaram a pedra angular da resposta do Tribunal à controvérsia sobre seu próprio *status* e, por conseguinte, uma das principais características do seu conjunto retórico.

---

Grande ameaçou demolir seu antigo moinho, nas dependências do recém construído Palácio de Sanssouci, desafiando a autoridade do rei através daquela da lei].

<sup>128</sup> Ver, entre outros, Frei, *Vergangenheitspolitik*; especialmente no que diz respeito a "Weimar como argumento", ver Gusy (ed.), *Weimars lange Schatten*.

<sup>129</sup> Ver Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*. Discuto o argumento de Schönberger mais adiante, de modo mais detalhado.

### III. Expectativas hipotecadas: ônus e metáforas da guarda constitucional, do Kaiserreich a Bonn

"Quem interpreta um papel tem sempre um público, perante o qual se apresenta e cujas reações, tanto as esperadas quanto as de fato observadas, se lhe mostram imbuídas de sentido".<sup>130</sup> Segundo Christian Boulanger, há muito a se ganhar quando se considera com cuidado as metáforas teatrais subjacentes à ideia de que as cortes constitucionais de fato acabam assumindo muitos dos "papeis" que os seus observadores lhes atribuem. De certa forma, os observadores constituem esses "públicos segmentados". Do meu ponto de vista, as contribuições de Boulanger se coadunam com o marco teórico que orienta a presente análise e suas conclusões, à medida que estes acrescentam ao autor um mapeamento típico-ideal, mas empiricamente orientado, dos possíveis papéis assumidos por uma corte constitucional, e mostram como esses papéis foram "roteirizados" em um "contexto jurídico" específico, e como sua reocupação foi uma questão de luta, de esperança e de expectativas historicamente moldadas e transmitidas. Dessa forma, observando os primeiros anos do *Bundesverfassungsgericht* – em comparação à corte constitucional da Hungria –, Boulanger propôs a análise de três papéis típico-ideais, a saber, o de "guardiões", o de "árbitros" e o de "fundadores". Os três papéis foram inspirados nos teóricos jurídicos Hans Kelsen, Martin Shapiro e Bruce Ackerman, respectivamente. Na função de guardião, o Tribunal protege a Constituição quando impõe gravames a atores políticos que agem de forma a violar abertamente disposições constitucionais, garantindo assim a coerência da ordem jurídica. Já na função de árbitro, o Tribunal conduz a mediação de disputas entre destinatários das normas constitucionais. Por fim, como fundador, de forma definitiva, mas não necessariamente incontestável, o Tribunal atribui "significado" e "valores" a uma determinada política. De modo revelador e por razões óbvias, Boulanger rejeita as considerações de Schmitt sobre as formas de se pensar as funções das cortes constitucionais numa democracia.<sup>131</sup> Contudo, na medida em que Schmitt se apresenta tanto como um reflexo quanto uma inflexão das expectativas e esperanças que compõem o discurso constitucional alemão do início e da metade do século XX, um breve exame do que esse autor considerava pertinente a uma "personalidade" digna de ostentar o título de "guardião da Constituição" pode trazer elementos para apreender como as coisas funcionavam no início da *Bundesrepublik*.

Como já sugerido, o exemplo de proporções míticas que Schmitt propõe para atacar a "doutrina constitucional tradicional" e a plausibilidade da adjudicação constitucional, à medida que formulava seus argumentos sobre as consequências da guarda constitucional, é frequentemente o de Otto von Bismarck. Uma das citações prediletas de Schmitt, a saber, o comentário lacônico de Gerhard Anschütz, "*Staatsrecht hört hier auf*" [aqui termina o direito do Estado], deve sua ambivalência a Bismarck.<sup>132</sup> A observação de Anschütz fazia referência ao famoso "Conflito Constitucional Prussiano", de 1867, quando Bismarck e o rei

---

<sup>130</sup> Boulanger, *Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung*, p. 3.

<sup>131</sup> Boulanger, *Hüten, richten gründen*, p. 47.

<sup>132</sup> Schmitt, *Politische Theologie*, p. 21. [Nota da tradução: o texto da *Teologia Política* publicado no Brasil traduz a frase como: "Aqui termina o Estado de Direito". Optamos por "direito do Estado" no lugar de "Estado de Direito", já que o termo em alemão não é aquele usualmente utilizado para Estado de Direito (*Rechtsstaat*), já mencionado pelo autor deste ensaio em outros momentos e assim traduzido. Já o *Staatsrecht* da frase mencionada por Schmitt refere-se ao direito do Estado, no sentido de direito público ou de direito constitucional. Ver: *Teologia Política*, trad. de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, p. 5].

da Prússia, de um lado, e o parlamento, de outro, travaram um conflito sobre certas prerrogativas imperiais relativas ao orçamento militar e, conseqüentemente, à reforma das forças armadas. Quando Von Bismarck é alçado à condição de mito na Alemanha do *fin-de-siècle*, a importância desse "momento constitucional" para a configuração do país só aumenta, pois a unificação do império alemão se deu através de uma sucessão de vitórias no campo de batalha e pela militarização da burguesia alemã, ambos frutos da ação de Guilherme I e da transformação das forças armadas da Prússia por Von Bismarck.<sup>133</sup> Estudos apontam que a fantasia do *Kaiserreich* como a "era de ouro" da Alemanha estava mais viva do que nunca após a Segunda Guerra Mundial.<sup>134</sup> Antes e depois da guerra, os meios conservadores e liberais-autoritários viam Von Bismarck não apenas como árbitro, capaz de resolver disputas políticas e impedir conspirações e a formação de camarilhas, ou como o "verdadeiro fundador" do Império Alemão, mas também como um guardião obediente das prerrogativas constitucionais de seu soberano, protegendo, assim, a *Vaterland* [a pátria] (Figura 1). Portanto, apesar de todo o projeto de democratização promovido pelos EUA, na década de 1950 o *Hüter der Verfassung* [guardião da Constituição] não se alinhava aos "oráculos da lei" de Edward Coke, aos "guardiões da vida, da propriedade e da liberdade"<sup>135</sup> de Joseph Story ou ao entendimento de Kelsen de que o judiciário é "uma aristocracia por si próprio".<sup>136</sup> Como os Irmãos Grimm registraram no seu dicionário, ele se alinhava ao Salmo 121:4 de Lutero: "*Siehe, der Hüter Israels schläft noch schlummert nicht.*" [Vide, o guardião de Israel não dorme nem cochila].<sup>137</sup> Com isso em mente, nem o desejo de Thomas Dehler de se tornar o guardião da constituição nem as metáforas que Rudolf Smend emprega no ensaio comemorativo dos dez anos do *Bundesverfassungsgericht* são surpreendentes. No entanto, ambos são fontes valiosas de informação. Filho de um teólogo que se especializou no Antigo Testamento, Smend trata os juízes constitucionais alemães como juízes da República Hebraica, inculcando no povo alemão os valores democráticos, de maneira análoga aos juízes hebreus, que reconduziram o povo de Deus à condição de corpo político:

Com razão, afirma-se que o judiciário é uma das profissões que já existiam antes da formação de ordens estatais. Essa descrição retrata com precisão as condições de um período pré-Estado, que precede a ascensão de uma realeza investida das prerrogativas de Estado, conforme a descrição encontrada no Antigo Testamento, o relato mais comum da história de um povo antigo. Depois de ascender ao trono na visão do sonho de Gideão, Salomão, o primeiro rei hereditário, pede ao Senhor a aptidão para ser juiz - ou seja, a capacidade de entender e de poder julgar - e não bens materiais ou outros sucessos. Deus recompensa essa valorização do trabalho judicial, conforme o primeiro livro de Reis. O exercício do julgamento e o estabelecimento de juízes estão entre os fundamentos mais antigos e indispensáveis da moralidade humana. [...] O Tribunal Constitucional Federal participa plenamente desse poder interno, independente e intrínseco do Judiciário.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Ritter, *Staatskunst und Kriegshandwerk*, pp. 49-191.

<sup>134</sup> Uma pesquisa realizada em 1951 perguntou aos alemães ocidentais quando seu país viveu seu apogeu. 45% responderam que foi no *Kaiserreich* pré-1914, 40% no nacional-socialismo durante o período de paz, 7% escolheram a República de Weimar e 2% disseram que foi na *Bundesrepublik*. Ver Noelle, Peter, (eds), *Jahrbuch der Öffentlichen Meinung 1947-1955*, p. 126.

<sup>135</sup> Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, v. I, p. 265.

<sup>136</sup> Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*.

<sup>137</sup> Ver „HÜTER, m.“, *Deutsches Wörterbuch*.

<sup>138</sup> Smend, *Das Bundesverfassungsgericht*, pp. 583-584.

A contemporaneidade dessa metáfora fica ainda mais evidente quando lembramos que, poucas décadas antes, Otto Mayer, um dos fundadores do direito administrativo alemão, compara a ideia de que o Estado deve se submeter à lei com a vã tentativa de subjugar Sansão com cordas.<sup>139</sup> Antes de desmascarar esse imaginário metafórico de cunho profundamente religioso – se é que ele chegou a ser desmascarado<sup>140</sup> – e de lançar mão de uma "concepção minimalista" da "produção responsável de transparência normativa",<sup>141</sup> os juízes, políticos e jornalistas engajados no estabelecimento da adjudicação constitucional na Alemanha do pós-guerra precisaram imaginar um conjunto retórico que apresentasse o Tribunal Constitucional Federal como aquele heroico juiz hebreu, e não como uma alegoria das lamentáveis cordas que atavam Sansão.

Schmitt cultivou a imagem do *Hüter der Verfassung* com certo distanciamento e até mesmo de maneira dúbia quando se referia à presidência de Paul von Hindenburg e à aura mítica do Marechal de Campo.<sup>142</sup> No entanto, como mostrei em outro estudo,<sup>143</sup> tão logo as forças militares recuperaram sua autonomia perante o controle parlamentar e, portanto, "político-partidário", por meio do qual o *Reichswehrministerium* [Ministério da Defesa] aumentou sua importância no governo junto com sua "divisão constitucional", Schmitt se tornou um dos conselheiros mais próximos do presidente von Hindenburg, minimizando com satisfação suas críticas anteriores. Quando Schmitt mudou de posição, elegendo Von Hindenburg como o único guardião da constituição de Weimar, o fato de o ícone e a personalidade terem tirado sua aura do mito de Bismarck certamente contribuiu para isso. Assim, todas as formas pelas quais Von Hindenburg mostrou ser incapaz de domar a crise política nos últimos anos de Weimar, sobretudo por sua recusa em rebaixar os partidos extremistas e por sua relutância em dissolver o parlamento e em adiar novas eleições, medidas que, aparentemente, até mesmo Schmitt desejava e endossava,<sup>144</sup> condensaram uma expectativa frustrada de grande incisividade.

A referência de Hans Baumgarten à posição do Tribunal Constitucional quanto ao *Sozialistische Reichspartei* (SRP), nos comentários finais de um artigo que celebra a própria instituição da corte, expressa bem essa tendência, que acabou se generalizando em muitos de seus "públicos segmentados",<sup>145</sup> não apenas entre a imprensa, mas também

---

<sup>139</sup> Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, p. 67.

<sup>140</sup> Considere, por exemplo, que Paul Kirchhof propõe que a plausibilidade de sua análise tríplice da validade de uma Constituição deriva de sua prefiguração na estrutura tríplice da colocação dos Dez Mandamentos. Em suas palavras, "os dez mandamentos se tornaram válidos porque foram ditos com a autoridade do Senhor, escritos na confiabilidade de tábuas de pedra, e seu conteúdo era evidentemente justo". *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, p. 779.

<sup>141</sup> A formulação é de Boulanger, *Hüten, richten gründen*, p. 51.

<sup>142</sup> Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 352.

<sup>143</sup> Mais uma vez, remeto o leitor a meu livro, *The Book of Judges*.

<sup>144</sup> Ver Berthold, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik*.

<sup>145</sup> Sobre a noção de "públicos segmentados", ver, entre outros, Boulanger, *Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung*. [Nota da tradução: o termo usado por Boulanger em alemão é *Teilöffentlichkeiten*. Por sua vez, Boulanger se refere expressamente em sua obra a Lawrence Baum (*Judges and Their Audiences*) e à distinção de Uwe Kranenpohl entre *Teilöffentlichkeit* e *Publika* ou *Arenen*, insistindo que o primeiro, isto é, sua própria escolha terminológica, vem da ciência da comunicação. Explica, ainda, tratar-se de conceito relacionado à teoria das funções, que designa "um público específico ao qual a instituição se dirige (que) tem certas expectativas em relação a essa instituição. Dependendo do fato de a instituição atender a essas expectativas ou, pelo menos, poder representar o atendimento dessas

entre poderes ocupantes. Será que o *Bundesverfassungsgericht* seria capaz de realizar, com a Lei Fundamental, o que Paul von Hindenburg não conseguiu com a Constituição de Weimar? Embora as disposições da Lei Fundamental sobre os partidos políticos e todo o procedimento adjudicatório para proibir partidos tenham sido concebidos sob a égide das "lições de Weimar", as opiniões sobre a "hostilidade constitucional" do SRP continuavam divergentes mesmo após o sucesso da extrema direita nas eleições de 1951 em *Niedersachsen* [Baixa Saxônia], sobretudo entre a coalizão CDU/FDP. Por outro lado, a crescente consciência dos poderes ocupantes em relação às perspectivas eleitorais do SRP, somada às inúmeras conexões do partido com o NSDAP [Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães], elevou os riscos envolvidos. Assim, apresentar uma solução institucional nacionalmente integrada para o SRP tornou-se condição *sine qua non* para o progresso das negociações sobre a soberania da *Bundesrepublik*, fato que se consolidou sob a política externa de Adenauer nos seus dois primeiros anos de mandato com a assinatura do Tratado que estabelecia a Comunidade Europeia de Defesa e o consequente processo de rearmamento da Alemanha Ocidental. Conforme o argumento convincente de Martin Will, a criação do Tribunal passou a ser uma prioridade na agenda do governo, como consequência da pressão internacional por uma resposta ao SRP.<sup>146</sup> Assim, logo que a Corte foi inaugurada, no final de setembro, o governo submeteu uma petição pela proibição do SRP, em 21 de novembro de 1951. Naquela época, a forma de Adenauer entender a soberania da Alemanha Ocidental tornava-se progressivamente uma realidade. Vale ressaltar que sua visão sobre a soberania e a integração europeia também estava calcada em elementos mítico-dogmáticos, em que o Império Carolíngio era visto como um passado que o "europeísmo democrata-cristão" deveria almejar em seus esforços de "'reconstrução espiritual' (ou Renascimento) num mundo destruído pelo materialismo pagão e ateu do nazismo". Em suma, a política externa de Adenauer se alinhava ao que Rosario Forlenza chamou de "a política do *Abendland*" [do Ocidente].<sup>147</sup> Em reação, a oposição contestou sua constitucionalidade, questionando a possibilidade de assinar tal tratado sem a aprovação de emendas constitucionais, o que foi levado ao Tribunal Constitucional Federal no último dia de janeiro de 1952, devido a divergências em relação à política externa e de segurança.<sup>148</sup>

É interessante notar que ambas as questões surgiram durante o primeiro mandato do Senado "vermelho". A situação fez com que o sucesso da política externa de Adenauer se tornasse alvo de um Tribunal composto por juízes favoráveis ao SPD, arrastando o *Bundesverfassungsgericht* para o meio do "campo das forças políticas",<sup>149</sup> além de dar força às alegações de Dehler. Este dizia ter o "dever", como ministro da justiça, de "supervisionar meticulosamente o exercício da atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional Federal".<sup>150</sup> Um dia antes da inauguração da Corte, os meios práticos à disposição de Thomas Dehler já haviam sido questionados por Adolf Arndt no *Bundestag*, por ocasião da aprovação do orçamento do Ministério da Justiça em 27 de setembro de

---

expectativas, (a instituição) recebe legitimidade do respectivo público" (tradução livre da obra citada de Boulanger, pp. 7-8)].

