

fazem necessárias novas soluções para nossos problemas, uma evolução ulterior em tal sentido obstaculizaria a dinâmica e o progresso que tão decididamente importam. Dessa maneira, se prestar um débil serviço a quem vive sob a Lei Fundamental, ao Estado e à força normativa da Constituição — tanto mais se a pressão das circunstâncias obrigasse, ao fim, a se encolherem outra vez os direitos fundamentais antes expandidos, a relativizá-los ou a ignorá-los.

Historicamente e em seu significado atual são os direitos fundamentais sobretudo direitos humanos: o que com eles se põe em jogo são as condições essenciais da vida individual e comunitária em liberdade e da dignidade humana, um encargo que nada perdeu, nas circunstâncias presentes, de sua importância para nosso tempo. Se os direitos fundamentais hão de assegurar eficazmente essas condições essenciais, não devem obstaculizar as mudanças sociais; ao mesmo tempo, deverão ser mantidos e protegidos em sua essência sem reserva nem restrição alguma. Isso pressupõe que não se dilatem de modo inflacionário nem sejam reduzidos a tostões. Daí a essencialidade e riqueza em conseqüências da elaboração de sua vertente objetiva: é incumbência dessa interpretação reforçar a validade dos direitos fundamentais como direitos humanos⁷; seu significado como princípios objetivos nunca deverá ser dissociado dessa idéia nuclear. De outro modo, correr-se-ia o risco de abrir vias a uma interpretação que perca de vista o sentido original e permanente dos direitos fundamentais e se equivoque na sua principal missão.



CONCEITO E PECULIARIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Traduzido por
INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO: I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA. — II. O OBJETIVO DA UNIDADE POLÍTICA E DA ORDEM JURÍDICA. — III. A CONSTITUIÇÃO E SEU SIGNIFICADO PARA A COMUNIDADE. — 1. Conceito. — 2. Estrutura e função. — 3. A Constituição como Constituição escrita. — 4. "Rigidez" e "mutabilidade" da Constituição. — 5. A "realização" da Constituição.

I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

I. Entender o Direito Constitucional vigente implica a compreensão prévia do seu objeto: a Constituição. Só a partir desta compreensão o Direito Constitucional permite identificar os problemas constitucionais, assim como lhes dar resposta adequada. Daí que não seja apenas a teoria da Constitucional quem deva inescusavelmente perguntar-se pela Constituição.

Que é a Constituição? A direção para onde deva apontar essa interrogação acha-se subordinada ao objetivo a ser alcançado por meio do conceito que se trata de obter; por isso, essa direção pode ser diferente para a teoria da Constituição¹ e para a teoria do Direito

¹ Assim, por exemplo, em K. LOEWENSTEIN, "Verfassungslehre" (1959), p. III e ss., 127 e ss. (tradução para o castelhano de A. Galtego Anabitarte, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1965, 2ª ed., 1976).

Constitucional. Procurar um conceito abstrato de Constituição que abarque o que é comum a todas ou, pelo menos, a um número considerável de Constituições históricas, deixando de lado as peculiaridades de tempo e lugar, pode ter sentido para a teoria da Constituição. Para a teoria do Direito Constitucional, um conceito dessa natureza resultaria vazio de conteúdo e, também, incapaz de fundamentar uma compreensão suscetível de embasar a solução de problemas suscitados aqui e agora. A partir do momento em que a normatividade da Constituição vigente não é senão a de uma ordem histórica concreta e a vida a regular senão a vida histórico-concreta, a única questão que tem sentido colocar-se no contexto da tarefa de se exporem os traços básicos do Direito Constitucional vigente é a relativa à *Constituição atual, individual e concreta*.

2. Esta questão não pode ser resolvida recorrendo-se a um conceito de Constituição já consolidado ou, pelo menos, admitido majoritariamente. Isso porque a teoria do Direito Constitucional ainda está começando a explicar o próprio conceito e a peculiaridade da Constituição, sem ter alcançado sequer uma "opinião dominante". O fato de que essa teoria, em larga medida, não está plenamente consciente nem do seu objeto nem dos seus fundamentos resulta claro pelo uso frequentemente acríptico de conceitos antigos, desenvolvidos a partir de pressupostos distintos, que, desvinculados dos seus fundamentos, impedem a sua vinculação em um todo, razão por que não conseguem explicar esse todo². Com alguns resíduos do positivismo jurídico-político e outros das teorias do Estado e da Constituição da época da República de Weimar resulta impossível fundamentar uma teoria da Constituição em condições de sustentar o edifício teórico dos diferentes institutos constitucionais; menos ainda porque vários pressupostos históricos da antiga teoria do Direito Político hoje estão desaparecidos, tornando-se necessária a compreensão e a elaboração teóricas de uma problemática nova.

² Cfr. as visões de conjunto de Th. MAUNZ, "Deutsches Staatsterni" (23ª ed., 1980), p. 30 e ss. e de K. STERN, "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", I (1977), p. 51 e ss.

3. Não é de se estranhar, portanto, que onde a ciência não cumpre a sua função esclarecedora da *jurisprudência constitucional*, em particular, a do Tribunal Constitucional Federal, tampouco ofereça uma resposta conclusiva à questão colocada pela Constituição. Ademais, não cabe à jurisprudência dar resposta direta a essa questão.

Para a jurisprudência, a compreensão da Constituição não é mais que a base — embora quase sempre muito firme — sobre a qual as diferentes questões devem ser resolvidas. É possível que as considerações configuradoras desse fundo não se desenvolvam expressamente, em toda a sua extensão, nos fundamentos jurídicos das sentenças, resumindo-se a alguns traços soltos, fundamentais em cada contexto, e podendo diferir nas duas Salas, ou se modificar conforme a composição do Tribunal.

Dadas essas limitações, a compreensão da Constituição pelo Tribunal Constitucional Federal se caracteriza, antes de tudo, por ser uma compreensão não formal, mas de conteúdo; a Constituição é concebida como uma unidade material³. Estes seus conteúdos são qualificados frequentemente como valores fundamentais, anteriores ao ordenamento jurídico positivo⁴, valores que, pela recepção das tradições da democracia parlamentar liberal representativa⁵, do Estado de Direito liberal⁶, do Estado Federal⁷ e pela incorporação de novos princípios, como, especialmente, o do Estado social⁸, resultaram

³ BVerfGE 1, 14 (32), jurisprudência constante, cfr., por exemplo, também BVerfGE 49, 14 (56) com mais referências (mantém-se a forma usual de citar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a coleção oficial editada pelo mesmo Tribunal, "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", abreviadamente "BVerfGE": o primeiro dos números faz referência ao volume da coleção, o segundo à página do volume em que se inicia a sentença e o seguinte ou seguintes às páginas onde estão as passagens sobre as quais se pretende chamar a atenção — N. do T.).

⁴ P. e. BVerfGE 3, 225 (233); ver, porém, p. e., BVerfGE 10, 59 (81).

⁵ P. e. BVerfGE 4, 144 (148).

⁶ P. e. BVerfGE 5, 85 (197, 379).

⁷ P. e. BVerfGE 1, 299 (314 ss.).

⁸ P. e. BVerfGE 5, 85 (379); 6, 32 (41); 14, 288 (296).

unidos por obra das decisões do constituinte em uma "ordem de valores", constituindo um ente estatal que, embora ideologicamente neutro¹⁰, não é neutro diante desses valores¹¹.