<sup>146</sup> Will, *Ephorale Verfassung*.

<sup>147</sup> Forlenza, *The Politics of the "Abendland"*, p. 271.

<sup>148</sup> Hoffmann, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik: die Auseinandersetzung um die Westverträge*.

<sup>149</sup> *Idem*.

<sup>150</sup> Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, p. 79.

1951. Arndt então aproveitou a oportunidade para reivindicar independência administrativa e orçamentária para o Tribunal Constitucional Federal, fundamentada no fato deste ser um órgão constitucional.<sup>151</sup> Um mês depois, ainda que em tom muito mais ameno, Hermann Höpker-Aschoff, amigo de Dehler, endossou, em uma reunião, a ideia de que os juízes constitucionais não deveriam estar sujeitos à autoridade disciplinar do Ministério.<sup>152</sup> Na sequência dessa conversa, o governo e o Tribunal começaram uma discussão interna sobre o status do Tribunal Constitucional Federal — o cenário que se desenhava era o de um "*Organstreitigkeit*" informal [um "conflito entre órgãos"]. Quando a oportunidade política fez coincidirem o *SRP-Verbot* [a proibição do SRP], com a questão do Tratado que estabelecia a Comunidade Europeia de Defesa e com a controvérsia sobre o status do Tribunal — os dois primeiros como temas de opinião pública desde o início e o último, até seus últimos e decisivos momentos, mantido em sigilo —, aqueles empenhados em vislumbrar, nas palavras precisas de Martin Will, "a autocompreensão, o *habitus*, o gesto etc. do tribunal",<sup>153</sup> tiveram que acompanhar e intervir em três contextos de ação diferentes e concomitantes. Por isso, para se fazer um relato detalhado da formação do conjunto retórico do Tribunal nos primeiros dois anos após sua inauguração, é necessário examinar o entrelaçamento de ações e ocorrências que aconteceram nesses três "teatros de operação", sobretudo quando o que interessa é a importância da fantasia e da fé depositada nela, como explico a seguir.

### 1. Da guarda à fundação: o SRP-Verbot e o 20 de julho de 1944

A partir do momento em que o SRP passa a ser objeto de análise acadêmica, quando Otto Büsch buscou identificar os fatores capazes de explicar seu sucesso eleitoral em 1951 na Baixa Saxônia, estabeleceu-se uma correlação entre as conquistas partidárias e a origem protestante da grande maioria de seu eleitorado, aliada à recepção negativa nos meios católicos.<sup>154</sup> Para investigar essa relação, Büsch baseou-se nos registros estatísticos oficiais de 1952. Portanto, os antagonistas políticos do SRP, assim como o governo e os poderes ocupantes, tinham acesso a esse conhecimento. Embora Büsch e Furth tenham destacado que o discurso do partido não contivesse elementos confessionais relevantes,<sup>155</sup> um evento que ganharia tonalidades cada vez mais religiosas — em termos confessionais e interconfessionais — veio a se tornar um marco ideológico do SRP, a saber, o 20 de julho de 1944. Otto Ernst Remer (1912-1997) ocupava a vanguarda do partido. O NSDAP e o aparato de propaganda do SRP exageraram na ênfase dada ao papel de Remer na manobra para minar os esforços de derrubada do regime de Hitler. Na verdade, Remer obedeceu às ordens do tenente-general Paul von Hase de prender Joseph Goebbels após a suposta morte de Hitler. Com a intervenção de outro oficial, no entanto, surgiram dúvidas sobre o assassinato do Führer, e sugeriu-se que a prisão de Goebbels só fosse levada adiante após a verificação do ocorrido. Goebbels, então, pediu a Remer que falasse com Hitler por telefone, o que levou Remer a prender seu superior. Eventos posteriores acarretaram a prisão de muitos dos envolvidos no planejamento e na tentativa de insurreição, entre eles o teólogo protestante Dietrich

---

<sup>151</sup> República Federal Da Alemanha, *Stenographische Berichte, Bundestag, 1. Wahlperiode, 165 Sitz.*

<sup>152</sup> Will, *Ephorale Verfassung*, p. 313.

<sup>153</sup> Will, *Ephorale Verfassung*, p. 312.

<sup>154</sup> Büsch, *Geschichte und Gestalt den SRP*.

<sup>155</sup> Büsch, *Geschichte und Gestalt den SRP*, p. 100; Furth, *Ideologie und Propaganda der SRP*.

Bonhoeffer, que não era membro do grupo de Von Hase, mas sim do círculo de Wilhelm Canaris. Bonhoeffer foi condenado à morte pelo "Tribunal do Povo" e executado em 9 de abril de 1945. Com a derrota da Alemanha, o dia 20 de julho de 1944 se tornou uma oportunidade para renovar a chamada *Dolchstoß-Legende* [a lenda da punhalada pelas costas].<sup>156</sup> Resumidamente, na primeira versão, a responsabilidade pela catástrofe da Primeira Guerra Mundial foi transferida do exército, supostamente "invicto no campo de batalha", para a falta de apoio civil nos momentos mais decisivos. Durante a República de Weimar, essa lenda foi conscientemente explorada pelos militares e abertamente endossada por Paul von Hindenburg. Dessa vez, o SRP culpou os envolvidos nos acontecimentos de 20 de julho de 1944 pela segunda derrota da Alemanha.

Como parte de um esforço conjunto para garantir a proibição do SRP pelo Tribunal Constitucional Federal, objetivando produzir provas e apresentá-las aos juízes, o governo federal iniciou um processo na Corte contra a liderança do partido, reivindicando a privação de direitos fundamentais contra esta - o chamado *Grundrechtsverwirkungen* do artigo 18 da *Grundgesetz* [a "perda de direitos fundamentais" prevista no artigo 18 da "Lei Fundamental"]. Paralelamente, no âmbito estadual, o Ministério Público pressionou Remer e outros com acusações criminais. Devido a um discurso proferido para mil espectadores três dias antes das eleições de 1951 em Braunschweig, na Baixa Saxônia, o porta-voz do SRP foi acusado de crime de opinião. Em seguida, Remer desmereceu os chamados "participantes da resistência" de 20 de julho, comparando-os aos políticos do pós-guerra, ambos considerados "conspiradores" que se transformaram em "traidores da pátria", devido a suas conexões com potências estrangeiras. O ex-oficial afirmou que esses patifes teriam que responder perante "um tribunal alemão". O renomado jurista e juiz Fritz Bauer (1903-1968), então procurador-geral em Braunschweig, aproveitou o caso de Remer - iniciado em 7 de março de 1952 e amplamente divulgado pela imprensa nacional - para buscar uma reavaliação do significado dos movimentos de resistência contra o nacional-socialismo junto à opinião pública. No contexto político-religioso então vigente, não apenas em *Niedersachsen*, mas em toda a *Bundesrepublik*, foi a força da esfera religiosa que outorgou ao 20 de julho de 1944 um lugar de destaque se comparado às resistências de esquerda, principalmente a comunista. É importante lembrar que a estratégia de Bauer incluiu a apresentação de pareceres de cunho moral e teológico perante o Tribunal, tanto da perspectiva católica quanto da evangélica, o quais versavam sobre o direito de resistência ao regime nazista em geral e sobre as ações do 20 de julho, em particular. Esses pareceres foram publicados pela revista *Das Parlament* no aniversário do evento, em 1952, incluindo fotografias e perfis biográficos de Bonhoeffer e outros, além de muitas fontes sobre as tentativas de assassinato de 13 e 21 de março de 1943, e, obviamente, a de 20 de julho de 1944. Tudo isso ocorreu apenas alguns dias após a conclusão das audiências para o *SRP-Verbot*. Mais tarde, todo o material seria compilado em um volume editado pelo Ministério do Interior.<sup>157</sup>

As táticas de Bauer funcionaram e conquistaram "um marco significativo para a opinião pública positiva sobre o 20 de julho".<sup>158</sup> Em 15 de março de 1952, além de condenar

<sup>156</sup> Ver, em geral, Petzold: *Die Dolchstoßlegende. Eine Geschichtsfälschung im Dienst des deutschen Imperialismus und Militarismus*.

<sup>157</sup> Para os pareceres consultivos morais e teológicos, ver Zimmerman et al. (eds.), *20. Juli 1944*. Por motivos de espaço, não os analisarei aqui.

<sup>158</sup> Will, *Ephorale Verfassung*, p. 294.

Remer, os juízes do *Landgericht* de Braunschweig [o "Tribunal Regional" de Braunschweig] também se sentiram compelidos a julgar o significado do 20 de julho. Segundo a decisão, "os combatentes da resistência de 20 de julho de 1944, estivessem eles motivados por razões cristãs, legais, militares ou sociais, lutaram para eliminar Hitler e, portanto, o regime liderado por ele, impulsionados por um amor patriótico fervoroso e um senso altruísta de responsabilidade para com seu povo, o que os levou ao próprio sacrifício sem hesitação".<sup>159</sup> Tal aparente desvio da "materialidade" do decoro judicial, na verdade, conferiu a essa interpretação da resistência a objetividade da verdade adjudicada. Alguns dos elementos semânticos que permeiam a decisão, como o já mencionado *Verantwortungsbewußtsein* [o "senso de responsabilidade"], evidenciam como o dia 20 de julho de 1944 se transformava em um marco do discurso da democratização do pós-guerra, e isso pode ser investigado a partir da relevância do evento em BVerfGE 2, 1.

Convém notar que a decisão sobre a proibição do SRP pode parecer, em retrospectiva e do ponto de vista da doutrina jurídica, tudo menos uma "conquista magistral do início da judicatura do Tribunal Constitucional Federal", na medida em que falhou, na avaliação de Martin Will,<sup>160</sup> ao não se engajar em um "esforço argumentativo abstrato", e optou, em vez disso, pelo caminho mais curto de demonstrar a proximidade entre o SRP e o NSDAP. Este fato pode estar diretamente relacionado aos papéis atribuídos à redação e à performance da decisão. Além de atender as expectativas associadas à posição de "guardião da Constituição", com suas conotações militarizadas, ao marginalizar o esforço argumentativo que o aproximaria da função de guarda concebida por Boulanger e esperada por Will, o Tribunal também conseguiu extrair da "Constituição Ephoral" – conceito cunhado por Will e inspirado numa metáfora de Heinrich Triepel a respeito da adjudicação constitucional<sup>161</sup> – o tipo de força que momentos fundacionais exigem e os valores significativos que o caráter dêitico requer. O que fica evidente quando o tribunal discute a *Dolchstoß-Legende* remodelada de Remer e do SRP. Conforme a decisão:

A estratégia amadora de Hitler acelerou a derrota. Todo soldado alemão sabe, por experiência própria, que a frente de batalha entrou em colapso no final da guerra devido à falta de todos os recursos. Apesar disso, o SRP está espalhando a nova mentira da punhalada-pelas-costas, segundo a qual a *Wehrmacht* alemã teria permanecido invicta em 1945 se traidores como Canaris, o Círculo do 20 de julho, a Orquestra Vermelha e outros grupos de resistência não tivessem frustrado a vitória final, trabalhado para o colapso prematuro nos últimos anos da guerra.<sup>162</sup>

Isso também pode ser visto na manobra ousada de transformar a proibição do partido na perda do mandato dos representantes que pertenciam ou que a ele haviam sido filiados. Esses dois momentos estão diretamente ligados aos esforços de democratização

<sup>159</sup> República Federal Da Alemanha, *Landgericht Braunschweig Urteil*. v. 15.03.1952 *apud* Will, *Ephorale Verfassung*, p. 295.

<sup>160</sup> Will, *Ephorale Verfassung*, pp. 356-357.

<sup>161</sup> Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. [Nota da tradução: *Constituição Ephoral* é o título da obra ainda não traduzida de Martin Will, citada várias vezes neste ensaio (*Ephorale Verfassung*), que remete ao termo grego *έφορος* (*éphoros*), designando os magistrados espartanos responsáveis pelo controle dos reis].

<sup>162</sup> República Federal Da Alemanha. *Bundesverfassungsgericht. Urteil des Ersten Senats vom 23. Oktober 1952*, pp. 53-54.

do pós-guerra, o que não é nenhuma surpresa. Will admite que, sem a perda do mandato, a decisão não teria conseguido reorganizar o espectro político da Alemanha Ocidental como fez.<sup>163</sup> Se o leitor permite, partindo de uma perspectiva diferente de argumentação, pode-se dizer que a energia por trás da *enargeia* nesses dois momentos se assemelha ao movimento do Moisés de Michelangelo (1513-1515) (Figura 3), ou seja, a da apresentação violenta da "última hesitação, a serenidade antes da tempestade".<sup>164</sup> De fato, trata-se de uma espécie de raiva expressa ao segurar as tábuas de pedra maciça, cujo peso é revelado pelo movimento de Moisés, ao mesmo tempo em ele as guarda e as contém, mostrando assim seu cuidado de guardião.<sup>165</sup> Will questiona se, observado de perto, o *SRP-Verbot* não violaria, pelo menos em alguns aspectos, a *Übermassverbote* [a "proibição do excesso"]. A questão pode ser esta: o ato de fundar, entendido como o conjunto de técnicas que acompanha o papel de "fundador" – talvez se articule em torno de excessos de medida e de significação.

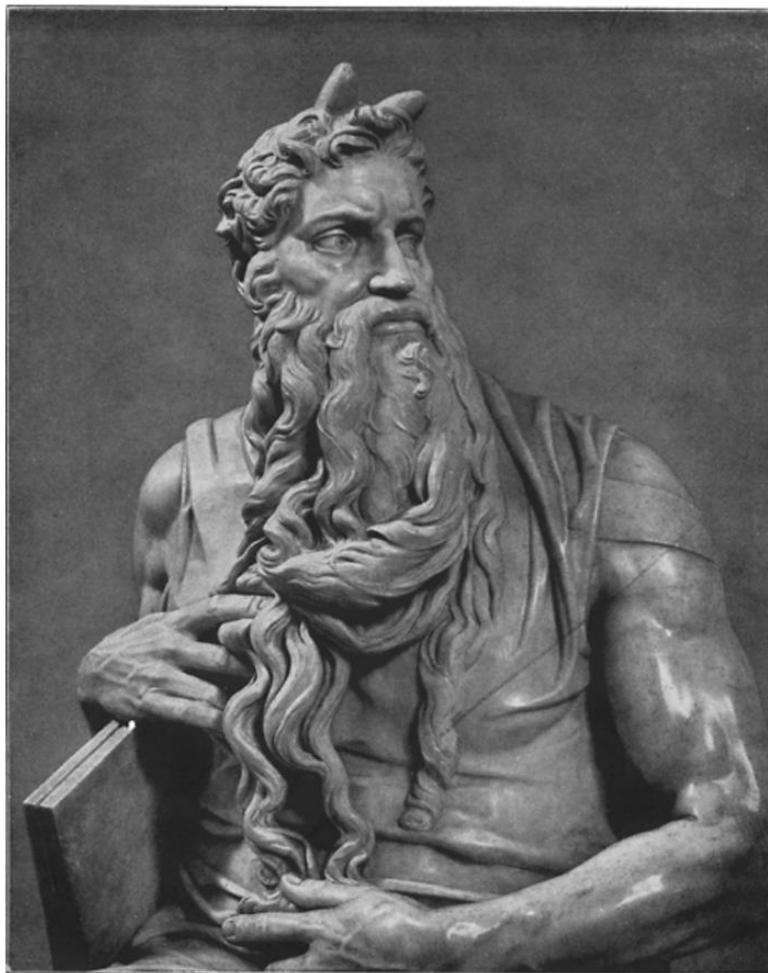


Figura 3 – O Moisés de Michelangelo, tal como retratado pela Imago. *Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften*, v. 3, 15-36 (1914).

---

<sup>163</sup> Will, *Ephorale Verfassung*, pp. 368-377, 397-428, 496-500.

<sup>164</sup> Freud, *Der Moses des Michelangelo*, 1914.

<sup>165</sup> *Idem*.

2. "A reputação do Tribunal Constitucional Federal assenta-se, assim, no valor da personalidade de seus juízes e na sabedoria das suas decisões": o *Statusstreit*, o Tribunal como *sanctorum communio* e o embate entre os guardiões ministeriais e judiciais da Constituição acerca das verbas de representação

De certo modo, então, numa combinação de acaso, sorte, excesso e astúcia, a Resistência e as datas associadas a ela se transformaram em eventos fundadores da jovem *Bundesrepublik* para vários públicos, mesmo os inicialmente hostis ou céticos, que iam de líderes políticos à opinião pública e à população civil em geral.<sup>166</sup> Assim, qualquer pessoa ligada à Resistência e que tivesse sobrevivido às consequências de seu fracasso passou a adquirir ares de "pai fundador". Entra em cena Gerhard Leibholz (1901-1982),<sup>167</sup> que nasceu em uma família judia e se converteu ao protestantismo no início da vida adulta. Durante a República de Weimar, rapidamente se destacou como um dos principais estudiosos do direito constitucional, com monografias amplamente reconhecidas sobre o princípio da igualdade, a representação e os partidos políticos na democracia de massa. Leibholz foi aluno de Richard Thoma e Heinrich von Triepel, e tinha um relacionamento amigável com Carl Schmitt e com Rudolf Smend. Casou-se com Sabine Bonhoeffer em 6 de abril de 1926, após a conclusão de seu segundo doutorado. Sabine era irmã do teólogo e posteriormente líder da resistência Dietrich Bonhoeffer. Após a ascensão de Hitler ao poder, o casal emigrou para a Inglaterra com as duas filhas, onde o cunhado arranhou para Leibholz trabalho como assistente do teólogo e amigo próximo, o bispo anglicano George Bell (1883-1958). Juntos, George Bell, Gerhard e Sabine Leibholz eram contatos de Bonhoeffer na Inglaterra na articulação de apoio estrangeiro para o assassinato doméstico de Hitler.



Figure 4 - Os primeiros 24 juízes do Tribunal Constitucional Federal. Na frente, no centro da imagem, está Hermann Höpker-Aschoff. Próximo a ele (à direita), o vice-presidente Rudolf Katz. Ao lado de Katz está Erna Scheffler. Gerhard Leibholz está na última fileira, acima de todos os seus colegas. À esquerda de Leibholz, usando óculos, está Willi Geiger. Disponível em: <https://www.deutschlandfunkkultur.de/100-jahre-frauen-juristinnen-diskriminierung-100.html>

<sup>166</sup> Ver, a esse respeito, Baur, *Das ungeliebte Erbe*. Ao mesmo tempo, estou em dívida com Friedrich Weber-Steinhaus por uma conversa sobre direito constitucional e terrorismo.

<sup>167</sup> Para a biografia de Leibholz, ver Wiegandt, *Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982)*.

Leibholz não precisou esperar a posteridade para desfrutar do reconhecimento da magnitude de sua influência na formação do conjunto retórico do Tribunal Constitucional por todos os tipos de meios, atores e observadores da corte (Figura 4). Durante e após o cargo de juiz constitucional, que Leibholz exerceu por 20 anos, isso é perceptível nas formas de apresentação que anunciam ou seguem qualquer referência a seu nome. Impressiona que a candidatura de Leibholz tenha sido uma opção de reserva apresentada pelo SPD, para o caso de outras personalidades declinarem a proposta de se juntar à Corte. No entanto, como observou o quarto presidente do Tribunal, Ernst Benda (1925-2009), que vestiu as togas já escarlates após a aposentadoria de Leibholz, a influência deste sobre as decisões do Tribunal era certamente maior do que poderia parecer olhando de fora, e definitivamente se estendia para além do Segundo Senado, ao qual Leibholz pertencia.<sup>168</sup> Como o próprio Leibholz revelou em uma entrevista de rádio anos após sua aposentadoria, seus colegas do Primeiro Senado perguntaram sua opinião sobre os fundamentos legais da proibição do SRP, de cuja necessidade já estavam convencidos. Leibholz aconselhou seus pares dizendo que a "inconstitucionalidade do SRP" deveria ser fundamentada no fato de que "uma ordem democrática liberal não precisa legalizar seu suicídio, essa liberdade está sujeita a restrições". Lembrando-se disso, ele se divertiu com o fato de que seus colegas juízes adotaram seu raciocínio: "E devo dizer que, quando li a decisão hoje, que foi redigida pelo Primeiro Senado, foi praticamente como se eu próprio tivesse escrito essa parte".<sup>169</sup> Porém, o mais importante é a sua formulação segundo a qual "*dass Freiheit eben auch Bindungen unterliegt*" [essa liberdade está sujeita a restrições]. Trata-se, sem dúvida, de um truísmo, mas com um índice histórico que remonta ao poema da prisão de Dietrich Bonhoeffer's, *Etapas no caminho para a liberdade* (1944), e a um de seus versos em particular, a saber: *Niemand erfährt das Geheimnis der Freiheit, es sei denn durch Zucht* [Ninguém aprende o segredo da liberdade senão pela disciplina]. Como Leibholz havia lido os versos de Bonhoeffer's diante do público reunido na prefeitura de Karlsruhe, na ocasião de uma celebração do aniversário do 20 de julho, ele acrescentou o seguinte comentário: "Essa imagem de liberdade devidamente compreendida é, ela própria, parte do legado do 20 de julho".<sup>170</sup>

As pesquisas ainda não conseguiram identificar o que motivou a escolha de Leibholz como "juiz relator" para a *Organstreitigkeit* entre o Tribunal Constitucional Federal e o governo. Leibholz apresentou seu relatório ao plenário no dia 21 de março de 1952, uma semana depois do julgamento de Remer, em Braunschweig. As múltiplas consequências organizacionais, que vão desde as regras processuais até o direito administrativo, que Gerhard Leibholz conseguiu conectar e enquadrar como implicações diretas do status do *Bundesverfassungsgericht* enquanto órgão constitucional, são impressionantes. Curiosamente, essa mesma característica seria objeto de controvérsia, pois a maioria dos juízes, seguindo o raciocínio de Leibholz, entrou em conflito com o ministro da justiça de Konrad Adenauer, principalmente quando este último reivindicou o exercício de certo controle sobre os assuntos administrativos e financeiros do Tribunal Constitucional,<sup>171</sup> tendo a seu lado ninguém menos que o democrata de Weimar, Richard Thoma.

<sup>168</sup> Benda, *Gerhard Leibholz als Bundesverfassungsrichter*, p. 20.

<sup>169</sup> Leibholz, *Gerhard Leibholz im Gespräch apud Will, Ephorale Verfassung*, pp. 367-368.

<sup>170</sup> Leibholz, *Das Vermächtnis des 20 Juli 1944*.

<sup>171</sup> Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, pp. 53-75; Lange, *Der Dehler-Faktor; Bundesverfassungsgericht, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts*, e também *Schreiben*

Conforme examinado por Oliver Lembcke, baseado na documentação que compunha a controvérsia sobre o status do Tribunal Constitucional Federal, não obstante o desafio de Thoma mencionado acima, as posições de seu colega, o juiz Willi Geiger, e do presidente do Tribunal, Hermann Höpker-Aschoff, devem ser consideradas como "tomadas" alternativas para o significado e o esboço organizacional da adjudicação constitucional. O que interessa saber é justamente a razão de terem sido preteridos face à narrativa de Leibholz.<sup>172</sup> Apesar da qualidade da conhecida análise de Lembcke, muito se perde ao retratar a força do argumento de Leibholz como resultante de sua posição de "meio termo". Na verdade, em termos de independência judicial, Höpker-Aschoff, e não Leibholz, é quem pertence à posição que pode ser chamada de "meio". Além disso, esse enquadramento é fruto de uma compreensão da história que ignora a retórica da reocupação como algo totalmente operante, já que o cunhado de Dietrich Bonhoeffer<sup>173</sup> buscava consagrar o Tribunal como uma espécie de *sanctorum communio*,<sup>174</sup> ao mesmo tempo em que, aos poucos, submetia tais esforços a racionalizações. Por outro lado, nem Höpker-Aschoff nem Geiger se aventuraram em tal empreendimento.<sup>175</sup> E embora a tentativa de Leibholz de pintar o Tribunal como um *sanctorum communio* tenha sido evidenciada e duramente criticada por Thoma, Dehler e até Höpker-Aschoff, tal crítica não pode ser contestada como vã.<sup>176</sup> Mas o que demonstra a acuidade da visão de Leibholz do Tribunal Constitucional como o principal ator no processo de integração política, com plena autonomia em termos administrativos e financeiros? Aqui, eu foco em duas instâncias do conjunto retórico de Leibholz.

Em meio a seu engajamento na Resistência ao regime nazista, enquanto escrevia sua obra prima inacabada, *Ethik*, Bonhoeffer chegou a uma conclusão ousada. Eventos cristãos e recentes – que, afirma o teólogo, estão sempre interligados como história<sup>177</sup> – demandam um confronto com o que ele apresentava como o "colosso" de "grande parte do pensamento ético-cristão tradicional".<sup>178</sup> Após a época do Novo Testamento, Bonhoeffer argumenta que a ideia fundamental da ética cristã gira em torno da colisão de dois espaços, "um bondoso, santo, sobrenatural e cristão, o outro mundano, profano, natural e não cristão".

Como uma das principais consequências da "Doutrina dos Dois Reinos", que Bonhoeffer viu manifesta na posição defendida pela Igreja Luterana depois de 1933, a

---

des *Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 29*, (respectivamente pp. 144-148; pp. 156-159).

<sup>172</sup> Lembcke, *Hüter der Verfassung*, pp. 105-166.

<sup>173</sup> Sobre a influência mútua de Leibholz e Dietrich Bonhoeffer, ver Koriath, *Evangelisch-theologische Staatsethik und juristisch Staatslehre in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik*, p. 142 (Koriath interpreta erroneamente, no entanto, essa conexão em sua tentativa de forçar no início do *Bundesverfassungsgericht* um movimento em direção à secularização, no sentido de subtração, que simplesmente não se coaduna com as fontes); para uma avaliação distinta, Radier, *The Leibholz-Schmitt connection's formative influence on Bonhoeffer's 1932-1933 entry into public theology*, p. 683.