Essa compreensão geral – mais pressuposta do que demonstrada – da Constituição põe em relevo dados essenciais. Mas enfrenta apenas aspectos determinados e, com a idéia da "ordem de valores" suscita mais perguntas do que as responde. Se o essencial da Constituição esgota-se na determinação de "valores", quais sejam esses valores constitucionalmente prescritos, por que e em que medida constituem uma "ordem" ou sequer um "sistema"¹², como explicar que a Constituição possa mudar¹³ e que limites encontra essa mudança: nada disso pode restar indeterminado no marco de uma fundamentação suficiente.

4. Pois bem, se descartamos um conceito de Constituição consolidado ou majoritariamente aceito, não faltam abordagens essenciais tanto por parte da antiga como da nova teoria do Direito Constitucional com que vincular o conceito de Constituição a desenvolver-se a seguir, embora como um ponto de partida diverso e uma ênfase distinta. Em particular, esse conceito está próximo do enfoque de R. Smend da Constituição como ordenação jurídica do processo de integração estatal¹⁴, apesar disso, tal como H. Heller, ele o vê como um processo de elaboração consciente, organizada e planificada¹⁵. Acha-se próximo da concepção de Constituição de R. Bäumlin, para quem se trata de um comportamento estabilizador, que precisa de

⁹ P. e. BVerfGE 6, 32 (41); 10, 59 (81); 12, 45 (51); 13, 46 (51); 13, 97 (107); 14, 288 (301); 21, 362 (371 ss.); 27, 253 (283); 30, 1 (19).

¹⁰ BVerfGE 12, 1 (4); 19, 206 (216); 27, 195 (201).

¹¹ P. e. BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (134 ss.); 6, 32 (40 ss.); 7, 198 (205).

¹² P. e. BVerfGE 5, 85 (139); 28, 243 (259).

¹³ BVerfGE 2, 380 (401); 3, 407 (422); cfr. igualmente, 7, 342 (351).

¹⁴ R. SMEND, "Verfassung und Verfassungsrecht", em: "Staatsrechtliche Abhandlungen" (2ª ed., 1968), p. 189.

¹⁵ H. HELLER, "Staatslehre" (1934), especialmente p. 228 e ss. (tradução para o castelhano de L. Tobío, *Teoría del Estado*, México, 1942).

constante atualização sob a idéia do "correto"¹⁶, procurando acentuar a concretização individual dos princípios substanciais da ordem constitucional, assim como o elemento normativo, a força vinculante da Constituição e, com isso, o seu caráter relativamente estável e permanente. Neste sentido, aproxima-se da concepção de W. Kägi da Constituição como ordem jurídica fundamental do Estado¹⁷; mesmo assim, procura abarcar com maior intensidade os elementos de historicidade, de abertura estrutural, de "dinamicidade". Finalmente, existe uma coincidência substancial com a concepção da Constituição de H. Ehmke da Constituição como limitação e racionalização do poder e como garantia de um livre processo da vida política¹⁸, mas tentando tornar mais visíveis as singularidades da Constituição escrita e sua transcendência. Ademais, cumpre atentar também, sob muitos aspectos, às abordagens da moderna Teoria do Estado e da Constituição¹⁹.

¹⁶ R. R. BÄUMLIN, "Staat, Recht und Geschichte" (1961), p. 24 e *passim*; cfr., a respeito, K. HESSE, *Juristenzeitung*, 1963, p. 485.

¹⁷ W. KÄGI, "Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates" (1945), p. 40 e ss.

¹⁸ H. EHMKE, "Grenzen der Verfassungsänderung" (1953), em especial p. 88 e ss.; *idem*, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", em "Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer", 20 (1963), p. 61 e ss.

¹⁹ Devem mencionar-se em particular: U. SCHEUNER, "Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre", em "Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag" (1962), p. 225 e ss.; *idem*, voz "Verfassung", em "Staatslexikon" 8 (1963), col. 117 e ss.; *idem*, voz "Staat", em "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften" 12 (1965), p. 653 e ss.; H. KRÜGER, voz "Verfassung", em "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften" 11 (1961), p. 72 e ss.; *idem*, "Allgemeine Staatslehre" (2ª ed., 1966); P. BARDURA, voz "Verfassung", em "Evangelisches Staatslexikon" (2ª ed., 1975), col. 2707 e ss.; *idem*, "Verfassung und Verfassungsgesetz", em: "Festschrift für Ulrich Scheuner" (1973), p. 19 e ss.; A. HOLLERBACH, "Ideologie und Verfassung", em "Ideologie und Recht", ed. de W. Maihofer (1968), p. 37 e ss.; R. HERZOG, "Allgemeine Staatslehre" (1971), em especial p. 308 e ss.; D. GRIMM, "Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform", em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 97 (1972), p. 489 e ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, "Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit" (1973); J. P. MÜLLER, "Soziale Grundrechte in der Verfassung", em "Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins", 107 (1973), p. 715 e ss.

II. O OBJETIVO DA UNIDADE POLÍTICA E DA ORDEM JURÍDICA

5. O que seja "Constituição", no sentido da pergunta aqui suscitada e delimitada, é algo que só pode ser concebido a partir da tarefa e da função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta. Nesta aparecem como objetivos inescusáveis a unidade política e a ordem jurídica.

6. O objetivo a perseguir é a *unidade política* do Estado²⁰, porque Estado e poder estatal não podem ser dados por suposto, como algo preexistente. Eles só adquirem realidade na medida em que se consegue reduzir a uma unidade de atuação a multiplicidade de interesses, de aspirações e de formas de conduta existentes na realidade da vida humana, na medida em que se consegue produzir unidade política. Esta redução à unidade da multiplicidade jamais se conclui, de tal modo que se possa, sem mais, pressupô-la existente, antes se constituindo num processo contínuo e, por isso mesmo, posto sempre como objetivo. É um objetivo que vem imposto no sentido de que a convivência humana só é possível no Estado e através do Estado.

O simples fato de que o conceito central de "produção da unidade política" aponta para um processo histórico concreto já significa que não se trata da unidade estática e abstrata de uma imaginária pessoa jurídica "Estado". Assim como não se refere a uma - pressuposta ou pretendida - unidade substancial nacional, religiosa, ideológica ou de que tipo for, e tampouco a uma unidade baseada na comum experiência existencial (*Erlebniseinheit*), por mais que elementos desse gênero possam operar com força unificadora. Pelo contrário, a unidade política que deve ser constantemente perseguida e alcançada no sentido aqui adotado é uma *unidade de atuação* possibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, pelo

assentimento tácito ou a simples aceitação e respeito, se for o caso, até mesmo por coerção com resultado positivo; numa palavra, uma unidade de tipo *funcional*, que é condição para que, dentro de determinado território, se possam adotar e fazer cumprir decisões vinculantes, para que, afinal, exista "Estado", e não anarquia ou guerra civil.