<sup>174</sup> Bonhoeffer, *Sanctorum Communio*.

<sup>175</sup> Ver Geiger, *Ergänzende Bemerkungen zum Bericht des Berichterstatters zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, e Höpker-Aschoff, *Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 1952*, respectivamente, pp. 137-142, 149-159.

<sup>176</sup> Para o destaque e a crítica de Thoma à retórica de Leibholz, ver Thoma, *Rechtsgutachten betr. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, pp. 161-193, especialmente pp. 165-168.

<sup>177</sup> Bonhoeffer, *Die Geschichte und das Gute [Erste Fassung]*, pp. 226-227.

<sup>178</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute*, p. 41.

própria Igreja deveria se recusar a assumir a responsabilidade por erros perpetrados no âmbito político.<sup>179</sup> Essa linha de pensamento era denunciada por Bonhoeffer como sustentação da posição de que a vontade de Deus vincularia seu rebanho à "ordem natural", isto é, "família, povo, raça (ou seja, ao contexto do sangue)".<sup>180</sup> Para ele, isso reduziria a realidade de Deus [*Wirklichkeit*] a apenas mais uma entre outras. Portanto, à medida que a Cristandade renunciava ao mundo, "ele decai para o antinatural, o irracional, o demônio e o despotismo".<sup>181</sup>

Para Bonhoeffer havia dois reinos, mas não dois espaços estáticos, intocáveis. O desafio consiste em pensar nessa diferença sem recair nessa representação espacial estática.<sup>182</sup> Em Cristo foi posta "a unidade entre a realidade de Deus e a realidade do Mundo", cuja atualização sempre ocorre "constantemente" nos seres humanos.<sup>183</sup> "A revelação de Deus em Jesus Cristo é a tomada de espaço no mundo". Enquanto Deus "reivindica espaço no mundo através de Cristo, (...) ele contempla este espaço estreito ao lado de toda a realidade do mundo juntos, revelando seus fundamentos últimos".<sup>184</sup> E, devido à forma como Cristo e a Igreja estão essencialmente ligados – como seu corpo foi transferido para, e continuou como, o *sanctorum communio* – "a Igreja é, pois, o lugar – isto é, o espaço – de Jesus Cristo no mundo, cuja soberania de Jesus Cristo sobre o mundo todo é testemunhada e pronunciada".<sup>185</sup>

A ressonância dos escritos teológicos de Bonhoeffer na esfera do direito vai além de suas ligações familiares com Gerhard Leibholz. De acordo com o teórico político Wilhelm Hennis, o par *Verfassung* e *Verfassungswirklichkeit* [constituição e realidade constitucional] fala de uma "paixão" essencial. Essa paixão seria uma parte constitutiva do solo alemão "desde a Reforma, a única revolução alemã". Seu eixo é a centralidade da distinção entre "fé e pecados, salvação e depravação, luz e trevas".<sup>186</sup> Em Leibholz, a conexão entre esta paixão e a doutrina constitucional encontra uma articulação clara. Ao compararmos as reflexões éticas de Bonhoeffer com o relatório de Leibholz sobre o status do *Bundesverfassungsgericht*, é difícil exagerar sua proximidade. Leibholz afirma que o conflito entre "a dinâmica irracional" da política e a "essência estática-racional" do direito, a colisão entre existencialidade e normatividade, natureza e razão ética, encontra sua "marca essencial" no direito e na adjudicação constitucionais.<sup>187</sup> Leibholz questiona, assim, a validade de um princípio enunciado pelo *Staatsgerichtshof* de Weimar. De acordo com esse princípio, devido à preocupação do Tribunal com a aplicação do direito objetivo, a adjudicação não deveria considerar "as consequências políticas de seus veredictos".<sup>188</sup> Para Leibholz, é exatamente o oposto, em razão da *Grundgesetz* de Bonn e da experiência da República de Weimar.

<sup>179</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute*, p. 41, nota do editor 34. Sobre o relacionamento entre Hitler e a Igreja Evangélica, ver Scholder, *Die evangelische Kirche in der Sicht der nationalsozialistischen Führung bis zum Kriegsausbruch*, p. 15.

<sup>180</sup> Ver *Der "Ansbacher Ratschlag" zu der Barmer "Theologischen Erklärung"*, In: Schmidt, *Die Bekenntnisse und grundsätzlichen Äußerungen zur Kirchenfrage*. v. 2, pp. 102-104.

<sup>181</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute*, p. 47.

<sup>182</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute*, p. 54.

<sup>183</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute*, p. 45.

<sup>184</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute*, p. 49.

<sup>185</sup> *Idem*.

<sup>186</sup> Hennis, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, p. 64.

<sup>187</sup> Leibholz, *Bericht des Berichterstatters des Bundesverfassungsgerichts vom 21 März 1952*, p. 122.

<sup>188</sup> *Idem*.

Seguindo ambos, deve-se concluir que é "dever" do juiz constitucional – poder-se-ia dizer que é seu *Mandat Gottes* [desígnio de Deus]<sup>189</sup> – ter sob sua atenção as consequências e efeitos políticos de suas decisões. O Tribunal Constitucional como uma "Criatura da Constituição"<sup>190</sup> é o lugar de existência da Constituição no reino político, tomando-a como um todo e estabelecendo seus fundamentos finais:

A tensão existente entre direito constitucional e realidade constitucional é, em última análise, uma tensão inerente à vida, reflexo da tensão entre normatividade e existencialidade, entre dever e ser, entre razão ética e natureza. A tarefa é, portanto, a de retificar, através de uma interpretação criativa da constituição, essa tensão dialética que existe no concreto. (...) Portanto, o jurista constitucional também deve compreender algo da essência do político e de suas forças, se quiser estar à altura da dignidade e do valor intrínseco das normas jurídicas.<sup>191</sup>

Opera profundamente aí a identidade implícita entre os dois ministérios da Igreja e da Justiça, cuja falsa ausência de assuntos políticos mundanos durante a República de Weimar levou juízes e padres à loucura do nacional-socialismo.<sup>192</sup> Ao mobilizar "Weimar" como argumento, alinhado àquilo que os acadêmicos identificaram como a assinatura histórica singular dessa geração em seu passado recente,<sup>193</sup> Leibholz sugere que aquilo que antes poderia ter sido obscurecido devido à Constituição de Weimar, já não pode mais sê-lo. Ou seja, como o *Bundesverfassungsgericht*, embora seja um órgão judicial, é igualmente uma instituição que tem seus pés no terreno político, onde assume seu papel de "guardião da Constituição". Ao intervir no "processo político natural de integração",<sup>194</sup> o Tribunal o faz deste modo: "*wir sehen jetzt durch einen Spiegel in einem dunklen Wort, dann aber von Angesicht zu Angesichte. Jetzt erkenne ich's stückweise; dann aber werde ich erkennen, gleichwie ich erkannt bin*".<sup>195</sup>

Willi Geiger acrescentou suas "observações complementares" ao relatório de Leibholz quatro dias mais tarde. Como autor de um dos principais comentários sobre o BVerGG e ex-conselheiro pessoal de Thomas Dehler, em termos de expertise e de compromisso político, Geiger deveria ser a primeira escolha. É interessante notar que ambos pertenciam ao Segundo Senado, formalmente responsável pelos *Organstreitverfahren* [contencioso entre órgãos estatais]. Pode-se conjecturar que, apesar de seu caráter "costumeiro", os juízes o estruturaram em tais categorias processuais, de modo que a decisão a respeito de quem seria escolhido para a cadeira recaiu sobre Rudolf Katz, e não Hermann Höpker-Aschoff. Em seu elogio fúnebre a Katz,

<sup>189</sup> Bonhoeffer, *Christus, die Wirklichkeit und das Gute. Christus, Kirche und Welt*, pp. 55-57.

<sup>190</sup> Badura, *Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgericht*, p. 2; ver também República Federal Da Alemanha. *Bundesverfassungsgericht. Gleichberechtigung*. pp. 234-235.

<sup>191</sup> Ver Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, p. 271.

<sup>192</sup> Sabine Leibholz, Gerhard Leibholz e Dietrich Bonhoeffer frequentemente discutiam e trocavam cartas sobre o direito de resistência (ao que Bonhoeffer se refere como seu "antigo tema de debate"). Ver, por exemplo, Bonhoeffer, *Brief 182. An Sabine und Gerhard Leibholz 7.3.1940*, pp. 296-300.

<sup>193</sup> Guys, *Vergangenheitsrechtsprechung*, pp. 411-418.

<sup>194</sup> Leibholz, *Bericht des Berichtstatters des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 1952*, p. 125.

<sup>195</sup> 1 Coríntios 13, 1, na tradução de Lutero: "Agora, vemos através de um espelho, em uma palavra obscura, mas depois veremos face a face. Agora, conheço em partes, mas então conhecerei como sou reconhecido".

parte de uma cerimônia do luto realizada no Tribunal após o falecimento do vice-presidente, Leibholz lembrou ao público que este

sabia (...) que, ao contrário da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental de Bonn possui uma marca especial, pois, pela primeira vez na história constitucional alemã, uma Corte genuína é chamada a participar na formação da vontade política e da integração do Estado por meio de suas decisões jurídicas. Durante os anos que esses discernimentos ainda não eram um bem comum garantido, Rudolf Katz foi um companheiro e camarada incansável, por sua própria personalidade, na correção de erros e de preconceitos onde quer que surgissem, e, assim, no cuidado para que a Constituição não fosse ferida, para que o status concedido ao Tribunal Constitucional Federal pela Lei Fundamental fosse respeitado.<sup>196</sup>

A própria prática de realizar elogios após cada morte de um membro é uma fonte rica para se apreender as reocupações endossadas e reforçadas através da fantasia e da fé, por meio das quais a modulação da identidade da adjudicação constitucional veio a ser delineada. Por razões de espaço, reservo uma análise mais abrangente para outra oportunidade. Por ora, as palavras de Leibholz oferecem uma recordação interessante de como o *Statusfrage* aconteceu. Assim como Leibholz, Katz também foi exilado devido a sua descendência judaica. Diferente de Leibholz, ele foi filiado ao SPD. O confronto entre Thomas Dehler e Adolf Arndt, seguido pelo erro de cálculo de Dehler ao adiar uma resposta para os pedidos mais brandos de Höpker-Aschoff, abriu uma brecha para colocar o Tribunal na direção defendida pelos social-democratas: mais do que um tribunal, um órgão constitucional. É importante ressaltar que Leibholz também destacou em seu discurso alguns dos meios retóricos empregados para isso, nomeadamente, o contraste Weimar/Bonn, "personalidade" e o amálgama entre Constituição e Tribunal Constitucional. Geiger certamente informou Dehler sobre esses acontecimentos, muito provavelmente no jantar.<sup>197</sup> Consequentemente, no dia 9 de abril de 1952, Dehler informou a Adenauer que os juízes "em breve vão alegar que são completamente soberanos em termos de administração e orçamento, não pertencentes a uma área ministerial de operações".<sup>198</sup> Alguns dias depois, a carta de Dehler foi acompanhada por uma comunicação oficial, junto com um memorando sobre "A posição legal do Tribunal Constitucional Federal a respeito de questões administrativas e orçamentárias".

Apesar de os intelectuais não terem feito muito esforço para defender esse memorando,<sup>199</sup> e menos ainda sua argumentação, basta o fato de repetirem quase que literalmente o núcleo da resposta de Geiger para o relatório de Leibholz para justificar a atenção que merecem. É possível encontrar no texto de Geiger a afirmação de que, embora "o BVerfG não pertença, enquanto órgão constitucional, à área de operação de nenhum ministério", haveria uma diferença importante no que diz respeito à

<sup>196</sup> Bundesarchiv, B/N1334, *Trauerfeier des Bundesverfassungsgerichts am 30. September 1961*.

<sup>197</sup> Para uma descrição do jantar como a forma de comunicação por meio da qual Dehler e Geiger expressaram, respectivamente, comunicações políticas e jurídicas, ver Will, *Ephorale Verfassung*.

<sup>198</sup> NL Dehler, *Dehler an Adenauer v. 09.04.1954*, ADL, n1-2902 (cópia) *apud* Will, *Ephorale Verfassung*, p. 316.