7. "Formação da unidade política" não significa a produção de um harmônico estado de coincidência geral e em nenhuma hipótese a eliminação das diferenças sociais, políticas ou de tipo institucional e organizativo, através da nivelção total. Essa unidade é inimaginável sem a presença e a relevância dos conflitos na convivência humana. Os conflitos evitam a rigidez, o estancamento em formas superadas; são - embora sem exclusividade - a força motriz sem a qual não haveria mudança histórica²¹. A ausência ou a repressão dos conflitos pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente assim como a incapacidade para se adaptar a novas circunstâncias e a produzir formas novas: chega, então, um dia em que a ruptura com o que existe se torna inevitável, e o choque ainda mais profundo. Assim, não é importante apenas que haja conflitos mas também que estes surjam regulados e resolvidos. Não é o conflito enquanto tal que contém a forma nova, mas o resultado a que ele conduz. Em si mesmo, o conflito não permite o viver e o conviver humanos. Por isso, o problema não está tanto em abrir espaço para o conflito e os seus efeitos, quanto em garantir - não, em termos definitivos, por conta do tipo de regulação dos conflitos - a formação e a preservação da unidade política, sem ignorar ou reprimir o conflito em nome da unidade política e sem sacrificar a unidade política em nome do conflito.

8. No passado, essa unidade poderia parecer algo evidente (embora fosse, àquela época, uma unidade histórica, conseguida, defendida, preservada e consolidada tanto em face do interior quanto do exterior), dada a sua identificação na pessoa da autoridade

²⁰ Cfr. a respeito também BÄUMLIN (*cit. n. 16*), em especial p. 18 e ss.; SCHEUNER (*cit. n. 19*) "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften", 12, p. 656; *idem*, "Festgabe für R. Smend", p. 255; *idem*, "Konsens und Pluralismus als verfassungsgesetzliches Problem", em "Rechtsgeltung und Konsens" (1976), p. 33 e ss.

²¹ R. DAHRENDORF, "Die Funktionen sozialer Konflikte", em "Gesellschaft und Freiheit" (1961), p. 112 e ss.; *idem*, "Elemente einer Theorie des sozialen Konflikts", *ibid.*, p. 197 e ss.; *idem*, "Gesellschaft und Demokratie in Deutschland" (1965), p. 171 e ss.

num contexto de relações vitais relativamente constantes e de crença em ordens de validade geral, racionais, situadas acima da História; por isso, podia servir-lhe a teoria do Direito político como ponto de partida de uma compreensão estática, que via o Estado como um ente substantivo existente em si e para si, perguntando-se apenas como devia ser concebido esse ente (por exemplo, como "organismo ético" ou como "domínio ético" na teoria do Direito político do século XIX, ou na formalização e esvaziamento da teoria positivista do Direito político da passagem do século enquanto pessoa jurídica), enquanto a sua existência mesma estava acima de qualquer dúvida.

9. Para a atual teoria do Estado, que assumiu a historicidade do seu objeto (e de si mesma), assim como a "irrupção do tempo", a que atribui a condição de "categoria da estrutura interior do Estado e do Direito"²², não tem cabimento recorrer a tais representações do Estado como uma unidade essencial, prévia, situada além das forças históricas reais, especialmente quando o moderno desenvolvimento industrial e as transformações a que deu lugar impedem que continue a ignorar o problema da formação da unidade política, isolando o "Estado" do seu substrato sociológico.

O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o simultâneo aumento da população, a especialização e a divisão do trabalho, assim como o conseguinte e crescente adensamento e mutação das relações vitais ocasionaram o crescimento e a modificação das tarefas do Estado, sua "pluralização" e sua "democratização". Impuseram ao Estado mais e maiores tarefas porque a moderna vida econômica, cultural e social necessita de planificação, direção e configuração, fazendo surgir com intensidade crescente a tarefa da "busca existencial"²³, assim como a compreensão de que a seguridade e a assistência sociais, em dimensões

²² BÄUMLIN (cit. n. 16), p. 8 e ss., embora reforçando notavelmente o aspecto processual-dinâmico (p. 13, 38 e *passim*).

²³ Este conceito foi cunhado por E. FORSTHOFF ("Die Verwaltung als Leistungsträger" (1936), agora recolhido resumidamente em "Rechtsfragen der leistenden Verwaltung", 1959, p. 22 e ss.) e designa a provisão de serviços (por exemplo, electricidade,

cada vez maiores, constituem tarefa do Estado. Na medida em que, com isso, a atuação estatal adquire relevância para a vida econômica e social e na medida em que aumenta a dependência do indivíduo com respeito a essa atuação, o Estado envolve-se na luta dos grandes grupos econômicos rivais surgidos no curso desse processo, assim como resulta modificada a natureza dos enfrentamentos políticos. Se até o presente os grupos sociais haviam desenvolvido os seus antagonismos fora ou por baixo do marco firme da ordem estatal, agora dirigem as suas aspirações e expectativas diretamente ao poder político e ao seu centro, o Estado governante e administrador²⁴. Se até o momento a luta política tinha sido coisa de setores sociais restritos, a partir de agora ela é assumida pelas massas às quais o sufrágio universal abre a possibilidade de exercer influência. O Estado democrático contemporâneo, que já não se vê como o senhor exclusivo do domínio político, torna-se uma parte (não, pois, a totalidade) da moderna sociedade industrial, cujos conflitos se incorporam ao processo de formação da unidade política e da vontade do Estado, devendo ser aqui dirimidos e pacificados. Já não é possível prescindir desse aspecto da sua realidade.

10. Assim, pois, só na medida em que se cumpre a tarefa de formar e preservar a unidade política o Estado torna-se uma realidade existente, como conexão unitária de atividade e atuação. O Estado só pode ser compreendido na medida em que o entendamos sob essas duas dimensões: como uma unidade que deve ser constantemente criada, preservada e consolidada e como atividade e atuação dos "poderes" constituídos sobre essa base.

água, meios de transporte etc., que hoje são vitais tanto para o indivíduo como para a comunidade e, por isso, converteram-se em tarefa para a Administração Pública; isso suscita, junto à problemática tradicional da garantia da liberdade individual frente a intervenções ilegais, o problema da garantia da participação em tais prestações.

²⁴ U. SCHEUNER, "Festgabe für R. Smend" (cit. n. 19), p. 251; P. VON OERTZEN,

"Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenschaftslogische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft" (1974), p. 305.

Ambas as dimensões são, a esse respeito e de várias maneiras, mutuamente interdependentes, pois tanto o conteúdo quanto o âmbito da atividade dos poderes estatais dependem do êxito da formação da vontade política. Esta, por sua vez, depende do conteúdo e do êxito que, em grande parte, são condicionantes da adesão e do apoio de que o Estado possa encontrar, razão por que o rumo e os instrumentos da atividade estatal devem orientar-se, em boa medida, para a adesão ou o apoio existentes, ou para aqueles que é cabível esperar. Quando, portanto, se utilizar adiante o conceito de "unidade política" para caracterizar o processo de formação de unidade política e o conceito de "Estado" referido à atuação dos poderes estatais, isso só terá lugar em proveito da clareza, sem que implique esquecer que se trata unicamente de aspectos de uma conexão unitária, embora complexa.

11. Essa conexão unitária não se estende à totalidade da convivência humana dentro do território estatal. Há que se perguntar, portanto, em que relação ela se acha com essa totalidade.

A esse respeito, a concepção tradicional parte da distinção entre "Estado" e "Sociedade", situando o Estado como uma unidade dada e a Sociedade como uma pluralidade dada, um em face do outro e sem relação alguma. Este dualismo continua deitando as suas raízes no pensamento liberal pré-democrático da época anterior a 1918, expressando a relação entre um poder estatal, representado pelo governo monárquico e o aparato de funcionários, e uma "sociedade" excluída em boa parte da determinação e conformação políticas, cuja vida basicamente vinha auto-regulada, enquanto o "Estado" só tinha de garantir os pressupostos de um processo submetido às suas próprias leis, intervindo apenas em caso de perturbações.

Pois bem, os pressupostos desse dualismo desapareceram no Estado democrático e social contemporâneo. A vida "social" tornou-se impossível sem uma organização responsável, organizadora e planejadora. Ao revés, o "Estado" democrático não se constitui senão através da cooperação social. Também a vida social se acha em relação mais ou menos estreita com a vida estatal no processo de

formação da unidade política. A importância atual do Estado para a vida econômica e social, assim como a influência "social" sobre a atividade estatal, inclusive a participação "social" no Estado excluem uma contraposição desprovida de alguma relação.

Dai, pois, que o par de conceitos "Estado" e "Sociedade" seja incapaz de expressar adequadamente tal relação²⁵. Outra coisa se dá quando a distinção é entendida como expressão de uma *diferenciação funcional*²⁶; pois bem, há que se evitar trasladar para o presente resíduos da concepção anterior. A expressiva diferenciação entre "comunidade política" como a "associação global" e "*government*" como denominação sintetizada das instituições de formação da opinião e da vontade políticas, das instituições de direção, coordenação e governo dentro da associação global²⁷ obrigaria, no contexto das exposições dos traços fundamentais do Direito Constitucional vigente, a renunciar ao conceito de "Estado" ou a utilizá-lo com um significado dificilmente determinável. Dai que a diferenciação entre o estatal e o não-estatal no seio da colaboração humana dentro do território do Estado deva ser expressada empregando-se o conceito de "Comunidade" (*Gemeinwesen*) referido aos dois, enquanto o conceito de "Estado" fica reservado para o conceito mais restrito de atividade e atuação dos poderes constituídos através da formação de unidade política. "Unidade política", "Estado" e "Comunidade" são empregados, portanto, como denominações das diferentes conexões de atuação que, em boa medida, são realizadas pelas mesmas pessoas, razão por que não devem ser entendidos na forma de uma justaposição isolada, e sim como "âmbitos", para uma compreensão melhor. A esse respeito resulta evidente que uma determinação terminológica desse tipo, condicionada pela tarefa apresentada, da mesma forma que os aspectos antes desenvolvidos, não pode ficar

²⁵ H. EHMKE, "Staat und 'Gesellschaft' als verfassungstheoretisches Problem", em "Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag" (1962), p. 24 e ss.

²⁶ Assim, basicamente, em BÖCKENFÖRDE (cit. n. 19), p. 21 e ss.

²⁷ EHMKE (cit. n. 25), p. 45.

mais do que rasculhada, tendo-se de renunciar ao tratamento de questões essenciais dessa problemática²⁸.

12. Se a unidade política e, com ela, o Estado só vêm a existir através da ação humana, esta última exige, por sua vez, a necessidade de se organizar essa cooperação, que deve conduzir à formação da unidade política e na qual devem cumprir-se as tarefas do Estado. Só através de uma cooperação planificada e consciente e, portanto, organizada²⁹, pode surgir a unidade política. Pois bem, dado que este surgir da unidade política é um processo permanente, ele mesmo necessitará de uma ordenação, se não quiser ficar deixado ao acaso de lutas de poder carentes de regras; do mesmo modo, o Estado, a fim de que os seus poderes se façam operativos, necessita de que se constituam esses poderes, dotando-os de organização, assim como, para cumprir suas tarefas, de algumas regras de procedimento: a cooperação organizada e processualmente ordenada exige uma *ordem jurídica*, mas, veja-se bem, não uma ordem jurídica qualquer, mas uma ordem jurídica que assegure o êxito dessa cooperação criadora de unidade, assim como a realização das tarefas estatais, eliminando-se o abuso das atribuições de poderes concedidas ou admitidas como necessárias para o cumprimento dessas tarefas, ficando bem entendido que tal garantia e assecuração não é só uma questão de estabelecimento de normas, mas, principalmente, de atualização da ordem jurídica.

13. Mais ainda, a ordem jurídica se apresenta como algo a ser alcançado num *sentido mais amplo*. A Comunidade necessita dessa ordem porque sem ela a convivência humana não seria possível, sobretudo numa situação como a dos nossos dias, que impõe a neces-

²⁸ Uma exposição mais ampla destas idéias em K. HESSE, "Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft", *Die öffentliche Verwaltung*, 1975, p. 437 e ss. (agora também recolhido em "Staat und Gesellschaft", ed. de E. W. Böckenförde, Darmstadt, 1976, p. 484-502. N. do T.); cfr. igualmente em W. SCHMIDT, "Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 101 (1976), p. 24 e ss.

²⁹ HELLER (cit. n. 15), p. 88 e ss. e 228 e ss.; BÖCKENFORDE (cit. n. 19), p. 24 e ss.

sidade de uma ampla ordenação e coordenação material das relações e dos âmbitos da vida econômica e social. Assim como ocorre em relação ao Estado, essa ordem não é algo que preexista num Direito desligado da existência e da atividade humanas, situado acima da História, existente em si e por si, e tampouco é alguma coisa preexistente nas objetivações de uma prévia "ordem de valores"; pelo contrário, trata-se de uma ordem que tem de ser criada, mantida em vigor, conservada e desenvolvida enquanto ordem histórica, por meio da ação humana. Só quando o direito histórico — consciente ou inconscientemente — incorpora-se à conduta humana, torna-se vivo e vem a existir. Esta "atualização" precisa do apoio e da garantia do Estado: a ordem jurídica precisa ser formulada e declarada vinculante para os poderes estatais em muitos dos seus domínios, devendo concretizar-se e ter garantida a sua observância. Estado e Direito, portanto, nem mesmo nesse sentido ficam lado a lado sem nenhuma relação. De variadas maneiras, estão mutuamente submetidos e dependentes.

14. Nesse sentido amplo, a ordem jurídica não se mostra como uma ordem qualquer a ser alcançada, mas apenas enquanto ordem *com determinado conteúdo*, "reto"³⁰ e, por isso, *legítimo*. Sob esse aspecto, são critérios da sua "retidão" a tradição acreditada, mas também o seu oposto, isto é, aquelas experiências históricas que mostram o que não é "reto" e, portanto, não deve ser considerado Direito, e, conexos a isso, os princípios jurídicos que se formaram e se confirmaram através da experiência histórica das gerações passadas, bem como os modelos da geração atual em face do presente e do futuro.

15. A fim de poder condicionar a conduta humana, esse Direito histórico, por princípio, precisa de "aceitação", a qual, por sua vez, repousa no acordo básico sobre o cumprimento dos conteúdos da ordem jurídica — inclusive onde a aceitação só expressa o reconhecimento do caráter vinculante das normas jurídicas, mas não o seu livre acolhimento. Este consenso básico não garante, necessariamente, a

³⁰ BÄUMLIN (cit. n. 16), p. 17.

“retidão”, e sim a manutenção duradoura da ordem jurídica. Onde falta aquele assentimento, pode ser que a coação autoritária ocupe o seu lugar, mas não será capaz de fundamentar uma ordem jurídica como algo a se realizar.