<sup>199</sup> Bundesarchiv, B136/4436, *Vermerk*. Nenhuma das publicações mencionadas na nota de rodapé 42 discute o memorando. De maneira notável, Oliver Lembcke concebe o *Status-Denkschrift* como um ato espontâneo de autocapacitação. Embora se trate certamente um ato de autocapacitação, à luz do memorando e dos movimentos paralelos de Dehler, o adjetivo "espontâneo" soa um pouco fora de tom. Ver Lembcke, *Hüter der Verfassung*, pp. 91 e seguintes.

administração judicial. “Toda administração, inclusive a judicial, termina, de acordo com a *Grundgesetz* – desde que nada disponha explicitamente em sentido contrário – em um ministro responsável diante do parlamento”.<sup>200</sup> Nas palavras de Dehler, “o Tribunal Constitucional Federal tem que cumprir, junto a suas atividades adjudicativas, também com deveres administrativos, para os quais, conforme estabelecido na Lei Fundamental, de acordo com o princípio da democracia parlamentar, um ministro departamental deve assumir a responsabilidade política”. No linguajar do memorando, orçamento, decisões sobre salário, verbas e pensão, e outras, devem ser submetidas “aos princípios administrativos do direito público, especialmente o da democracia parlamentar, isto é, o de que toda atividade administrativa do Estado deve terminar em [mãos de] um ministro politicamente responsável”.<sup>201</sup> Conforme mencionado acima, a prática imperial alemã da “responsabilidade ministerial” é subjacente a esse princípio. Como Carl Schmitt, entre outros, perspicazmente destacou, na estrutura da “monarquia constitucional”, a responsabilidade ante o parlamento assumida pelos ministros do imperador, especialmente o chanceler, em vez de limitar os poderes do soberano perante o parlamento, entendido como um “espelho da sociedade”, opera antes no sentido de proteger “a unidade do poder do Estado” (instanciada no monarca) dos “antagonismos da sociedade”.<sup>202</sup> No entanto, considerando que, após a proposição do Tribunal, Dehler atendeu postumamente ao pedido de Höpker-Aschoff, confirmando que os juízes constitucionais não estavam sujeitos ao poder disciplinar do ministro, como é que ele poderia empregar sua autoridade de supervisão para vigiar as decisões do Tribunal? Negando a seus membros os meios de manterem sua presença e seu engajamento na opinião pública. Meses mais tarde, embora Hermann Höpker-Aschoff tenha tentado chegar a um meio-termo entre as abordagens de Leibholz e de Geiger, o presidente do Tribunal tocou neste ponto nevrálgico. Höpker-Aschoff reduziu o argumento de Leibholz à estatura de “desejos” e “sugestões”. É interessante notar que o presidente percebeu a tropologia imbuída de teologia que Leibholz empregou no *Status-Denkschrift* [memorando do Status]. Höpker-Aschoff tentou enfraquecê-la atacando a racionalidade imanente do tropo do ponto de vista de seu protestantismo estrito, por meio do qual o presidente inaugurou o que viria a se tornar um tropo recorrente do direito constitucional alemão, ou seja, a comparação negativa do Tribunal com a Igreja Católica. Como diz o ditado, *Karlsruhe locuta, causa finita*. Na versão de Höpker-Aschoff, a argumentação de Leibholz seria aceitável se o Tribunal tivesse sido designado de acordo com o exemplo da “Cúria Romana, em que o Papa nomeava os cardeais, e os cardeais escolhiam o Papa”. Contudo, “os juízes do Tribunal Constitucional Federal são atualmente escolhidos pelo legislativo e nomeados pelo presidente federal”. No entanto, Höpker-Aschoff também divergiu de Geiger sobre o ponto fundamental a respeito da responsabilidade ministerial, insistindo na necessidade de equiparar o Tribunal a um “órgão federal” em termos administrativos e orçamentários, para o bem de sua “reputação”. A reputação da Corte, ele argumentou, baseava-se no “valor pessoal” de seus juízes e na “sabedoria” de suas decisões. Tudo isso deve ser considerado em conjunto, sob a rubrica orçamentária das verbas de representação [*Aufwandsentschädigungen*]. Como Höpker-Aschoff explicou, “os juízes

<sup>200</sup> Geiger, *Ergänzende Bemerkungen zum Bericht des Berichterstatters zur Stellung des Bundesverfassungsgericht*.

<sup>201</sup> Bundesarchiv, B136/4436, *Der Bundesminister der Justiz an den Staatssekretär des Bundeskanzleramts*, 9 April 1952; Bundesarchiv, B136/4436, *Vermekert*.

<sup>202</sup> Schmitt, *Hüter der Verfassung*, 1931. Ver também Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*.

têm participado de múltiplas conferências e reuniões, e essas participações prestam um serviço à reputação do Tribunal Constitucional Federal”, não obstante o fato de que, “em muitos casos”, viajar para cumprir com essas “reuniões e eventos não pode ser considerado, nem mesmo numa interpretação generosa, como uma viagem oficial”.<sup>203</sup> Em suma, enquanto Geiger jantava em particular com Dehler em Karlsruhe, casualmente informando o segundo sobre os assuntos do Tribunal, e por isso era homenageado como modelo de decoro judicial,<sup>204</sup> Leibholz falava com Adenauer em “particular” após a recepção da “Sociedade de Direito Internacional”, em Bonn. Além disso, quando a *Privatgespräch des Kanzlers mit einem Bundesverfassungsrichter* [conversa privada dos Chanceleres com um juiz constitucional] foi anunciada e brevemente comentada na *Bundesländerdienst*, a revista relatou a forma como Adenauer havia questionado Leibholz sobre a constitucionalidade do Tratado para instituir a Comunidade Europeia de Defesa. Leibholz, por sua vez, respondeu no tom da primeira decisão do Tribunal e do discurso de inauguração de seu presidente, ou seja, como o último que se tornou o primeiro em mais de um sentido: o Tribunal Constitucional agiu para que o governo pudesse “atingir seu objetivo”, a saber, não assinando e ratificando o tratado, mas “estabelecendo clareza jurídico-constitucional”.<sup>205</sup>

### 3. Duelo constitucional: o escândalo a propósito do Tratado que institui a Comunidade Europeia de Defesa e o discurso radiofônico de Höpker-Aschoff

Para a decepção de Dehler, então, apesar de seu esforço em manter o Tribunal longe do palco da opinião pública e das manchetes, tanto a imprensa quando a oposição continuaram a bater às portas da corte, enchendo a pauta e a sala de audiência do Tribunal até seu limite material. Dehler não havia percebido a reocupação que estava em andamento, nem os desdobramentos retóricos que a sustentavam. Conforme sugestão de Karl Heinz-Ladeur,<sup>206</sup> teórico do direito, que se baseou no trabalho do historiador Martin Kohlrausch, o Tribunal Constitucional Federal reocupou a posição do imperador, seguindo os moldes das últimas décadas do *Kaiserreich*. Como cuidadosamente explorado por Kohlrausch, abordando o novo espaço de comunicação trazido pela “revolução do cenário midiático” – à medida que os desenvolvimentos tecnológicos levaram ao aumento dos jornais, ao mesmo tempo que tornavam mais rápida sua produção diária, quase aproximando-se da simultaneidade da fita de áudio do rádio, e com a transformação concomitante de seu escopo, isto é, o comentarista e a crítica lado a lado com a reportagem e a informação – e na esteira da mitologização de Otto von Bismarck, como exemplo, a figura imperial se tornou quase um espelho para um público reorganizado de leitores e debatedores capazes, impulsionando o “aburguesamento” da monarquia.<sup>207</sup> O estilo de governo adotado por Guilherme II fazia com que seus discursos e performances – concebidos e conduzidos como “tentativas embaraçosas e substancialmente difusas de ‘definição de agenda’ política” – tornassem-se “catalisadores e pontos de cristalização

<sup>203</sup> Bundesarchiv, B136/4436, *Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe 13 Oktober 1952*, p. 9. Publicado posteriormente como Höpker-Aschoff, *Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 1952*.

<sup>204</sup> Ver Der Spiegel, *Dat ham wir uns so nicht vorstellt*.

<sup>205</sup> Bundesarchiv, B/N1334, *Bundesländerdienst*, v. 4, n. 29/30, p. 7.

<sup>206</sup> Ladeur, *Mythos als Verfassung*, pp. 179 e seguintes.

<sup>207</sup> Kohlrausch, *Der Monarch im Skandal*, pp. 48-53.

para confrontos públicos".<sup>208</sup> Nesse sentido, o esquema do escândalo foi primordial. Kohlrausch argumentava que os escândalos funcionam como "um substituto para a participação", diante das possibilidades restritas de influenciar a tomada de decisões políticas. Além disso, enquanto esquema, o escândalo passou a realizar, por mais paradoxal que pareça, uma "função estabilizadora" e a "democratização" da figura monárquica. O escândalo operava abreviando crises políticas, reduzindo ou até mesmo esquecendo suas características estruturais em favor de personagens e personalidades, por meio dos quais a esperança em um resultado desejável e na monarquia poderia ser novamente estabelecida. Assim, cada escândalo aproximava mais o "imperador" e o "povo", como nunca.

O julgamento no Tribunal, devido a sua natureza ritualística e divisão serial do tempo, era perfeitamente adequado para os tipos e modos de delinear o escândalo monárquico como um meio de comunicação crucial no *Kaiserreich*. Essa afinidade midiática obviamente contribuiu para o reforço da reocupação. Quando se consideram os padrões semânticos que abordam a constelação entre o imperador, sua personalidade, escândalos e o povo, suas conotações cristãs luteranas revelam outras camadas que evidenciam a força da empreitada de Leibholz e de outros em conceber o conjunto retórico do Tribunal como um *sanctorum communio*. Essas fórmulas também fornecem uma visão sobre a metamorfose do cargo imperial e suas funções correspondentes, um processo de mudança estrutural que tornou possível não apenas a mitologização de Von Bismarck, mas também abriu caminho para Paul von Hindenburg assumir e exercer o cargo, seja como Marechal ou como presidente. Sua proximidade com os desdobramentos retóricos perseguidos, por exemplo, por Höpker-Aschoff em seu discurso de tomada de posse e por Leibholz no *Status-Denkschrift*, revela como esses padrões vieram a incorporar a posição, como uma obrigação que não podia ser ignorada.

Entre os seus muitos esforços para enfrentar o mito de Bismarck, Guilherme II se divertia ao se apresentar como "o primeiro servo do Estado". Ao enfrentar a pressão da opinião pública, o imperador costumava destacar – sendo devidamente noticiado e comentado pela imprensa – como era, antes de mais nada, um cristão, dividido entre as suas duas naturezas, pecadora e piedosa, que orava a Deus em busca de orientação para cumprir a sua vocação, dando à antiga doutrina da *Gottesgnadentum* [graça divina] um toque modernizador, pessoal e até íntimo.<sup>209</sup> Como mencionado antes, Christoph Schrönberger destacou o fato de a existência do Tribunal estar sempre em jogo, pois cada decisão é discutida, elogiada ou atacada como se o mundo dependesse disso. Para o autor, é possível atribuir essa característica à dupla natureza do Tribunal, isto é, a de órgão judicial e de "órgão constitucional", consistindo no "equivalente jurídico-estatal do '*simul iustus et peccator*', o princípio Protestante fundador do homem como pecador e como perdoado aos olhos de Deus".<sup>210</sup> Embora Schrönberger seja perspicaz ao perceber tons religiosos que se interpõem na conexão entre as decisões do Tribunal e a opinião pública, sua interpretação político-teológica erra o alvo. O "equivalente jurídico-estatal do princípio Protestante do '*simul iustus et peccator*'" é, antes, o imperador remodelado como líder da nação,<sup>211</sup> incluindo aí a conceituação do cargo imperial como abrangendo a guarda

<sup>208</sup> Kohlrausch, *Der Monarch im Skandal*, p. 79.

<sup>209</sup> Ver Sieg, *Wilhelm II*.

<sup>210</sup> Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, pp. 50-51.

<sup>211</sup> Sobre a relação entre as figuras do imperador (*Kaiser*) e do líder (*Führer*), ver Kohlrausch, *Der Monarch im Skandal*, pp. 431 e seguintes.

da Constituição. Esse conjunto de estruturas e semânticas moldou o campo de batalha diante da opinião pública de tal forma que criticar e até tentar se beneficiar com a centralidade do Tribunal nas mídias para denunciar sua conivência em questões de oportunidade política promoveria, em última análise, o escândalo como "fator estabilizador" e a aparência de democratização do Tribunal. Diante de tais circunstâncias, a única forma de vencer o outro lado é através de sua substituição, mas não de sua denúncia ou condenação. Esse foi o erro de Thomas Dehler.

Como mencionado anteriormente, em paralelo à *SRP-Verbot* e à *Statusstreit*, o governo de Adenauer teve sua política externa questionada pelo SPD perante o Primeiro Senado. Após a ação não ter sido rejeitada de imediato, como esperado por Dehler e outros, o governo concebeu uma manobra política para impedir uma decisão do "Senado vermelho". Baseando-se na competência posteriormente revogada do Tribunal para emitir pareceres consultivos a pedido do *Bundestag*, do *Bundesrat*, do governo e do presidente federal sobre "determinadas questões jurídico-constitucionais", Adenauer pressionou Theodor Heuss a submeter essa questão ao plenário do Tribunal. Essa estratégia foi bem recebida pelo presidente do Tribunal, pois isso poderia dar à Corte como um todo uma chance de decidir sobre o carro-chefe das políticas de Adenauer. Por essas razões políticas, o Primeiro Senado julgou a ação do SPD inadmissível devido ao raciocínio jurídico-processual de que o assunto em causa ainda não se tornara uma "norma" que pudesse ser devidamente "revisada" em um "*Normenkontrollverfahren*" [controle de constitucionalidade da norma]. No entanto, quando o gabinete do Chanceler recebeu a notícia de que enfrentava a possibilidade de perder também no plenário, por ideia de Dehler, Adenauer mobilizou sua coalizão para iniciar um *Organstreit* perante o Segundo Senado, contra o grupo do PSD, em relação à interpretação da Lei Fundamental. A coalizão apresentou a ação no dia 6 de dezembro de 1952. Os esforços do governo para manipular o processo do Tribunal, submetendo-o abertamente aos ventos da oportunidade política, provocaram uma discussão intensa, fora e dentro das paredes da Corte. Do lado de fora, a imprensa noticiava e comentava cada acontecimento. Dentro e fora do Tribunal, professores de direito público escreviam e apresentavam uma série de pareceres conflitantes sobre o tema, alguns dos quais foram convidados a explicar suas posições diante dos juízes. Rudolf Smend retratou o caso como um *unglückselige Gutachterschlacht* [um massacre calamitoso de pareceres], em que a reputação dos estudos constitucionais como arte de clareza e não de ambiguidade foi severamente prejudicada, contribuindo ainda mais para o "monopólio [do Tribunal] sobre o significado constitucional".<sup>212</sup> Do lado de dentro, os próprios juízes eram extremamente críticos em relação a estratégia de Adenauer, qual seja, a de explorar e de chamar a atenção para as inclinações políticas dos juízes. Dessa forma, o plenário da Corte respondeu no dia 8 de dezembro de 1952.