III. A CONSTITUIÇÃO E SEU SIGNIFICADO PARA A COMUNIDADE

I. CONCEITO

16. Não cabe, portanto, partir-se nem de um Estado preexistente, independente da ação humana, nem de um Direito com esse mesmo caráter, mas apenas dos propósitos expostos, aos quais deve corresponder, necessariamente, uma ordem constitutiva – a Constituição.

17. A Constituição é a ordem *jurídica fundamental da Comunidade*. Ela fixa os princípios diretores com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios, que dão sentido à conformação jurídica de uma Comunidade”³¹.

18. Enquanto ordem jurídica fundamental da Comunidade, a Constituição não se limita a ordenar a vida estatal. Suas normas compreendem também – de forma especialmente clara em garantias como as do matrimônio e da família – as bases de ordenação da vida não-estatal. Daí que o Direito “Constitucional” se estenda, por um lado, para além do Direito “político” (*Staatsrecht*), que, tanto em virtude do objeto quanto do significado literal, refere-se apenas ao Direito do Estado; e, por outro, que os seus limites sejam mais

estritos, porque o Direito “político” abarca Direito do Estado não imputável à ordem *fundamental* da Comunidade, como o Direito Administrativo ou o Direito Processual³². Os conceitos, portanto, só em parte são idênticos. Dado que a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do restante do ordenamento jurídico, determinando amplamente o seu conteúdo, ela vem a se converter em fator de unidade do ordenamento jurídico da Comunidade em seu conjunto, no seio da qual impede não só o isolamento do Direito Constitucional em relação aos outros ramos do Direito como também a existência isolada dos distintos setores do Direito entre si.

2. ESTRUTURA E FUNÇÃO

19. As normas da Constituição não são completas nem perfeitas. Embora inúmeras questões referentes à ordem estatal estejam minuciosamente reguladas, muitos outros setores, inclusive da vida estatal em sentido estrito, acham-se regulados por disposições de conteúdo relativamente amplo, e alguns nem sequer são objeto de qualquer regulação.

20. A Constituição, portanto, não é ordenação da totalidade da cooperação socioterritorial (*Gebietsgesellschaftliches Zusammenwirken*), que, a seu turno, não é simples “execução constitucional”. Tampouco é a Constituição uma unidade sistemática e fechada, seja de tipo lógico-axiomático, seja baseada numa hierarquia de valores. Apesar disso, seus elementos se acham numa situação de mútua interação e dependência, e somente o jogo da totalidade desses elementos produz o conjunto da conformação concreta da Comunidade por parte da Constituição. Isso não significa que esse jogo global esteja isento de tensões e contradições, e sim que a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente quando a entendemos,

³² Passagens como esta evidenciam a relativa incorreção da tradução do termo *Staatsrecht* por “Direito político”, a qual, sem embargo se manteve, de resto, na falta de um termo mais aproximado. – N. do T.

³¹ HÖLLERBACH (cit. s. 19), p. 46. (Sobre a tradução de *Gemeinwesen* por “Comunidade”, *vid. supra* nota introdutória n. 26.)

nesse sentido, como *unidade*³³, e temos presente que o Direito Constitucional acha-se orientado muito mais no sentido da coordenação do que para o deslinde e a demarcação³⁴.

21. O caráter incompleto da Constituição pode-se dever a que *não seja necessária* uma norma constitucional. A Constituição não codifica, apenas regula — e muitas vezes só de forma pontual e em termos gerais — aquilo que parece importante e precisa ser determinado; tudo o mais dá-se por suposto, tacitamente, ou se deixa para o restante do ordenamento jurídico conformar e concretizar. Daí que de antemão a Constituição não pretenda ser isenta de lacunas e se considere sequer um sistema fechado.

22. Mas a Constituição também pode ter interesse em não submeter a normas jurídicas certos âmbitos vitais ou, se os regular, fazê-lo apenas sob alguns aspectos; determinadas questões, como a “constituição econômica”, por exemplo, a Constituição deixa *pre-tensoamente abertas*, para a seu respeito ensejar discussão, decisão e configuração³⁵. A Constituição, enfim, pode estar incompleta e inacabada porque determinados segmentos, tais como a política exterior ou a atuação dos partidos políticos, por sua natureza, *não são suscetíveis* de uma detalhada regulação jurídica ou o são *apenas com dificuldade*, não se afastando a hipótese de que, nestes casos, o que se pretenda, antes de tudo, seja preservar a liberdade de configuração.

23. Finalmente, coincidindo parcialmente com essas razões especiais e indo além delas, a Constituição deve estar incompleta e inacabada porque a vida, que ela intenta regular, é vida histórica e,

enquanto tal, submetida a mudanças históricas. Essa mutabilidade caracteriza particularmente as relações existenciais reguladas pela Constituição. Daí que só ao preço de freqüentes reformas constitucionais possa o Direito constitucional fazer-se preciso, evidente e previsível. Se a Constituição quer ensejar a resolução das múltiplas situações críticas historicamente mutantes, seu conteúdo terá de permanecer, necessariamente, “*aberto ao tempo*”³⁶.

24. Esta amplitude e indeterminação da Constituição não supe, entretanto, sua dissolução numa dinâmica absoluta em razão da qual a Constituição se tornasse incapaz de orientar a vida da Comunidade. A Constituição não se limita a deixar em aberto, antes esta-belece, com força vinculante, aquilo que não deve ficar em aberto.

25. Não devem restar indeterminados os *fundamentos da ordem da Comunidade*. Ao estabelecer-se, com caráter vinculante, tanto os princípios que regem a formação da unidade política e a fixação das tarefas estatais, quanto as bases do conjunto do ordenamento jurídico, tais fundamentos devem ficar subtraídos à luta constante dos grupos e tendências, criando-se um núcleo estável do que já não se discute, que não é discutível e, por isso mesmo, não precisa de novo acordo e nova decisão. A Constituição pretende criar um núcleo estável daquilo que deve considerar-se decidido, estabilizado e distendido.

26. Porém tampouco devem restar indeterminados a *estrutura* estatal e o procedimento através do qual hão de se resolver as questões deixadas em aberto.

27. Por isso, a Constituição institui órgãos aos quais se confiam, segundo o seu caráter objetivo, tarefas estatais de âmbitos distintos, determinados e delimitados, assim como as atribuições de poder necessárias à adequada assunção dessas tarefas. A Constituição funda *competências*, criando, assim, no âmbito dos respectivos desideratos, poder estatal como for de direito. Procura regular a

³³ BVerfGE 1, 14 (32), jurisprudência constante; cfr. também BVerfGE 49, 24 (56) com mais referências. BAÜMLIN (cit. n. 16), p. 27 e *passim*; EHMKE, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation” (cit. n. 18), p. 77 e ss.; U. SCHEUNER, “Veröffentli- chungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer”, 20 (1963), p. 125 e ss.; em sentido crítico, F. MÜLLER, “Die Einheit der Verfassung” (1979), em especial p. 225 e ss.

³⁴ H. KRÜGER, “Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit”, em “Staats- verfassung und Kirchenordnung. Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag” (1962), p. 159.

³⁵ Cfr. BVerfGE 50, 290 (336 ss.) com mais referências.