O Tribunal decidiu que os seus pareceres consultivos seriam vinculantes para os dois Senados. Em resposta – algo abordado na versão publicada da decisão –, dois dias depois, pressionado mais uma vez pelo governo de Adenauer, Theodor Heuss retirou o seu pedido. Depois de recapitular o curso dos acontecimentos, a decisão anuncia o início de sua argumentação com esta forte afirmação: "A instituição do Tribunal Constitucional Federal e o escopo da adjudicação constitucional, tal como foram concebidos pela Lei Fundamental, não têm nenhum modelo". Continuando a discussão sobre os limites

<sup>212</sup> Günther, *Denken vom Staat her*, p. 101-105; ver também Lange, *Der Dehler-Faktor*.

inerentes a suas regras processuais, o Tribunal identifica sua "divisão em dois Senados com uma distribuição de competências estatutária que não está, de modo algum, isenta de dúvidas", acrescentando a isso a atribuição do plenário de emitir pareceres consultivos. Em certo sentido, com essas declarações, o Tribunal submete à crítica a concepção de adjudicação constitucional defendida pelo governo de Adenauer, especialmente por Thomas Dehler e Willi Geiger, como forma de impulsionar suas inovações nesse aspecto. De fato, após ilustrar essa falha na concepção com a forma como diferentes atores políticos tentaram explorá-la, a decisão diz o seguinte: "caso o Tribunal deseje manter sua autoridade no jogo de competências, deverá estabelecer regras processuais fundamentais a respeito da relação entre o procedimento do parecer consultivo e aquele da decisão, e entre o parecer consultivo do plenário e a decisão emitida por um Senado".<sup>213</sup> Dessa forma, apesar do fato de que mesmo um parecer consultivo emitido por um tribunal constitucional não tem um caráter vinculante, para que o parecer cumpra sua "função de pacificação", sua "autoridade e significado", devem ser observados pelos outros órgãos constitucionais, especialmente os próprios dois Senados do Tribunal. Curiosamente, em relação a isso, a decisão cita as palavras de Walter Strauß, que representava o governo durante as audiências perante o Primeiro Senado: "o Tribunal concorda com o Secretário de Estado do Ministério da Justiça Federal, que 'qualquer parecer consultivo do Tribunal Constitucional Federal é de tal autoridade e significado que nenhum órgão legislativo ou o governo federal poderia exercer seu direito de iniciativa de forma que implicasse em se opor a um parecer consultivo do Tribunal". Strauß foi além, é verdade, afirmando que, independentemente de ser uma decisão judicial vinculante ou um parecer consultivo, "nenhum órgão, constitucional ou não, da federação está em condições de se comportar em relação a uma questão constitucional de modo distinto daquele que foi decidido pelo Tribunal Constitucional Federal".<sup>214</sup> Ambas as declarações foram feitas durante a segunda audiência, perante o Primeiro Senado, no dia 18 de julho de 1952, quando Strauß e Arndt se enfrentaram, colocando em confronto não apenas suas diferentes interpretações da Lei Fundamental, mas suas lembranças também divergentes da criação da Constituição. Examinando a transcrição da audiência, é possível perceber que Strauß foi levado a tomar posição sobre essa questão pela indagação do presidente. É difícil dizer se Strauß já podia prever ou não o rumo que a ação tomaria. Porém, considerando a reação de Thomas Dehler após a decisão de 8 de dezembro de 1952, a confirmação de como as visões sobre a adjudicação constitucional eram diferentes entre o ministro e seu secretário de Estado ganha força.

Antes de uma conferência de imprensa, Dehler chamou a decisão de uma "nulidade", mera consequência da construção falha do Tribunal, beneficiando o homem por trás dela, a saber, Adolf Arndt. Na verdade, tanto Adenauer quanto Dehler declararam sua vontade de alterar o estatuto do Tribunal, como resposta a essa decisão errônea. Quando suas declarações alcançaram os jornais, as manchetes falavam de uma "crise constitucional", uma "crise de estado" e de um "conflito entre Bonn e Karlsruhe". Às muitas advertências sugerindo que ele devia voltar atrás, Dehler respondeu, no dia 11 de dezembro, através de um telegrama que rapidamente chegou à imprensa também: "As

---

<sup>213</sup> República Federal Da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht. Beschluß des Plenums vom 8 Dezember 1952*, pp. 84-86.

<sup>214</sup> República Federal Da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht. Beschluß des Plenums vom 8 Dezember 1952*, p. 88. Ver também Institut Für Staatslehre Und Politik E. V. In: Mainz (ed.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*.

circunstâncias foram completamente incompreendidas. O Tribunal Constitucional Federal desviou-se de forma convulsiva do caminho da lei e, com isso, criou uma grave crise”.<sup>215</sup> Enquanto Adenauer rapidamente percebia que seu ministro estava ultrapassando alguns limites – alguns dos quais foram estabelecidos na inauguração do Tribunal –, Dehler ainda foi além, distanciando-se ainda mais. Como suas atitudes foram condenadas pela imprensa, a oposição aproveitou o momento. O SPD propôs perante o parlamento uma moção devido aos pronunciamentos do ministro em relação ao Tribunal. Nas transcrições dos procedimentos da Assembleia Federal de quando o assunto foi debatido, ou seja, de 4 e de 5 de março de 1953, encontramos uma coleção de ataques de Dehler. Considerado “demagógico” e uma ameaça para a democracia, o ataque de Dehler à reputação da Corte acabou atingindo a si próprio. Referindo-se ao telegrama acima citado, o peticionário do SPD acrescentou às pretensões de Dehler de ser o guardião da Constituição: “Com este telegrama, o homem que quer ser o mais alto defensor da lei na Alemanha acusou o mais alto tribunal, que deve zelar pela integridade da vida constitucional, de violar a lei”.<sup>216</sup> Em sua réplica, Dehler repetiu e defendeu seus ataques, tomando distância do Estatuto do Tribunal enquanto enquadrava o conflito como choque de duas opiniões, uma que fazia do Tribunal o senhor da Constituição e a outra que reconhecia seu lugar como o de guardião da Constituição. Embora alguns juízes constitucionais compartilhassem a primeira posição, Dehler defendeu a segunda como legítima. Ele então aproveitou a deixa para renovar suas críticas à decisão de 8 de dezembro de 1952, acrescentando outros comentários sobre o *SRP-Verbot* e a primeira decisão do Tribunal. No entanto, se nos lembrarmos do desejo de Dehler, de revestir seu cargo ministerial com as vestes de guardião da Constituição, admitir que as vestes recaíram nas mãos de outra pessoa equivale a reconhecer a derrota – mesmo que Dehler tenha feito isso como um perdedor melindroso.

Em resposta ao discurso de Dehler perante o *Bundestag*, Hermann Höpker-Aschoff foi ao rádio. Mais tarde, ele distribuiu uma transcrição do seu discurso a todos os seus pares, mas também a todos os ministros federais e aos presidentes do *Bundestag* e do *Bundesrat*. Höpker-Aschoff começou o seu discurso lembrando aos seus ouvintes os ataques de Dehler e como o governo se distanciou do seu ministro da Justiça. Consequentemente, quando Dehler entrou na sessão do parlamento, no dia 4 de março de 1953, o presidente esperava dele, a quem era ligado por uma “amizade de anos”, um pedido de desculpa por seus ataques contra a reputação do Tribunal Constitucional Federal. “O que aconteceu foi o contrário”. No entanto, Höpker-Aschoff explica que veio a público não para começar uma batalha contra Dehler, nem para defender as decisões do Tribunal – para ele, as decisões falam por si só –, mas para proteger “a independência da justiça” e “a ideia do *Rechtsstaat*”. Em sua performance, Höpker-Aschoff remete seus ouvintes a seu discurso de posse, repetindo textualmente a metáfora sobre o senhorio e a servidão da lei. Tal como ele agora enquadra a questão, “na acusação de que o Tribunal Constitucional Federal se coloca como legislador, oculta-se um problema importante de adjudicação constitucional. Eu abordei esse problema na ocasião da inauguração do Tribunal Constitucional Federal, em 28 de setembro de 1951. (...) Essas palavras, ele ressaltou, não ficaram só na teoria, ao contrário, orientaram as decisões do Tribunal”. Esse, que é apenas um dos lados do discurso de Höpker-Aschoff, foi evidenciado por

<sup>215</sup> Bundesarchiv, *Stenographische Berichte, Bundestag*.

<sup>216</sup> Bundesarchiv, *Stenographische Berichte, Bundestag*.

meio de trechos de duas decisões judiciais e da avaliação de aprovação de um jornal. Ao mesmo tempo, Höpker-Aschoff mobilizou com habilidade uma figura que certamente era cara ao esforço de Dehler para supervisionar as decisões do Tribunal, a saber, Friedrich der Große (1712-1786). Depois de resumir o caso, a primeira citação do discurso vem do *Testamento Político* de Friedrich der Große, precisamente do capítulo dedicado à adjudicação. Após a luta pela plausibilidade da adjudicação constitucional, Höpker-Aschoff podia agora espelhar suas ações nas palavras de Friedrich. Depois de declarar seu propósito de defender a autonomia judicial e a ideia do *Rechtsstaat*, o presidente pergunta a seu público: "Do que se trata tudo isso?" Resposta: "Do testamento do grande rei da Prússia são conhecidas estas palavras: 'Decidi nunca perturbar o curso do processo. Nos tribunais, as leis devem falar, e o soberano deve silenciar'. O que isso significa? Que o governo deve respeitar as decisões dos tribunais mesmo quando elas não correspondem à perspectiva jurídica do governo".<sup>217</sup>

## Considerações finais

---

Em seu recente livro, *Against constitutionalism* [*Contra o constitucionalismo*], Martin Loughlin dedica um capítulo inteiro a uma confrontação com o que ele denomina "integração por meio da interpretação". Loughlin tem como principal exemplo nada menos que o início da atividade jurisdicional do *Bundesverfassungsgericht*. O desconforto de Loughlin leva a um argumento normativo contra o que está no cerne deste texto. Em suas palavras, "não deveríamos buscar na Constituição nossos ideais coletivos de justiça".<sup>218</sup> A Constituição não deveria representar a "alma da nação". Isso pode até ser verdade, mas o mais interessante, de uma perspectiva multidisciplinar e centrada no conhecimento,<sup>219</sup> não é a questão ética de saber se deveríamos fazer isso ou não, mas a de como "nós" chegamos a fazer isso, e qual é o papel da adjudicação constitucional nesse problema.

As páginas anteriores exploraram como referências religiosas, metáforas e imagens foram empregadas por atores envolvidos no desenvolvimento da adjudicação constitucional na Alemanha do pós-guerra. Também abordei as condições que determinaram a possibilidade e até a necessidade de tais instrumentalizações. Em primeiro lugar, por que haveria necessidade desses recursos religiosos? Porque a comunicação precisa fascinar. Ela deve atrair a atenção das consciências individuais e moldar o comportamento dos corpos, organizando-os e distribuindo-os em distintos papéis sociais, incluindo (e excluindo) indivíduos na comunicação social. Ora, essa atração e moldagem têm muito a ver com a religião. Para tomar emprestada uma frase de Paul Valéry sobre esse dilema, considerado por Blumenberg como particularmente incisivo, "*une religion fournit aux hommes des mots, des actes, des gestes, des 'pensées' pour les circonstances où ils ne savent que dire, que faire, qu'imaginer*" [uma religião

---

<sup>217</sup> Bundesarchiv, B/237/1025701, Hermann Höpker-Aschoff, *Rundfunkrede vom 14 März 1953*.

<sup>218</sup> Loughlin, *Against constitutionalism*, p. 143.

<sup>219</sup> Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, p. 51 ("A ciência jurídica se torna precisamente uma ciência relevante na medida em que revela algo importante sobre nossa sociedade. É claro que isso já pode ser alcançado com proposições dogmáticas "puras". Mas o conhecimento almejado por uma ciência jurídica teoricamente ambiciosa deve ser concebido de forma ampla. De acordo com a posição defendida aqui, a ciência jurídica inclui a reivindicação de uma teoria multidisciplinar da sociedade, observada por meio do direito.")

fornece aos homens palavras, ações, gestos, "pensamentos" para situações diante das quais eles não sabem o que dizer, o que fazer, o que imaginar].<sup>220</sup> Mesmo quando a religião é substituída, seus materiais podem ainda reter parte de sua força. Nesses casos, pode-se dizer que recursos religiosos são mobilizados para fins de comunicação de outros domínios sociais devido à sua "consagração e familiaridade".<sup>221</sup> Em outras palavras, esses materiais ainda atraem e prendem o olhar dos indivíduos.

Assim, se e quando o "constitucionalismo" reocupa a posição da religião, acredito que é justo dizer que sua história se baseia em uma cadeia de catacreses. De fato, a catacrese, como o uso mais ou menos deliberado e desviante de uma palavra ou expressão, talvez seja a figura retórica que melhor incorpora a antinomia entre a necessidade de história e a experiência da história. O cerne dessa antinomia é, precisamente, o fenômeno das reocupações. Para citar um dos ditos mais perspicazes de Hans Blumenberg, o que foi outrora concebido metaforicamente pode ser entendido literalmente, sendo esses mal-entendidos históricos produtivos à sua maneira.<sup>222</sup> No que diz respeito à adjudicação constitucional, esses mal-entendidos históricos produtivos ocorrem – seja simultaneamente, subsequente ou até retroativamente, à medida que registros passados são revestidos de novas roupagens – no campo discursivo da hermenêutica constitucional e na constelação medial da cerimônia constitucional. De qualquer forma, à medida que a adjudicação constitucional consegue fascinar, ela também se torna popular.

Ao focar nos aspectos estruturais e semânticos da popularidade do Tribunal, isto é, em seu conjunto retórico, não apenas vêm à tona as fontes para abordar as "influências subcutâneas das tradições eclesiásticas", mas também se consegue investigar, por exemplo, a afirmação de Günter Frankenberg de que "no domínio da legitimidade política, a religião foi suplantada pelo constitucionalismo".<sup>223</sup> Assim, conforme desenvolvido até aqui, o foco nos conjuntos retóricos e na reocupação permite explicar a disponibilidade de elementos religiosos para fins de organização de uma tropologia de religiosidade enraizada e sua força retórica de maneira metodologicamente controlável. Nem a disponibilidade desses elementos nem sua força retórica são consideradas evidentes, demandando a localização dos atores envolvidos na imaginação da adjudicação constitucional em redes marcadamente confessionais, respondendo a um público imbuído de religiosidade. Nesse sentido, isso concretiza uma das percepções mais agudas de Blumenberg: "efeitos históricos" frequentemente projetados em uma cadeia de ações e ocorrências são, na verdade, os últimos passos das consequências de suas pressuposições. Em outras palavras, a "pré-história" condiciona a "história efetiva" pertencente a qualquer matéria.<sup>224</sup> Escrever a "história efetiva" da adjudicação

---

<sup>220</sup> Blumenberg, *Beschreibung des Menschen*, p. 729.

<sup>221</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, p. 88.

<sup>222</sup> Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, p. 99.

<sup>223</sup> Frankenberg, *Magic and Deceit*, p. 162.

<sup>224</sup> Blumenberg, *Die Genesis der kopernikanischen Welt*, p. 506.

Este artigo se beneficiou de conversas com amigos e acadêmicos, cuja percepção, conhecimento e paciência muito contribuíram para melhorar a argumentação nele exposta. Agradeço a Carolina Moulin, Artur Barreto, João Mendes, Bruno Lima, Gilberto Pedrosa, Gustavo Zatelli, Ari Solon, Fabian Steinhauer, Lucas Amato, Urs Stäheli, Pierre Legrand, Kaius Tuori, Mary Haddad, Friedrich Weber-Steinhaus, Gwinyai Machona, Tsung-Chun Chen, Shivangi Gangwar, Frederico Oliveira, João Bachur, Vinícius Nagutti, Rosaly Stange, Fernanda Nunes, André Hachem e Cyntia Machado.

constitucional na Alemanha, algo cuja necessidade foi tema recente em Dieter Grimm em *Die Historiker und die Verfassung*, exige, mais do que simplesmente seguir a forma como os jornais enquadraram “decisões históricas”, reintroduzir o constitucionalismo a seus pares, o confessionalismo e o nacionalismo. Conectar pré-história e história efetiva, contudo, é algo que demanda multidisciplinaridade e teoria.

---

Partes deste trabalho foram apresentadas na Max Planck Summer Academy for Legal History [Academia de Verão em História do Direito do Instituto Max Planck] (junho de 2022), no Seminário de Pesquisa do Centro de Excelência Law, Identity and the European Narratives [Direito, Identidade e Narrativas Europeias] da Universidade de Helsinque (novembro de 2022), para o grupo interno da Cátedra de Direito Público da Universidade Humboldt zu Berlin (dezembro de 2022) e no BACL Doctoral Workshop [Workshop Doutoral da Associação Britânica de Direito Comparado] na Universidade de Warwick (maio de 2023). Agradeço a todos que assistiram a essas apresentações e estiveram envolvidos com o meu trabalho em tais ocasiões, e deixo aqui meus agradecimentos aos organizadores de tais eventos, respectivamente, Stefanie Rüther, Kaius Tuori, Philip Dann e Daniel Matthews. Durante a redação, pude tirar proveito da biblioteca e do ambiente do Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory [Instituto Max Planck de História e Teoria do Direito], ao qual deixo meus agradecimentos em nome uma de suas diretoras, Marietta Auer. O argumento que desenvolvo neste trabalho se baseia em descobertas derivadas de pesquisas no Bundesarchiv [Arquivo Nacional da Alemanha] - Koblenz (fevereiro de 2023). Sou muito grato à equipe do Bundesarchiv.

- ADERS, Thomas. *Die Utopie vom Staat über den parteien*: Biographische Annäherungen an Hermann Höpker-Aschoff (1883-1954). Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1994. 302.
- ALBRECHT, Christian; ANSELM, Reiner (eds.). *Aus Verantwortung: Der Protestantismus in den Arenen des Politischen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- ALDER, Ken. Introduction. *Isis*, v. 98, n. 1, pp. 80-142, 2007.
- ALTER, Karen. *The European Court's Political Power: Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2009. 77
- AUER, Marietta. *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*: Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- AUGSBERG, Ino. *Die Lesbarkeit des Rechts*. Weilerswist: Velbrück, 2020.
- BADURA, Peter. *Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*: Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976. v. 2.
- BAUR, Tobias. *Das ungeliebte Erbe*: ein Vergleich der zivilen und militärischen Rezeption des 20. Juli 1944 im Westdeutschland der Nachkriegszeit. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2007.
- BENDA, Ernst. Gerhard Leibholz als Bundesverfassungsrichter in Christoph Link (ed.) *Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 1982.
- BERTHOLD, Lutz. *Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- BILLING, Werner. *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1969.
- BLASCHKE, Olaf. Das 19. Jahrhundert: Ein Zweites Konfessionelles Zeitalter?. *Geschichte und Gesellschaft*, v. 26, pp. 38-75, 2000.
- BLUMENBERG, Hans. Anthropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik. In: BLUMENBERG, Hans. *Wirklichkeiten in denen wir leben*. Stuttgart: Reclam, 2020.
- BLUMENBERG, Hans. *Arbeit am Mythos*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2021. 290.
- BLUMENBERG, Hans. *Beschreibung des Menschen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2020.
- BLUMENBERG, Hans. *Die Genesis der kopernikanischen Welt*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2021.
- BLUMENBERG, Hans. *Die Legitimität der Neuzeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2021.

BLUMENBERG, Hans. *Die ontologische Distanz*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2022.

BLUMENBERG, Hans. Wirklichkeitsbegriff und Staatstheorie. *Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur*, v. 48, n. 2, pp. 121-146, 1968-1969.

BLUMENBERG, Hans. *Wirklichkeitsbegriff und Wirkungspotential des Mythos in Terror und Spiel: Probleme der Mythenrezeption, Poetik und Hermeneutik*: v. IV. Ed. Manfred Fuhrmann. Munich: Wilhelm Fink, 1971.

BOMHOFF, Jacco. Getting Legal Reason to Speak for Itself: The Legal Form of the Gutachten and Its Affordances. *Law & Literature*, pp. 1-27, oct. 2023.

BONHOEFFER, Dietrich. Brief 182. An Sabine und Gerhard Leibholz 7.3.1940. In: BONHOEFFER, Dietrich. *Illegale Theologenausbildung: Sammelvikariate 1937-1940*. Munich: Ch. Kaiser, 1992. (Werke, v. 15)

BONHOEFFER, Dietrich. Christus, die Wirklichkeit und das Gute: Christus, Kirche und Welt. In: BONHOEFFER, Dietrich. *Ethik*. Munich: Ch. Kaiser, 1992. (Werkausgabe, v. 6)

BONHOEFFER, Dietrich. Die Geschichte und das Gute: Erste Fassung. In: BONHOEFFER, Dietrich. *Ethik*. Munich: Ch. Kaiser, 1992. (Werkausgabe, v. 6)

BONHOEFFER, Dietrich. *Sanctorum Communio*. Munich: Ch. Kaiser, 2005. (Werkausgabe v. 1)

BOULANGER, Christian. Hüten, richten gründen: Rollen der Verfassungsgerichte in der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns. 2013. 395f. Dissertation. Freie Universität Berlin, Berlin, 2013.

BOULANGER, Christian. Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit: eine theoretische Annäherung. In: BOULANGER, Christian et al. (eds.). *Die Politik des Verfassungsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2013. v. 3.

BUNDESARCHIV. B/134/21719.

BUNDESARCHIV. B/N1334, Süddeutscher Rundfunk, Studio Karlsruhe, Sendung am 4. Mai 1969, Verfassungskontrolle – Hilfe oder Hindernis für den Gesetzgeber. Eine Sendung über das Bundesverfassungsgericht von Erhard Becker (Abschrift des Sende-Bands).

BUNDESARCHIV. B136, 4436, Konrad Adenauer an Walter Strauß, 4 Jun. 1951.

BUNDESARCHIV. B136, 4436, Walter Strauß to Konrad Adenauer, 6 Jun. 1951.

BUNDESARCHIV. B136/4436, "Vermerk: Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts in verwaltungs- und haushaltsmässiger Hinsicht" v. 31. Mär. 1952.

BUNDESARCHIV. B136/4436, Der Bundesminister der Justiz an den Herrn Staatssekretär im Bundeskanzleramt, 25 Juni 1951.

BUNDESARCHIV. B136/4436, Deutsche Zeitung, In der Hand der Verfassungsrichter: Spekulationen über den „roten“ und den „schwarzen“ Senat, 11 Jun. 1952.

BUNDESARCHIV. B136/4436, Ernst Müller-Meiningen Jr., Der Richter und die Macht.

BUNDESARCHIV. B136/4436, Hans Baumgarten, Wir haben ein Verfassungsgericht.

BUNDESARCHIV. B136/4436, Walter Mänkels, Um einen hohen Posten: Höpker-Aschoff, Ruh Nachrichten (28.8.51).

BUNDESARCHIV. B/N1334, Bundesländerdienst, v. 4, n. 29-30, 1953.

BUNDESARCHIV. B/N1334, Trauerfeier des Bundesverfassungsgerichts am 30. Sep. 1961.

BUNDESARCHIV. B136/4436, Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe 13 Oktober 1952, 9. Later published as Höpker-Aschoff, Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Okt. 1952c.

BUNDESARCHIV. B136/4436. Der Bundesminister der Justiz an den Staatssekretär des Bundeskanzleramts, 9 Apr. 1952a.

BUNDESARCHIV. B136/4436. Vermekert: Betr.: Rechtstellung des Bundesverfassungsgerichts in verwaltungs- und haushaltmässiger Hinsicht, 31 Mär. 1952b.

BUNDESARCHIV. *Stenographische Berichte, Bundestag, 252 Sitz. v. 04.03.1953, 12083 (12098 (A))*.

BÜSCH, Otto. Geschichte und Gestalt den SRP. In: STAMMER, Otto (org.). *Rechtsradikalismus im Nachkriegsdeutschland: Studien über die „Sozialistische Reichspartei“ (SRP)*. Wiesbaden: Springer, 1967.

CANCIK, Pascale et al. (org.). *Konfession im Recht: Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009.

COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CORWIN, Edward. The Worship of the Constitution. *Constitutional Review*, v. 4, n. 3, 1920.

DER SPIEGEL. Dat ham wir uns so nicht vorjestellt. *Der Spiegel*, 12 nov. 1978. Available at: <https://www.spiegel.de/politik/dat-ham-wir-uns-so-nich-vorjestellt-a-93710ca9-0002-0001-0000-000040606997>.

DEUTSCHES WÖRTERBUCH VON JACOB GRIMM UND WILHELM GRIMM [DWB]. *Digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz des Trier Center for Digital Humanities*. Version 01/23. Available at: <https://www.woerterbuchnetz.de/DWB?lemid=H13837>. Access on: 22 jul. 2023.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Constitutions as political insurance: variants and limits *In: DELANEY, Erin F.; DIXON, Rosalind (eds.). Comparative Judicial Review*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

DOUGLAS, Mary. *Purity and Danger: an analysis of concepts of pollution and taboo*. London: Routledge, 2001.

DÜRIG, Günter. Die Menschenauffassung des Grundgesetzes. *In: GLAESER, Walter Schmitt; HÄBERLE, Peter (orgs.). Gesammelte Schriften 1952-1983*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

EBELING, Gerhard, Die Anfänge von Luthers Hermeneutik. *Zeitschrift für Theologie und Kirche*, v. 48, n. 2, pp. 172-230, 1951.

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, v. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Beschluß des Plenums vom 8. Dezember 1952, *BVerfGE*, v. 2, n. 79, 1952.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Bundesarchiv, B/237/1025701, Hermann Höpker-Aschoff, Rundfunkrede vom 14 März 1953.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Bundesverfassungsgericht. Beschluß des Zweiten Senats vom 9. September 1951, *BVerfGE*, v. 1, n. 1, pp. 1-2, 1951.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Bundesverfassungsgericht. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 6, pp. 144-148, 1957.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Bundesverfassungsgericht. Gleichberechtigung. *BVerfGE*, 3, 225, 1953.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Bundesverfassungsgericht. Urteil des Ersten Senats vom 23. Oktober 1952, *BVerfGE*, v. 2, n. 1, pp. 53-54.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Bundesverfassungsgerichtsgesetz. 1951.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Landgericht Braunschweig. Urteil. 15 mar. 1952. *In: WILL, Ephorale Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Schreiben des Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Oktober 1952. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 6, pp. 156-159, 1957.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Stenographische Berichte, Bundestag, 1. Wahlperiode, 165 Sitz. 27 set. 1951, 6695 (6753 (C)). Available at: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/01/01165.pdf>. Access on: 22 jul. 2023.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Stenographische Berichte, Bundestag, 252 Sitz. 4 mar. 1953, 12083 (12098 (A)), 1953. Available at: <https://dserver.bundestag.de/btp/01/01252.pdf>. Access on: 22 jul. 2023.

FELZ, Sebastian. Die Historizität der Autorität oder: Des Verfassungsrichters neue Robe. *Jahrbuch junge Rechtsgeschichte*, pp. 109-117, 2011.

- FOLJANTY, Lena. *Recht oder Gesetz: Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- FORLENZA, Rosario. The Politics of the "Abendland": Christian Democracy and the Idea of Europe after the Second World War. *Contemporary European History*, v. 26, n. 2, pp. 261–286, 2017.
- FRANKENBERG, Günter. *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.
- FREI, Norbert. *Vergangenheitspolitik: Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*. Munich: Beck, 1996.
- FREUD, Sigmund. Der Moses des Michelangelo. *Imago: Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften*, v. 3, pp. 15–36, 1914. Available at: <https://www.gutenberg.org/files/30762/30762-h/30762-h.htm>. Access on: 22 jul. 2023.
- FURTH, Peter. Ideologie und Propaganda der SRP. In: STAMMER, Otto (ed.). *Rechtsradikalismus im Nachkriegsdeutschland. Studien über die „Sozialistische Reichspartei“ (SRP)*. Wiesbaden: Springer, 1967.
- GEIGER, Willi. Ergänzende Bemerkungen zum Bericht des Berichterstatters zur Stellung des Bundesverfassungsgericht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 6, pp. 137–142, 1957.
- GEIGER, Willi. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht: Kommentar*. Berlin: Franz Vahlen, 1952.
- GILCHER-HOLTEY, Ingrid. Integration der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte? Die Perspektive der Historischen Soziologie. *Rechtsgeschichte*, v. 31, pp. 188–190, 2023.
- GRIMM, Dieter. Constitutional History as an Integral Part of General History: The German Case. *Rechtsgeschichte*, v. 31, pp. 18–30, 2023.
- GRIMM, Dieter. Das Bundesverfassungsgericht im Überblick. In: GRIMM, Dieter. *Verfassungsgerichtbarkeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2021.
- GÜNTHER, Frieder. *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen 1949–1970*. Munich: Oldenbourg, 2004.
- GUSY, Christoph (ed.). *Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- GUSY, Christoph. Vergangenheitsrechtsprechung: Die Nachwirkungen Weimars in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht. In: GUSY, Christoph (ed.). *Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994.
- HAVERKAMP, Anselm. The Future of Violence: Machiavelli and Macbeth. In: HAVERKAMP, Anselm. *Shakespearean Genealogies of Power*. New York: Routledge, 2010.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Phänomenologie des Geistes*. Leipzig: Dürr'schen Buchlandlung, 1907.

HENNIS, Wilhelm. Verfassung und Verfassungswirklichkeit. In: HENNIS, Wilhelm. *Die missverstandene Demokratie*. Freiburg: Herder, 1973.

HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1959.

HEUSS, Theodor. Abschied von Hermann Höpker-Aschoff. *Bulletin des Presse- und Informationsdienstes der Bundesregierung*, v. 13, 1945.

HOFFMANN, Dierk. Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik: die Auseinandersetzung um die Westverträge 1952-1954. *Historisches Jahrbuch*, v. 120, pp. 227-273, 2000.

HOLL, Ute (ed.). *Radiophonic Cultures*. Heidelberg: Kehrer, 2018.

HÖPKER-ASCHOFF, Hermann. Schreiben des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 1952. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 6, pp. 149-159, 1957.

HULL, Isabel. Persönliches Regimet. In: RÖHL, John (ed.). *Der Ort Kaiser Wilhelms II. in der deutschen Geschichte*. Munich: Oldenbourg, 1991.

HÜTER, m. In: GRIMM, Jacob; GRIMM, Wilhelm. *Deutsches Wörterbuch*. Digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz do Trier Center for Digital Humanities, Version 01/23. Available at: <https://www.woerterbuchnetz.de/DWB?lemid=H13837>. Access on: 22 jul. 2023.

INSTITUTS FÜR STAATSLEHRE UND POLITIK E. V. IN MAINZ (ed.). *Der Kampf um den Wehrbeitrag*. v. 1. Munich: Isar, 1952.

JESTAEDT, Matthias et al. (eds.). *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2019.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus: Die Ohnmacht der Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat. In: DEPENHEUR, Otto et al. (eds.). *Nomos und Ethos. Hommage anlässlich des 65. Geburtstages von Josef Isensee*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

KANT, Immanuel. Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte. In: VORLÄNDER, Karl (ed.). *Kleine Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*. Leipzig: Felix Meiner, 1913.

KAU, Marcel. *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht: Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Springer, 2007. p. 73.

KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. Ed. By Robert Chr. Van Ooyen Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

KIRCHOF, Paul. Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts*. Heidelberg: C. H. Müller, 1987.

KITLER, Friedrich. *Gramophone, Film, Typewriter*. Trans. Geoffrey Winthrop-Young e Michael Wutz. Stanford: Stanford University Press, 1999.

KNAPPENBERGER-JANS, Silke. *Verlagspolitik und Wissenschaft: Der Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) im frühen 20. Jahrhundert*. Wiesbaden: Harrassowitz, 2001.

KOHLRAUSCH, Martin. *Der Monarch im Skandal*. Berlin: Akademie, 2005.

KORIOTH, Stephan. Evangelisch-theologische Staatsethik und juristisch Staatslehre in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik. In: CANCIK, Pascale et al. (eds.). *Konfession im Recht: Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009.

KRAJEWSKI, Markus. *Der Diener: Mediengeschichte einer Figur zwischen König und Klient*. Frankfurt am Main: Fischer, 2010. 45f.

LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. v. 2. Tübingen: Lauppschen Buchhandlung, 1878. 46f.

LADÉUR, Karl-Heinz. Mythos als Verfassung – Verfassung als Mythos. In: DEPENHEUR, Otto (ed.). *Mythos als Schicksal: Was konstituiert die Verfassung*. Wiesbaden: VS Verlag, 2009.

LANGE, Felix. Der Dehler-Faktor. *Der Staat*, v. 56, pp. 77-105, 2017.

LAUFER, Heinz. *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968.

LEGRAND, Pierre. *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

LEIBHOLZ, Gerhard. Bericht des Berichterstatters des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 1952. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 6, 1957.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Das Vermächtnis des 20. Juli 1944*. Vortrag am 20. Juli 1969 im Rathaus in Karlsruhe. Available at: <https://stiftung-20-juli-1944.de/reden/das-vermachtnis-des-20-juli-1944-prof-dr-dr-gerhard-leibholz-20071969>. Access on: 22 jul. 2023.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Leibholz im Gespräch: Recht, Philosophie, Politik*. Radiosendung, NDR, played on 17 mar. 1982, 20h-21h30. NDR-Schalarchiv, Archiv-nummer 6908342 000 in Will, Ephorale Verfassung, pp. 367-368.

LEIBHOLZ, Gerhard. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. In: LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Repräsentation in der Demokratie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973.

LEININGER, Julia (ed.). *Religiöse Akteure in Demokratisierungsprozessen*. Wiesbaden: Springer, 2013.

LEMBCKE, Olivier. *Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. 105.

LINDAHL, Hans. *Authority and the Globalization of Inclusion and Exclusion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

LOUGHLIN, Martin. *Against Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errugenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, v. 9, pp. 176–220, 1991.

LUTHER, Martin. Von der Freiheit eines Christenmenschen. In: JUNG, Martin H. (ed.). *Luther lesen*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2017.

LUTHER, Martin. Vorrede zu der Epistel von St. Paulus an die Römer. Available at: <http://www.reformatorischeschriften.de/Vorrede/roemer.html>. Access on: 22 jul. 2023.

MAYER, Otto. *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr, 1908. (Festgabe Paul Laband, v. 1)

N.N. Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951.

NACHLASS W. STRAUSS. Anlage 1 zum Protokoll 9. Sitz. (09.01.1950) Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht, IfZ ED 94, Bd. 155, Bl. 2. *apud* WILL, Ephorale Verfassung. p. 151, note 120.

NAUMANN, Friedrich. Versuch volkverständlicher Grundrechte. In: NAUMANN, Friedrich. *Werke*. v. 2. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1964. 573f.

NL DEHLER, Dehler an Adenauer v. 09.04.1954, ADL, n1-2902 (copy) *apud* WILL, Ephorale Verfassung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

NOELLE, Elisabeth; PETER, Erich (eds). *Jahrbuch der Öffentlichen Meinung 1947–1955*. Allensbach: Verlag für Demoskopie, 1956.

PARR, Rolf. "Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust": Strukturen und Funktionen der Mythisierung Bismarcks (1860–1918). Munich: Wilhelm Fink, 1992.

PETZOLD, Joachim. *Die Dolchstoßlegende: Eine Geschichtsfälschung im Dienst des deutschen Imperialismus und Militarismus*. Berlin: Akademia, 1963.

RADIER, Karola. The Leibholz–Schmitt connection's formative influence on Bonhoeffer's 1932–1933 entry into public theology. *Stellenbosch Theological Journal*, v. 4, n. 2, 2018.

RITTER, Gerhard. *Staatskunst und Kriegshandwerk: Das Problem des "Militarismus" in Deutschland*. 4. ed. Munich: Oldenbourg, 1970. v. 1.

SCHMIDT, Kurt Dietrich. *Die Bekenntnisse und grundsätzlichen Äußerungen zur Kirchenfrage*: v. 2: Das Jahr 1934. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1935.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1931. 33.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 11. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 2021.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

SCHOLDER, Klaus. Die evangelische Kirche in der Sicht der nationalsozialistischen Führung bis zum Kriegsausbruch. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, v. 16, n. 1, 1968.

SCHÖNBERGER, Christoph. Anmerkungen zu Karlsruhe. In: JESTAEDT, Matthias et al. *Das entgrenzte Gericht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

SCHÖNBERGER, Christoph. *Das Parlament im Anstaltsstaat*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1997.

SIEG, Ulrich. Wilhelm II. – ein "leutseliger Charismatiker". In: MÖLLER, Frank (ed.). *Charismatische Führer der deutschen Nation*. München: Oldenbourg, 2004.

SMEND, Rudolf. Das Bundesverfassungsgericht (1962). In: SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Berlin: Duncker und Humblot, 2010. pp. 583-584.

SOHM, Rudolf. *Kirchenrecht: Die geschichtlichen Grundlagen*. v. 1. Berlin: Duncker und Humblot, 1923.

SOMEK, Alexander. Liberalism and the Reason of Law. *Modern Law Review*, v. 84, n. 2, pp. 394-409, 2021.

SPINDOLA DINIZ, Ricardo. Introdução. In: LINDAHL, Hans. *Autoridade e a globalização da inclusão e exclusão*. Trad. Ricardo Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2023.

SPINDOLA DINIZ, Ricardo. Rational necessities: on the silence of liberal democratic theory in front of the unreasonable other. *Ethics & Politics*, v. XXIII, n. 2, pp. 467-480, 2021.

SPRINGHART, Heike. *Aufbrüche zu neuen Ufern: Der Beitrag von Religion und Kirche für Demokratisierung und Reeducation im Westen Deutschlands nach 1945*. Zürich: Evangelische Verlagsanstalt, 2008.

STÄHELI, Urs. *Spectacular Speculations: Thrills, the Economy, and Popular Discourse*. Trad. Eric Savoth. Stanford: Stanford University Press, 2013.

STEINHAUER, Fabian. *Bildregeln*. Munich: Wilhelm Fink, 2009.

STEINHAUER, Fabian. Das rhetorische Ensemble. *Rechtsgeschichte*, v. 9, pp. 125-137, 2006.

STEINHAUER, Fabian. Die Rückkehr des Bilderstreites ins Recht. In: LERCH, Kent (ed.). *Recht vermitteln: Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht*. Berlin: De Gruyter, 2005.

STEINHAUER, Fabian. Non plus ultra. Zu Formen der Kulturwissenschaft im Recht. *Der Staat*, v. 47, n. 1, p. 63-84, 2008.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. v. IV. Munich: C. H. Beck, 2014.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. v. I. Boston: Charles C. Little, 1851.

STRAUSS, Walter. *Die Oberste Bundesgerichtsbarkeit*. Heidelberg: Lambert Schneider, 1949.

TAYLOR, Charles. *A secular age*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

THOMA, Richard. Rechtsgutachten betr. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 6, pp. 161-193, 1957.

TRENKNER, S. Aristotle, Rhetoric III, 12, 4. *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, v. 182, n. 2, pp. 3-6, 1952-1953.

TRIEPEL, Heinrich. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: BOGDANDY, Armin von; MEHRING, Reinhard. *Heinrich Triepel: Parteistaat und Staatsgerichtshof*. Baden-Baden: Nomos, 2021. p. 221-250.

UTZ, Friedemann. *Preuße, Protestant, Pragmatiker: Der Staatssekretär Walter Strauß und sein Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

VALÉRY, Paul. *Œuvres II: Cahier B 1910*. Paris: Gallimard, [data]. p. 587.

VAN DER WALT, Johan. *The Concept of Liberal Democratic Law*. New York: Routledge, 2019.

VAN MIERT, Dirk. *The Emancipation of Biblical Philology in the Dutch Republic, 1590-1670*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

VISMANN, Cornelia. *Akten*. Frankfurt a. M.: Fischer, 2011.

VISMANN, Cornelia. *Medien der Rechtsprechung*. Frankfurt a. M.: Fischer, 2011.

VON BISMARCK, Otto. Rede vor dem Preußischen Landtag, 22. April 1863. *apud* KAU, Bedeutung, p. 130, note 424.

VON GNEIST, Rudolf. *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?* Berlin: Julius Springer, 1863.

VON MANGOLDT, Hermann. *Das Bonner Grundgesetz*. Berlin/Frankfurt: Verlag Franz Vahlen, 1953.

VORLÄNDER, Hans (ed.). *Integration durch Verfassung*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2002.

WEBER-STEINHAUS, Friedrich. Conceptuality, Myth, Metaphor: Reading Plato's *Phaedrus* with Blumenberg. In: MAYFIELD, D. S.. *Blumenberg's Rhetoric*. Berlin: De Gruyter, 2023.

WENGST, Udo. *Staatsaufbau und Regierungspraxis 1948-1953*. Düsseldorf: Droste, 1984.

WESEL, Uwe. *Der Gang nach Karlsruhe*. Munich: Karl Blessing Verlag, 2004.

WIEGANDT, Manfred. *Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982): Leben, Werk und Richteramt*. Baden-Baden: Nomos, 1995.

WILL, Martin. *Ephorale Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

ZIMMERMAN, Erich; JACOBSEN, Hans-Adolf (eds.). *20. Juli 1944*. 4. ed. Bonn: Berto, 1961.

## **SOBRE O AUTOR**

### **Ricardo Martins Spindola Diniz**

Desde outubro de 2024, Ricardo Diniz é professor adjunto de Filosofia do Direito e Processo Civil na Universidade Federal do Tocantins. Ele foi pesquisador no Instituto Max Planck de Teoria Jurídica em Frankfurt am Main, Alemanha (abril de 2024 - setembro de 2024). Anteriormente, foi pesquisador visitante na Faculdade de Sociologia da Universidade de Hamburgo (março de 2022 - agosto de 2023) e no Instituto Max Planck de História Jurídica e Teoria Jurídica (outubro de 2023 - março de 2024). *E-mail:* [ricardo.ms.diniz@gmail.com](mailto:ricardo.ms.diniz@gmail.com).