³⁶ BAÜMLIN (cit. n. 16), p. 15. Básico para a significação de “público” para a Cons- tituição: P. HÄBERLE, “Öffentlichkeit und Verfassung”, *Zeitschrift für Politik*, 16 (1969), p. 273 e ss.

composição e conformação dos distintos órgãos de modo que corresponda à natureza das suas tarefas, garantindo, assim, a adequada assunção das respectivas tarefas. Coordena as diferentes funções entre si, tratando de conseguir, por essa forma, que elas se complementem mutuamente, que se garantam a cooperação, a responsabilidade e o controle, e se evite abuso de competências.

28. Além dessa regulação da estrutura estatal, a Constituição determina os procedimentos que devem possibilitar a resolução de conflitos, procedimentos através dos quais há de se desenvolver o processo de formação de unidade política e por meio dos quais a decisão das questões em aberto submetem-se a regras claras, compreensíveis e, quanto possível, asseguradoras de um resultado adequado. A importância dessas prescrições é tanto maior quanto mais aberta se mantém a Constituição em suas determinações de conteúdo, porque, acima da necessária abertura material em face de objetivos diferentes, se estabelece, não obstante, uma forma estável para a consecução desses objetivos, alcançando-se, assim, aquele efeito estabilizador³⁷ e de distensão indispensável para uma abertura de conteúdo.

29. Tanto pelo que deixa quanto pelo que não deixa em aberto, a Constituição produz esses efeitos, em que se resume a sua função na vida da Comunidade.

30. O Direito Constitucional cria regras de ação e de decisão políticas; proporciona diretrizes e pontos de orientação para a política, mas sem poder substituí-la. Por isso, a Constituição deixa espaço para a atuação das forças políticas. Quando ela não regula numerosas questões da vida política, ou o faz apenas em linhas gerais, isso não deve ser visto apenas como uma renúncia a essa regulação ou tampouco como um remeter dessa tarefa ao processo de atualização e concretização, mas também, para além disso, como uma atitude constitucional em prol da livre discussão e da livre decisão dessas questões. Que essa liberdade não possa converter-se num sistema

³⁷ Cfr. a respeito, também, BÄUMLIN (cit. n. 16), p. 43; H. KRÜGER. "Allgemeine Staatslehre" (cit. n. 19), p. 197 e ss., 835.

fechado, que impeça a atuação de diferentes forças, é algo que a Constituição procura assegurar mediante distintos tipos de prescrições materiais, organizativas e processuais, cuja função não consiste apenas nessa garantia.

31. Por meio das suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e à regulação constitucional do processo de formação de unidade política e de atuação do Estado, a Constituição cria unidade estatal, dá forma à vida da Comunidade, assegura continuidade supra-pessoal³⁸, com o conseqüente efeito estabilizador. Ao mesmo tempo, permite entender e compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege de recaída no informe e indiferenciado³⁹, com a conseqüente eficácia estabilizadora. Através da ordenação do processo de formação de unidade política; da instituição, sempre limitada, de atribuições de poderes estatais; da regulação processual do exercício dessas atribuições; e do controle dos poderes estatais, a Constituição intenta limitar o poder estatal e prevenir o abuso desse poder. Nessa função de possibilitar e garantir um processo político livre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de restringir o poder e, nisso tudo, de assegurar a liberdade individual reside a *peculiaridade da Constituição*.

3. A CONSTITUIÇÃO COMO CONSTITUIÇÃO ESCRITA

32. O efeito estabilizador e racionalizador da Constituição se reforça quando ela é uma Constituição escrita.

Quando o seu conteúdo está recolhido num documento, isso tem o mesmo sentido de qualquer certificação documental: sobre o que está escrito deve existir clareza e certeza jurídicas. É certo que muitas dessas determinações em forma escrita dão margem a entendimentos distintos, sobretudo quando necessitam de uma concretização mais precisa. Porém, ao captar o conteúdo da Constituição em

³⁸ SCHEUNER, "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften", 12 (cit. n. 19), p. 658.

³⁹ M. IMBODEN, "Die Staatsformen" (1959), p. 110 e ss.

um documento que há de ser interpretado com os meios de interpretação de textos, a Constituição limita as possibilidades de entendimentos diferentes (*vid. infra* número marginal 77 e seguintes), ministrando pontos de referência firmes para a sua atuação e concretização. Com isso, se fixam nesse texto escrito determinações que elevam, consideravelmente, o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade que possui a Constituição.

33. Esta intenção fracassa quando se deixa de considerar a Constituição escrita como estritamente vinculante. Quando o juiz é, com o mesmo direito, o político ou qualquer outro — hoje, não raro, a partir de um mal compreendido repúdio da concepção positivista do Direito — acreditam poder impor-se à Constituição escrita, é possível que as soluções obtidas dessa forma sejam, em alguns casos, mais adequadas do que as alcançadas com uma interpretação mais literal do texto da Constituição. Com isso, no entanto, fica aberto o caminho para que se deixe de lado a Constituição com a simples invocação de qualquer interesse aparentemente mais elevado, mas cuja superioridade, com toda a certeza, será posta em questão. A idéia básica da Constituição escrita vê-se, então, substituída por uma situação de insegurança criada pela luta constante de forças e opiniões que, em sua argumentação, não dispõem de uma base comum de referência.

34. A vinculação à Constituição escrita não exclui um Direito constitucional não escrito⁴⁰, porque tampouco a sua fixação num documento constitucional converte a Constituição num sistema “sem lacunas”; pelo contrário, ela precisa ser completada por intermédio de um Direito Constitucional não escrito, o qual, no entanto, por causa de sua função apenas complementadora, jamais pode surgir e manter-se desvinculado da Constituição escrita, antes se apre-

⁴⁰ Sobre isto (divergindo em parte da opinião mantida no texto), H. HUBER, “Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts”, em “Rechtstheorie, Verfassungsgesetz, Völkerrecht” (1971), p. 329 e ss. Sobre a problemática do Direito Constitucional consuetudinário: Chr. TOMUSCHAT, “Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland” (1972).

sentando, sempre, sob a forma de desenvolvimento e aperfeiçoamento dessa mesma Constituição e em conformidade com os seus princípios⁴¹. A função da Constituição escrita impede qualquer imposição ao Direito Constitucional em nome de um Direito Constitucional não escrito.

35. Essa primazia da Constituição escrita, entretanto, não a converte na última fonte do Direito. Como Constituição escrita, ela cria legalidade necessariamente, mas não necessariamente legitimidade, embora em sua legalidade já esteja subjacente um elemento — não raro esquecido — de legitimidade. Além disso, a Constituição deve sua legitimidade ao acordo em torno do seu conteúdo ou, pelo menos, a seu respeito. No entanto, nem mesmo o mais completo acordo é capaz de excluir a possibilidade de uma contradição entre a Constituição e os mais elevados princípios do Direito como último fundamento da legitimidade, cuja força obrigatória, entretanto, não pode ser constatada senão pela consciência jurídica. Por isso, embora possam fundamentar um direito de resistência, em razão mesmo dessa tradição não podem adotar a forma de legalidade da Constituição.

4. “RIGIDEZ” E “MUTABILIDADE” DA CONSTITUIÇÃO

36. Dado que a Constituição engloba as características de abertura e amplitude de uma parte com a presença de disposições vinculantes de outra, é claro que o ponto decisivo reside precisamente na *polaridade desses elementos*. Daí que a questão acerca da “rigidez” ou “mobilidade” da Constituição não se ponha em forma alternativa, mas, antes, como um problema de coordenação “correta” desses elementos.

37. Para que a Constituição possa cumprir seu desiderato, são necessários ambos os caracteres: os de abertura e de amplitude, porque

⁴¹ *BVerfGE* 2, 380 (403). Resulta, no entanto, equívoco que o Tribunal Constitucional Federal busque os fundamentos do Direito constitucional não escrito na “imagem de conjunto preconstitucional” do constituinte, a qual, ao vincular e manter unidos os preceitos da Constituição, converte-se precisamente na única imagem de conjunto *constitucionalmente* vinculante.

só eles permitem responder à mudança histórica, assim como à diversidade das situações existenciais; as disposições vinculantes por que sua virtude estabilizadora possibilita essa relativa constância que preserva a vida da Comunidade de dissolução numa mudança contínua, incontrolável e incontrolável. A coordenação de ambos os elementos é necessária para que os dois possam cumprir sua missão. O persistente não pode converter-se em obstáculo onde o movimento e o progresso se impõem, pois, do contrário, a mudança se produz à margem da norma jurídica. O mutante, por sua vez, não deve eliminar a virtude estabilizadora das disposições vinculantes, sob pena de não se cumprir o desiderato da Constituição, como ordem jurídica fundamental da Comunidade.

38. Só num segundo plano aparece o problema da "rigidez" ou da "mutabilidade" da Constituição (por exemplo, sob a forma de requisitos de maiorias qualificadas, de referendo de ratificação ou, também, de exclusão de certas reformas) como um problema de *revisão constitucional*, o qual só se manifesta onde a amplitude e a abertura da Constituição não são capazes de dar resposta aos problemas suscitados por uma situação determinada. A esse ponto se chegará tanto mais depressa quanto mais estritas e detalhadas sejam as disposições materiais da Constituição.

39. Por "revisão constitucional" entende-se aqui, exclusivamente, a revisão do texto da Constituição, devendo-se distingui-la da "ruptura constitucional" (*Verfassungsdurchbrechung*), quer dizer, da não observância do texto numa hipótese determinada (sem modificação do texto), como se admitia na prática política da República de Weimar, desde que se alcançassem as maiorias exigidas para a reforma da Constituição. Finalmente, a "revisão constitucional" deve ser distinguida da "mutação constitucional" (*Verfassungswandel*), que não afeta o texto enquanto tal — que permanece inalterado —, e sim a concretização do conteúdo das normas constitucionais. Com efeito, dada a amplitude e a abertura das normas constitucionais, estas podem levar a resultados distintos em face de supostos mutáveis (número marginal 45 e seguintes), operando, neste sentido, uma "mutação". A pro-

blemática da revisão constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional.

40. Se se dificultam as reformas constitucionais numa Constituição que deixa pouco espaço para a mutação, então resulta efetivamente correto falar-se de uma Constituição "rígida"; embora o conteúdo das disposições constitucionais, neste caso, esteja determinado com relativa precisão, dificilmente a Constituição estará em condição de cumprir seu desiderato na realidade histórica da vida da Comunidade. A situação não é muito melhor quando uma Constituição que deixa pouco espaço para a mutação se torna "móvel", possibilitando sua reforma a qualquer momento e sem obstáculos. É certo que esta solução compatibiliza uma mais rápida adaptação, com maior precisão do texto, mas tampouco nesse caso pode a Constituição cumprir a sua missão como ordem jurídica fundamental da Comunidade, porque fica privada de um aspecto essencial, de sua virtude estabilizadora. Diversamente, atende-se à idéia e ao conteúdo da Constituição quando se deixa espaço para a mutação constitucional nos limites traçados no texto, ao mesmo tempo em que se criam obstáculos para a reforma constitucional. Tal solução opera simultaneamente essa relativa elasticidade e essa relativa estabilidade, necessárias ao adequado cumprimento de seu desiderato por parte da Constituição.

5. A "REALIZAÇÃO" DA CONSTITUIÇÃO

41. A Constituição compõe-se de normas. Estas contêm mensagens dirigidas à conduta humana, não ainda conduta humana propriamente dita; as normas passam de letras mortas, sem eficácia alguma, quando o conteúdo dessas mensagens não se incorpora à conduta humana. O Direito Constitucional, nesse sentido, não pode ser desvinculado da atuação humana; só na medida em que através dessa atuação e nessa atuação ele se "realiza", vem a ser a ordem realmente vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, podendo cumprir a sua função na vida da Comunidade (número marginal 31).

42. a) Essa realização não é algo que se possa dar por suposto. Depende de quanto a Constituição efetivamente motiva e determina a conduta humana, na medida, portanto, em que as suas normas se achem "em vigor" não só hipoteticamente mas também de fato. Essa vigência real da Constituição não se alcança pelo só fato de ela existir. Confunde-se o processo constituinte no que é e no que faz quantido o concebemos como um único ato de vontade do "poder constituinte"⁴², de um poder originário do qual deriva todo poder constituído e cujos mandatos hão de ser obedecidos por emanar da sua vontade. Isso porque também o "poder constituinte" se origina e se conforma mediante atuação humana histórica, usualmente a de uma assembléia constituinte, e aquilo que faz não é nada mais — embora, é claro, também nada menos — do que a formulação no texto da Constituição daquilo sobre o que se está de acordo ou daquilo sobre o que, segundo a Constituição, se deve estar de acordo. A vontade do constituinte histórico não pode fundamentar a vigência real da Constituição e, desde logo, também não pode mantê-la. Até que ponto a Constituição consegue essa vigência é mais uma questão de força normativa, de sua capacidade para operar na realidade da vida histórica de forma determinante e reguladora.

43. Essa força normativa acha-se condicionada de um lado pela possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição. Quanto maior for a conexão dos seus preceitos com as circunstâncias da situação histórica, procurando conservar e desenvolver o que já está esboçado na disposição individual do presente, tanto melhor conseguirão esses preceitos desenvolver a sua força normativa. Quando a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, vê-se privada do imprescindível germe de força vital, tornando-se incapaz de conseguir que se realize o que ela dispõe em contradição com esse estágio

⁴² C. SCHMITT, "Verfassungslehre" (4ª ed., 1965), p. 75 e ss. (tradução para o castelhano de F. Ayala, Madrid, 1934, reimpr. 1982). Cfr. a respeito EHMKE, "Grenzen der Verfassungsänderung" (cit. n. 18), p. 86 e ss.

de desenvolvimento. Sua força vital e operativa baseia-se na sua capacidade para conectar-se com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, da sua capacidade para desenvolver e coordenar essas forças, para ser, em razão do seu objeto, a ordem global específica de concretas relações existenciais.

44. De outro lado, a força normativa da Constituição acha-se condicionada pela vontade constante, dos implicados no processo constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Dado que a Constituição, como toda ordem jurídica, precisa atualizar-se pela atividade humana, sua força normatizadora depende da disposição para se considerar vinculantes os seus conteúdos e da decisão de realizar esses conteúdos, inclusive contra eventuais resistências; e isso tanto mais porque a atualização da Constituição não pode ser apoiada e garantida da mesma forma como os demais direitos, que não o Direito Constitucional, são atualizados pelos poderes estatais, que, de resto, não se constituem senão mediante essa atualização.

Resulta fundamental, portanto, essa vontade, a qual, por sua vez, apóia-se sobre o consenso básico que assegura à ordem jurídica uma estabilidade firme (vid. supra número marginal 15); é imprescindível que o acordo do constituinte histórico se mantenha entre aqueles cuja atuação e cooperação esse constituinte tratou de dirigir e coordenar através das normas da Constituição. Quanto mais intensa for a "vontade de Constituição" (*Wille zur Verfassung*) tanto mais realçados estarão os limites das possibilidades de realizar-se a Constituição, sem que essa vontade, no entanto, possa eliminar por completo tais limites. Só na medida em que se cumprem ambos os pressupostos é que a Constituição poderá desenvolver a sua força normativa⁴³.

45. b) Assim, portanto, sob a perspectiva das condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e "realidade" não podem isolar-se uma da outra. O mesmo se diga sobre o próprio processo de realização. O conteúdo de uma norma constitucional

⁴³ Sobre tudo isso, mais detalhadamente, K. HESSE, "A força normativa da Constituição" (1959), p. 61-84 desta seleção.

não pode, de ordinário, realizar-se apenas com base nas pretensões nela contidas (sobretudo expressadas na forma de um enunciado lingüístico) e isso tanto menos quanto mais geral, incompleto e indeterminado esteja redigido o texto da norma. Por isso, a fim de poder dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, fragmentária em maior ou menor medida, necessita de "concretização", o que só será possível quando se levem em consideração, nesse processo, junto com o contexto normativo, as singularidades das relações existenciais concretas sobre as quais a norma pretende incidir. A operação de realização da norma constitucional não pode desprezar essas singularidades, sob pena de fracassar diante dos problemas suscitados pelas situações que a Constituição é chamada a resolver.

Assim, por exemplo, o conteúdo e o alcance da garantia constitucional da propriedade só podem ser determinados tendo-se em conta a função social e econômica da propriedade no moderno Estado social. A regulação constitucional da liberdade de expressão por meio da radiodifusão só pode ser levada a cabo tomando-se em consideração as rápidas mudanças ocorridas nessa atividade, especialmente no que diz respeito às suas possibilidades técnicas⁴⁴, razão por que a conformação e a garantia dessa liberdade têm que ser distintas das pertinentes, por exemplo, à liberdade de expressão por meio da imprensa, onde os condicionamentos técnicos e econômicos são diferentes.

46. Destarte, a "concretização" do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da "realidade" que essa norma é chamada a regular. As singularidades dessas circunstâncias, não raro já conformadas juridicamente, integram o "âmbito normativo", o qual — a partir do conjunto dos dados do mundo social afetados por um preceito jurídico e através do mandato contido, sobretudo, no texto da norma, o "programa normativo" — é alçado à condição de parte

⁴⁴ Cfr. *BVerfGE* 12, 205 (260 ss.); 57, 295 (322 ss.).

integrante do conteúdo normativo⁴⁵. Porque essas singularidades, e com elas o "âmbito normativo", estão submetidas a transformações históricas, os resultados da "concretização" da norma podem mudar, ainda que o texto da norma (e, com isso, no essencial, o "programa normativo") continue o mesmo. Disso tudo decorre uma constante *mutação constitucional*, mais ou menos notável, que não é fácil de captar e que, por isso, raramente se manifesta com nitidez.

47. Pois bem, as possibilidades dessa "mutação constitucional" são limitadas, porque em nada se altera a necessidade da constante vinculação entre a realização constitucional e, precisamente, as normas a realizar. Por isso, os conteúdos realizados em contradição com essas normas tampouco podem ser considerados "realidade constitucional", ou seja, Constituição realizada, pelo menos se com esse conceito se pretenda dizer alguma coisa. A verdade é que, inevitavelmente, a realização de normas constitucionais, ora mais, ora menos, tem que andar a reboque dos mandatos que essas normas dirigem à conduta humana, residindo na descrição dessa diferença a justificativa para a contraposição entre Direito Constitucional e realidade constitucional, sem que isso implique admitir-se a existência de uma realidade constitucional *contra constitutionem*. A afirmação de uma contraposição entre Direito Constitucional e realidade constitucional pode não só obscurecer como até mesmo desviar a discussão. Ao qualificar a realidade inconstitucional como realidade constitucional, ou torga-se força normatizadora a essa realidade, com o que, enquanto força normatizadora da "realidade", de antemão ela se sobrepõe à força

⁴⁵ E. MÜLLER, "Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" (1968), p. 9 e ss., com mais referências. A norma converte-se, deste modo, em "modelo de ordenação cunhado pelo seu objeto (*sachprägendes Ordnungsmodell*), como projeto vinculante de uma ordem parcial da comunidade jurídica, que modela a norma, na qual o regulador e o regulado vão necessariamente unidos complementando-se indeclinavelmente um ao outro e fundamentando-se mutuamente na prática da realização do Direito" (*ibid.*, p. 9). Cfr. também E. MÜLLER, "Thesen zur Struktur von Rechtsnormen", *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, LVI (1970), especialmente p. 504 e ss. (agora recolhido também no mesmo, "Rechtsstaatliche Form Demokratische Politik" [1977], p. 257-270. — N. do T.).

normatizadora do "Direito". A qualificação da realidade inconstitucional como realidade constitucional contém, portanto, uma opção — não raro, desde logo, inconsciente — contra a Constituição, privando-a de uma contemplação jurídico-constitucional.

48. Isso não significa que na vida da Comunidade não possa haver realidade alguma que se ache em contradição com a Constituição ou que tal realidade deva ser considerada irrelevante. Trata-se, pelo contrário, de levá-la em consideração e fazer o que for necessário para evitar que se crie uma realidade inconstitucional ou para recolocar a realidade de acordo com a Constituição. Por isso, a perspectiva jurídica, assim como a argumentação que se vincula à normatividade da Constituição, precisa ser completada por considerações de *política constitucional* dirigidas a manter ou possibilitar esse acordo, a criar os pressupostos para uma realização legítima da Constituição ou, se não, para reformar a Constituição.



A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Traduzido por
INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO: I. NECESSIDADE, SIGNIFICADO E OBJETIVO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. — II. AS TRADICIONAIS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO. — I. Conteúdo. — 2. Dificuldades. — III. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CONCRETIZAÇÃO. — I. Condições da interpretação constitucional. — 2. O processo de concretização das normas constitucionais. — 3. Limites da interpretação constitucional. — IV. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. — 1. Conteúdo e fundamentos jurídico-materiais. — 2. Limites jurídico-funcionais: — 3. Repercussões na interpretação da Constituição: interpretação da Constituição conforme à lei.

I. NECESSIDADE, SIGNIFICADO E OBJETIVO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

49. A interpretação constitucional, no sentido estrito que aqui nos interessa¹, faz-se necessária e se põe como problema toda vez que tenhamos

¹ Da bibliografia mais recente cabe destacar: E. FORSTHOFF, "Zur Problematik der Verfassungsauslegung" (1961); P. SCHNEIDER e H. EHMKE, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", em "Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer", 20 (1963), p. 1 e ss, 53 e ss; F. MÜLLER, "Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen