

# A PRIMAZIA DA CONSTITUIÇÃO\*

RAINER WAHL\*\*

## Introdução

A idéia de que a constituição constitui a autoridade máxima de um dado ordenamento jurídico positivo é tão antiga como a própria idéia de constituição e a luta para a fixação expressa de normas fundamentais. Um conceito dogmático específico da primazia da constituição formou-se apenas quando dela passaram a depender efeitos jurídicos concretos, ou seja, a derrogação do direito anterior contrário e a inconstitucionalidade de leis futuras contrárias à letra e ao espírito da constituição. Estes efeitos não estiveram, porém, sempre e de forma imediata, na sua evolução histórica, ligados à existência de uma constituição. As figuras da inconstitucionalidade e da hierarquia das normas jurídicas não foram desde o início devidamente consideradas no pensamento jurídico-constitucional. Pelo contrário, a tradição constitucional na Alemanha nasceu em grande parte com base em uma outra perspectiva. Os efeitos materiais da violação da constituição tornaram-se “interessantes” e impulsivos do ponto de vista jurídico, na altura em que puderam ser determinados de forma certa e juridicamente compulsiva, por conseguinte, em estreita ligação com a formação da jurisprudência constitucional. O controle normativo pressupõe teoricamente o conceito de hierarquia das normas, assim como a doutrina da hierarquia do ordenamento jurídico busca os seus princípios na relação da constituição com a lei apenas com o aparecimento da jurisprudência constitucional.<sup>1</sup> Este fenômeno tem amplas conseqüências para a discussão do problema da primazia da constituição (sobre este ponto, ver o item I).

## I

A primazia da constituição contém não apenas o princípio da colisão formal, seja como nulidade originária, seja como nulidade superveniente,<sup>2</sup> mas ex-

\* Tradução do original sob o título *Der Vorrang der Verfassung* pelo Dr. Antônio Francisco de Souza, do Instituto de Direito Público da Universidade de Freiburg, República Federal da Alemanha.

\*\* Responsável pela cadeira de ciência da administração na Universidade de Freiburg, República Federal da Alemanha.

<sup>1</sup> Não restringindo a ligação temporária entre a formação da teoria da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico e o aparecimento de uma jurisprudência constitucional, cf. em *Austria de 1920* th. Ohlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, 1975. p. 10 e 32; com pormenor sobre a evolução, cf. Haller, H. *Die Prüfung von Gesetzen*, 1979. p. 1-72.

<sup>2</sup> Com pormenor, cf. Ch. Böckenförde, *Die sog. Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, 1966. p. 27 e segs. e Ch. Moench, *Verfassungswidrige Gesetze und Normenkontrolle*, 1977. p. 118 e segs.; 142 e segs., cada um com crítica à ligação lógico-jurídica da doutrina do ordenamento com hierarquia de normas e nulidade *ipso jure*, comparar as conclusões recentes de Ipsen, J., *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980.

prime-se na ordem constitucional mais fortemente e de forma mais decisiva na vinculatoriedade, normatividade e executoriedade da constituição perante a legislação ordinária.<sup>3</sup>

Para a ordem constitucional, é decisiva a relação da ordenação material da constituição com a execução processual através da jurisprudência constitucional: a constituição não é apenas a autoridade máxima, ela tornou-se num padrão jurídico para a jurisprudência. Este fenômeno não só deu origem a um novo destinatário para a regulamentação material do direito constitucional mas, desta forma, a constituição foi confrontada, de forma anteriormente desconhecida, com os efeitos jurisdicionais. O direito constitucional tornou-se eficaz através da jurisprudência constitucional, ao mesmo tempo que o caráter jurídico da constituição aumentou; isto é conhecido como fator positivo, e sobre isto não é necessária maior problematização.<sup>4</sup> Deve aqui referir-se, pelo seu interesse, uma outra consequência não menos importante. A introdução e o desenvolvimento de uma ampla jurisprudência constitucional apóia e concentra o significado da constituição, primeiramente nos aspectos jurídico e jurisdicional. Assim, as observações que se possam fazer sobre a constituição têm de tomar em consideração o fato de que todas as afirmações sobre o significado da constituição e sobre o seu conteúdo são afirmações que se referem a um padrão jurídico e a uma jurisprudência especialmente sensível. Das múltiplas consequências dessas circunstâncias, três delas devem ser aqui analisadas.

Como padrão de um processo constitucional, o direito constitucional tem de receber a maior clareza e exatidão possíveis quanto ao âmbito das normas constitucionais. Por isso, o “padrão” tem de ser expressamente distinto do seu fator oposto e tem de ser interpretado perante o direito ordinário de forma distinta. No caso de se examinar a constitucionalidade da lei, os conceitos jurídico-constitucionais necessitam de “autonomia” (*Selbstand*)<sup>5</sup> A primazia da constituição exige distanciamento e diferenciamiento entre o plano das normas; trata-se de um conceito de separação e não de atuação conjunta.<sup>6</sup> Este princípio, que está intrinsecamente ligado à jurisdição constitucional, não permite que, através da interpretação, as fronteiras e diferenças entre o direito constitucional e o direito ordinário se confundam; a opinião de que todo o direito se apóia de uma forma ou de outra no direito constitucional é uma afirmação que tem efeitos paralisantes para a realização da jurisprudência constitucional.

Em segundo lugar, a primazia da constituição diz respeito não apenas a uma relação dedutiva entre duas normas jurídicas, mas contém ainda uma relação ins-

<sup>3</sup> Ch. Moench, *Verfassungswidrige Gesetze...* cit. p. 143 sob citação de Hesse. Sobre a primazia da constituição a par da indicação da nota 2; Ipsen, J., *Richterrecht und Verfassung*, 1975. p. 155; Campiche, E., *Die Verfassungskonforme Auslegung*, 1978. p. 17 e segs.

<sup>4</sup> Wahl, R. & Rottmann, F. Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik — im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: Conze, W./Lepsius, R. *Historische Grundlagen der Bundesrepublik*, 1982. cap. I 1 m.w.N. As indicações de doutrina sobre a jurisprudência constitucional são muito limitadas na ampla doutrina existente em Korinek, K.; Müller, J. P. & Schlaich. *VVDStRL 39*, 1981. Recentemente deve-se acrescentar a opinião de Stern, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1980. v. 2, § 44.

<sup>5</sup> Com razão Leisner, W., *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, 1964. p. 5, 8 e segs.; 61 e segs., formulou o problema — que haveria de ser discutido em outros textos — de que a “constituição pela lei” ameaça a hierarquia das normas e a jurisprudência constitucional.

<sup>6</sup> Para as necessárias concretizações desta afirmação, cf. o item IV.1 deste artigo.

titucional funcional. A sua influência exprime-se na transformação lingüística: a primazia da constituição significa a secundarização da lei. Isto significa, por sua vez, a secundarização do legislador,<sup>7</sup> e não só perante instituições jurídico-constitucionais históricas ou perante o legislador de revisão da constituição, mas perante as atuais instâncias que interpretam a constituição de forma vinculatória. Isto corresponde ao desejo da lei fundamental. O problema não é o “se” desta secundarização do legislador democrático, mas o do seu alcance. Se da primazia da constituição se segue a executoriedade contencioso-constitucional e a secundarização prática do legislador, então torna-se questionável o princípio da interpretação que aspira à otimização do direito constitucional material. Uma interpretação que proporcione ao direito constitucional um aumento significativo da sua densidade material não está apenas justificada por permitir servir à ambição material da constituição como autoridade máxima através da expansão desta ambição; ela contém, pelo contrário, uma afirmação sobre as relações entre tribunal constitucional e legislador que, do mesmo modo, tem de ser legitimada.

Em terceiro lugar, o desenvolvimento de uma ampla jurisprudência administrativa é decisivo para o significado da constituição dentro do processo político. A jurisprudência constitucional tem por efeito o aumento da jurisdicionalização parcial do processo político no qual ela concretiza vinculações jurídicas desse mesmo processo político. Podemos dizer que a jurisprudência constitucional conduziu, de acordo com a lei fundamental, a uma “consciencialização” da constituição no dia-a-dia e ao seu avivamento, o que faz de qualquer particular recorrente um iniciador e participante do processo jurídico-constitucional.<sup>8</sup> Esta conclusão de que a constituição pode servir de instrumento de direito pode também apresentar um reverso, ou seja, que a constituição se possa tornar primeiramente apenas num instrumento de direito. Coloca-se assim a questão de saber se funções programáticas ou político-apelativas decorrentes da constituição podem ser mantidas numa ordem política na qual é permitido que questões constitucionais possam ser equiparadas com a possibilidade de um processo jurisdicional-constitucional. Será que existem no processo político diretivas insuscetíveis de jurisdicionalização, mas com caráter orientador, que sejam como tais diretivas programáticas as quais, todavia, não possam ser tomadas como meio exequível jurisdicional-constitucional?

Com estas considerações coloca-se não apenas a questão da possível perda de posições de uma maior jurisdicalização do processo político, mas, principalmente, a questão se a primazia da constituição fortificada, do ponto de vista jurídico e jurisdicional, não se distingue, em geral, de constituições sem jurisdição constitucional e sem os, com ela ligados, institutos jurídico-materiais. Esta mesma questão deve ser analisada de imediato. Um esboço (item II) comparativo e histórico evolutivo oferece material de consulta para a teoria da diferença da ordem constitucional com e sem jurisdição constitucional (item III). Depois, discutem-se os dois problemas dogmáticos já citados da delimitação precisa e suficiente da primazia do direito constitucional relativamente ao direito ordinário e à questão do âmbito da primazia do direito constitucional (itens IV e V).

<sup>7</sup> Para uma formulação diferente, comparar o item I.1 deste artigo com a nota 15.

<sup>8</sup> Wahl, R./Rottmann, F. *Die Bedeutung* ... cit., cap. I 4.

## II

1. É de todo o interesse verificar que, no começo do moderno Estado Constitucional, na evolução constitucional norte-americana do último quartel do século XVIII, constituiu-se, por assim dizer, um modelo perfeito de uma constituição primordial e prototípica. Esta concepção da constituição exprime-se corretamente na, várias vezes citada, expressão do presidente do Supreme Court, John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison* do ano 1803: "*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the legislative repugnant to the constitution must be void.*"<sup>9</sup>

Da evolução anterior a esta decisão, apresentada com brilho pelo constitucionalista norte-americano Gerald Stourzh,<sup>10</sup> deixam-se retirar conclusões decisivas para a problemática aqui em apreço.

A distância entre constituição e direito ordinário, imposta pela primazia da constituição, é clara na evolução constitucional norte-americana, dada a sua formação institucional: existem, no longo processo de reestruturação das ex-colônias em estados constitucionais autônomos, convenções constitucionais para o exercício do poder constituinte do povo.<sup>11</sup> Esta diferenciação relativamente ao poder legislativo constitucional "foi importante porque determinou a identidade do poder legislativo e soberano do início da época moderna". A institucionalização do poder constituinte é completada através da formação do poder de revisão da constituição (*Verfassungsanderndengewalt*) ou *amending power*. Esta evolução em direção a um processo próprio na alteração da constituição, a qual representou uma admirável novidade no fim do século XVIII,<sup>12</sup> acentuou também a autonomia e destrinchabilidade da constituição perante a lei ordinária. A declarada proibição implícita da violação da constituição é extremamente importante para a garantia da identidade da constituição e da sua substância interna.

O passo teórico decisivo consistiu, todavia, na evolução lenta da idéia de inconstitucionalidade assim como da primazia material da constituição como *paramount law*. Todavia, tanto o significado quanto as dificuldades desta evolução não devem ser supervalorizados.<sup>13</sup> A primazia da constituição tem de ser entendida historicamente e sócio-psicologicamente de forma mais precisa do que a consciência da secundarização da legislação e da limitação do legislador<sup>14</sup> Este passo fundamental pressupõe contato com um legislador soberano: nas colônias norte-americanas das décadas que precederam a sua independência,

<sup>9</sup> Ver, p. ex., H. St. Commager, ed. *Documents of American History*, 7. ed. 1963. p. 193.

<sup>10</sup> Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit*. Sobre o problema da jurisprudência constitucional no séc. XVIII (Kl. Arbeitsreihe d. Instituts f. Europ. und Vergl. Rechtsgeschichte, Graz) 1974, ali também p. 26 sobre *Marbury vs. Madison*.

<sup>11</sup> Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht* ... cit. p. 18 (ali também a citação literal); com pormenor Adams, W. P., *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, 1973. p. 68-91.

<sup>12</sup> Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht* ... cit. p. 19.

<sup>13</sup> Insistente apresentação das fases no caminho para este conceito em G. Stourzh (nota 10) com as principais etapas: a questão na petição Kanteana, 1701, a *Septennatzgesetz* de 1716 na Inglaterra, o manual de E. Vattel, 1758, a argumentação em especial de J. Otis, A. Hamilton e J. Iredell nas colônias norte-americanas desde 1761/64; comparar ainda Jelinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed. 1913. p. 508 e segs.; em especial p. 511 e segs.

<sup>14</sup> Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht* ... cit. p. 20.

não foi apenas admitido teoricamente, mas também sentido na prática, que um parlamento também pode cometer injustiças. O grande contributo da evolução constitucional norte-americana consistiu em ter transmitido para a sua própria constituição a experiência vivida num parlamento “estrangeiro”.<sup>15</sup> Por um lado, esta decisão foi o resultado da aceitação de declarações anteriores respeitantes ao problema da inconstitucionalidade e ao problema do primado do ordenamento fundamental.<sup>16</sup> Por outro, foi também o resultado de uma reflexão profunda do problema das fronteiras dos poderes do Estado numa ordenação estadual que quer assegurar a democracia e os direitos dos particulares como fins do Estado.<sup>17</sup> Stourzh chamou a atenção para um artigo de jornal daquele que viria a ser membro do Supreme Court, James Iredell. Neste artigo, o autor, servindo-se de um caso concreto, enumerou as possibilidades de defesa contra a atuação inconstitucional do legislador, ou seja, o direito de petição, o direito de oposição e o recurso ao poder judicial que, a par dos direitos dos particulares, tem também por objetivo a proteção da constituição.<sup>18</sup> Estas alternativas esclarecem o alcance do horizonte teórico naquela época. Elas mostram ao mesmo tempo a medida da inovação que significou a descoberta teórica e a execução prática da jurisprudência constitucional. Não se desenvolveu apenas uma instituição ou um elemento jurídico-constitucional que pode ser ou não posto em pé de igualdade com outros institutos. Pelo contrário, a jurisprudência constitucional é, originariamente, nos Estados Unidos, parte de uma constelação de elementos intrinsecamente conexos que é caracterizante e definidora de uma importante forma de manifestação do Estado Constitucional moderno. Em resumo: primeiro, a constituição como autovinculação da soberania popular a favor dos direitos fundamentais dos particulares; segundo, por isso uma constituição escrita com propriedade na criação e alteração assim como com primazia da constituição; terceiro, daqui resulta, necessariamente, a subordinação do legislador aos direitos fundamentais e, quarto, uma jurisprudência constitucional como complemento do direito de oposição e como transposição da situação fronteiriça da oposição na normalidade de um processo.<sup>19</sup>

2. Considerando este fundo intelectual do “modelo” norte-americano do Estado Constitucional com jurisprudência constitucional, não se torna necessário acentuar que na Alemanha do séc. XIX não se encontrou nada de semelhante, nem isso seria possível em países ocidentais com outra situação global, quer do

<sup>15</sup> Sobre este aspecto, cf. Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht ...* cit. p. 17; em especial p. 20 e segs. sobre a forte tensão dos casos judiciais práticos depois de 1776, nos quais os juízes declaravam leis como inconstitucionais. Em alguns destes casos os juízes reenviaram as leis para a Assembléa Legislativa, que em parte não foram reprovadas.

<sup>16</sup> Stourzh, G. *Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*. In: Engel-Janosi et alii, ed. *Fürst, Bürger, Mensch*, 1975, p. 97-120. Ele indica o ordenamento fundamental de West New Jersey 1677 onde foi dado pela primeira vez o passo para o primado do ordenamento fundamental e para a limitação do legislador.

<sup>17</sup> O problema cai num ordenamento que se coloca exclusivamente sobre a base de legitimidade monista da soberania popular com a “necessidade lógica” da discussão constitucional de Kromwell. Comparar com Jellinek, G. *Allgemeine ...* cit. p. 511 e segs.

<sup>18</sup> Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht ...* cit. p. 23 e segs.

<sup>19</sup> Locke pôde ainda admitir, em 1689, a fortificação da formação do legislador apenas através do direito de oposição. Cf. Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht ...* cit. p. 31 e segs. e Grabitz, E., *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976. p. 142 e segs.

ponto de vista político, quer do ponto de vista jurídico-constitucional. É indiferente referir qual o elemento particular da acima mencionada situação constitucional dos Estados Unidos, pois em qualquer um deles existem diferenças. Neste sentido apontam-se também as pesquisas de Scheuner,<sup>20</sup> que lhe permitiram concluir que na Alemanha não foi reconhecida a primazia da constituição perante a lei. Por isso, não se pôde afirmar o direito de controle jurisdicional, e, pela mesma razão, faltou a base teórica para um controle normativo jurisdicional-constitucional. Por falta da validade de efeitos jurídicos perante a lei, os direitos fundamentais tiveram um efeito jurídico limitado.<sup>21</sup> Eles não constituíram qualquer limite jurídico para o legislador; a sua força derogatória foi fraca perante a situação legal existente da legislação constitucional.<sup>22</sup> Eles foram incluídos no direito existente e não foram pré-ordenados juridicamente nas novas leis contidas.

Diferença característica encontra-se também no instituto conexo da primazia material da constituição: não foi reconhecido um poder constitucional específico; o fato de não existir diferença entre o poder de alteração da legislação ordinária e da legislação constitucional não proporcionou uma proteção da constituição contra a sua violação implícita. A primazia da constituição foi afirmada por certos autores já no início do constitucionalismo, autores esses que, como Welcker<sup>23</sup> e em especial Mohl, referindo-se aos Estados Unidos, caracterizam a constituição como o tipo superior de normas, e desenvolveram explicitamente a idéia de “hierarquia das normas” com o objetivo de proteger a constituição contra alterações ou derrogações do poder legislativo.<sup>24</sup> Como consequência, retirou Mohl a nulidade das leis inconstitucionais e a limitação da obediência do particular à “pura obediência da constitucionalidade”.<sup>25</sup> No direito constitu-

<sup>20</sup> Scheuner, U. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FS BVerfG*, 1976. v. 1. p. 40, com notas 141 e 142.

<sup>21</sup> Scheuner, U. In: FS E. R. Huber 1973. p. 139-47 e segs.; 164 e segs. (= Scheuner, U. *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978. p. 633-42 e segs.; 651, 653) e, Scheuner, U. In: *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit, Beihefte zu “Der Staat”*, 4, 1980. p. 105-8 e segs.

<sup>22</sup> Wahl, R. *Der Staat* 18, 1979. p. 321-28. Em geral sobre a questão das relações dos direitos fundamentais (anteriormente) de “constituições constitucionais” transformados em lei ordinária, p. 328 e segs.; p. 335 e segs.

<sup>23</sup> Welcker, C. Art. “Gesetz”, in: *Das Staatslexikon*, 1847. v. 5, p. 695, 702, 704; contra, Welcker no seu art. “Staatsverfassung”, in: *Das Lexikon*, 1848. v. 12, p. 363 e segs.; 373 e segs., não admitiu expressamente a idéia de primazia. As investigações histórico-dogmáticas de Ipsen, J. *Rechtsfolgen* ... cit. p. 23-37, baseiam-se quase exclusivamente na violação formal da constituição (*Fehlen der ständischen Mitwirkung*); claro que a afirmação de que a primazia da constituição foi pela maioria dos autores, pelo menos implicitamente pressuposta, não é inteiramente correta (p. 37 e 59); falsa interpretação também na p. 59 na posição apoiada na WRV (Constituição de Weimar).

<sup>24</sup> R. von Mohl formulou a sua posição da forma mais clara no seu artigo: Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze. In: *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, 1860. v. 1, p. 66 e segs.; em especial 81 e segs.; 88 e segs. (p. 89 “Abstufung der Normen”); comparar, ainda, do mesmo autor, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2. ed. 1840. v. 1, p. 90 e segs., e ainda do mesmo: *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, 1824. p. 101 e segs.; 133-40.

<sup>25</sup> Von Mohl, R. In: *Staatsrecht, Völkerrecht* ... cit. p. 93 e segs.; do mesmo, *Staatsrecht des Königreichs* ... cit. p. 323 e segs. Cf. ainda Köhler, M., *Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen Konstitutionellen Staatsrechtstheorie der ersten Hälfte des 19. Jh.s*, 1973. p. 22 e segs.

cional posterior manifesta-se, pelo contrário, com clareza, a recusa da primazia da constituição em estreita conexão com o, então dominante, reconhecimento da violação implícita da constituição (no *Kaiserreich*).<sup>26</sup> Laband falou de constituição — sem atender à sua alteração dificultada — como sendo uma lei que não contém qualquer autoridade superior relativamente às outras leis porque não poderia haver uma vontade mais alta no Estado do que a do soberano na qual, quer a validade da constituição, quer a da lei, estão enraizadas. “A constituição não é nenhum poder místico que paire sobre o Estado mas, como qualquer outra lei, um ato de vontade do Estado e, assim, alterável pela vontade desse mesmo Estado.” Laband pôde assim concluir, numa fórmula tipicamente positivada na frase de Ronne, que a lei especial tem de estar sempre em consonância com a constituição, a qual é apenas um postulado — desejado — da política legislativa, e não um princípio de direito.<sup>27</sup>

Também Anschütz sustentou de forma decidida a opinião de que a primazia da constituição seria um instituto estranho ao direito alemão e típico do direito constitucional norte-americano. “A constituição não está acima do poder legislativo, mas à sua disposição. Por conseguinte, a constituição é, na realidade, apenas uma lei como qualquer outra.”<sup>28</sup> “A constituição é para a instância aplicadora da lei, assim como para o tribunal, nem mais nem menos do que uma simples lei em sentido formal.” Em caso de colisão, apicam-se os princípios gerais da derrogação, isto é, o princípio de que a lei mais recente prima sobre a (constituição) anterior. Entendimento diferente é, porém, o de Georg Jellinek; a primazia da constituição foi por ele admitida mas, em todo o caso, dependente da efetivação (*Effektuirung*) do tribunal.<sup>29</sup>

O reconhecimento da violação constitucional implícita foi defendido com sucesso: ele não admitiu em termos absolutos a idéia da primazia originária material da constituição. Devido à possibilidade de violação, as atenções não se voltaram contra uma lei que viola, em primeira linha, a constituição material,

<sup>26</sup> Meyer, G. & Anschütz, G. *Lehrbuch des Deutschen und Staatsrechts*, 7. ed. 1919. p. 661 e segs.; e p. 743; Laband, P. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. ed. 1911. v. 2. p. 39. Esta doutrina tomou em plena consideração o que no caminho da violação implícita da constituição são cláusulas francas fundamentais para o direito público federal do *Kaiserreich*. Sobre isto: Hubert, E. R. *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. ed. 1970. v. 3. p. 950 e segs.; também normas negociais continham desvios essenciais relativamente ao texto da constituição. Para os exemplos, cf. Jellinek, G. *Allgemeine ...* cit. p. 538 e segs.

<sup>27</sup> Laband, P. *Das Staatsrecht ...* cit. p. 39 e segs. (ali também a citação referida na p. 39). Num comentário feito in: *AöR*, 1894. v. 9. p. 271 e segs. considera Laband a diferença entre o plano constitucional e o do poder legislativo como um “axioma lógico não-vinculatório”.

<sup>28</sup> Meyer, G. Anschütz, G. *Lehrbuch des Deutschen ...* cit. p. 743 e segs. para a citação literal cf. Anschütz, G. *Die Verfassungsurkunde des Preußischen Staates*, 1912. p. 66; a passagem aludida encontra-se ainda referida in: Anschütz, G. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. ed. 1933. n. 4 relativo ao art. 70, p. 371; Nr. 1 ao art. 76, p. 401; n. 3c ao art. 102, p. 476. A função de intervenção reconhecida por Anschütz na continuação de afirmações jurídico-estaduais centrais do *Kaiserreich* para a constituição de Weimar ganha uma apresentação pormenorizada.

<sup>29</sup> Jellinek, G. *System der subjektiven öffentlichen Recht*, 2. ed. 1905. p. 96; p. 101 e segs.; Jellinek, G., cf. *Gesetz und Verordnung*, 1887. p. 263. A jurisprudência recusa o direito de controle. cf. *RGZ* 9.232 e segs. (v. 17.2.1883). Sobre este ponto cf. ainda Hubert, E. R. *Deutsche ...* cit. p. 1.055 e segs.; 1.058 e segs.

mas sobre a questão prévia de saber se a lei nova teve a maioria exigida<sup>30</sup> para alterar a constituição. A violação da constituição teve primazia sobre o princípio da primazia da constituição; a identidade da constituição escrita não foi assim assegurada. Daqui resultou a não-aplicação de sanções contra uma lei emitida sem a observação dos pressupostos formais da revisão da constituição, a qual altera materialmente a constituição. O juiz não é chamado ao exame do resto pelos pressupostos formais da alteração da constituição.<sup>31</sup> Jellinek entendeu sobriamente que, sem um tal direito de controle judicial, “que pode ser sempre afirmado pela teoria jurídica, não é concedida qualquer garantia no sentido de que a lei simples, que não contrarie o direito constitucional, altera a constituição”.<sup>32</sup>

3. O “sistema” decisivo e radical que distingue a evolução norte-americana da alemã no século XIX é apenas visível, se se colocar no centro das atenções a constelação dos elementos em conjunto e os tomarmos como expressão de uma situação constitucional específica e de uma compreensão específica do entendimento constitucional. Assim como com a maior parte dos problemas de direito constitucional alemão, a estrutura dualista da constituição — que é frequentemente subestimada — constitui a chave para a solução do problema. Mas o dualismo coloca, necessariamente, limites à possibilidade da primazia da constituição e da jurisprudência constitucional.<sup>33</sup>

Um ordenamento dualista não pode, já pela sua definição, satisfazer à necessidade objetiva imanente de uma intância tipicamente neutral: a falta de uma ampla base fundamental conjunta de legitimidade limitou necessariamente a possibilidade de concretização. O último pensamento da constituição no interesse da solução das questões em aberto conduz, não a um ponto de referência único, mas a uma duplicação insolúvel que fundamenta uma posição autônoma da coroa e da representação popular. Por isso, para certos aspectos acaba aqui, na realidade, o direito constitucional.<sup>34</sup> O espaço para a decisão política das diferentes posições foi, necessariamente, relativamente grande;<sup>35</sup> o espaço para este desenvolvimento foi criado pelo ponto de fricção entre os dois fatores legislativos. Este embate levou à necessidade da decisão política e, assim, ao es-

<sup>30</sup> Que para a alteração da constituição, segundo o art. 78 RV, não era exigida qualquer maioria qualificada (no Bundesrat, entre 58, 14 tinham direito de veto), a diferença entre alteração da constituição e a alteração da lei ordinária era mínima: apesar disso, valia como característica jurídica essencial da lei constitucional a força de validade formal da constituição, Jellinek, G. *Allgemeine* ... cit. p. 534. A crítica de C. Schmidt (In: *Verfassungslehre*, 1928. p. 16) a esta posição indicia uma nova idéia constitucional.

<sup>31</sup> Meyer, G. & Anschütz, G. *Lehrbuch des Deutschen* ... cit. p. 744.

<sup>32</sup> Jellinek, G. *Allgemeine* ... cit. p. 538.

<sup>33</sup> Wahl, R. & Rottmann, F. *Die Bedeutung* ... cit. II 2; Wahl, R. Der Preußische Verfassungskonflikt und das Konstitutionelle System des Kaiserreichs, in: Böckenförde, E. W., ed. *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. ed. 1981. p. 208-11-15.

<sup>34</sup> Assim, a conhecida e justa pretensão de Anschütz in: Meyer, G. & Anschütz, G. *Lehrbuch des Deutschen* ... cit. p. 906.

<sup>35</sup> Num dos seus mais significativos estudos, *Ein Verfassungsgerichtshof für Oesterreich*, 1885. p. 63, Jellinek sustenta que uma decisão judicial entre governo e representante do povo constitui uma competência para muito além da medida desejada: neste caso, uma solução feliz só é de esperar dos fatores participantes do “tato político” e não de uma pretensão judicial. Em suma, aconselha Jellinek (p. 17 e segs.) a edificação de um Tribunal Constitucional com competência de controle normativo para a proteção dos direitos dos cidadãos com propostas dirigidas ao futuro. Cf., ainda, Haller, H. *Die Prüfung* ... cit. p. 25 e segs.

tabelecimento de um compromisso entre eles. O reconhecimento da primazia da constituição perante a lei teria significado que, neste processo central de compromisso político, poderia haver intervenção do “exterior”.<sup>36</sup>

A primazia da constituição é, todavia, em si conclusiva e admissível apenas nos casos em que, perante o plano dos conflitos de leis, exista uma instância e uma base material que cubra o conflito político em conjunto. Isto é possível porque o plano da constituição é a base conjunta e exclusiva das competências e poderes das partes em conflito. Todavia, este significado não foi suficiente para exigir uma “constituição constitucional” (*Konstitutionelle Verfassung*). O monarca é tomado pura e simplesmente como “monarca por graça da constituição”.<sup>37</sup> Mesmo o recurso à legislação constitucional, como no constitucionalismo norte-americano, teria levado ou 1) a condições de desenvolvimento constitucionais precárias, como, por exemplo, na Carta Constitucional prussiana, característica pelo seu outorgamento e posterior revisão parcial, ou 2) à origem, igualmente problemática, da constituição de 1867/71.<sup>38</sup>

Deve-se, assim, partir da impossibilidade histórica da jurisprudência constitucional<sup>39</sup> e, por isso, da recusa, no quadro do sistema constitucional, da primazia material da constituição. Deste modo, colocam-se ao mesmo tempo os pontos fracos do entendimento constitucional possível, como se segue: é excluído o entendimento da constituição como um ordenamento jurídico perfeito que está munido dos instrumentos necessários para a sua execução. Porém é frequentemente admitido um entendimento alternativo que vê nos princípios materiais da constituição e, em especial nos direitos fundamentais, diretivas para o progresso político, diretivas essas que não se realizam na via “quase automática” do direito, mas sim no conflito da legislação com o processo político. Um tal entendimento constitui o ponto central da determinação da constituição num sentido apelativo-programático. Direitos fundamentais e determinação material transcrevem o *standard* da cultura política, o consenso básico da política; eles realizam-se na e pela política, na e pela opinião pública.

<sup>36</sup> Nesta ordem de idéias é importante que também qualquer questão de direitos fundamentais possa ser potencialmente transformada numa confrontação entre a Coroa e a representação popular, se, por exemplo, o governo monarca considerou uma limitação dos direitos fundamentais como indispensável ao interesse do Estado.

<sup>37</sup> A monarquia baseava-se numa legitimidade apenas histórica que foi levada para a constituição e que dali não se queria despertar. Cf. sobre este ponto Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen Konstitutionellen Monarchie*, in: Böckenförde, E. W. ed. *Moderne deutsche* ... cit. p. 146-59 e segs.; 149 e segs.; e 155.

<sup>38</sup> Que, atrás da primazia da constituição e da autoridade máxima da constituição se escondem problemas de soberania, resulta claro da polémica observação de Bornhak, C. *Preußisches Staatsrecht*, 1888. v. 1, p. 527 nota 1: “O rei, como autoridade máxima, deveria ter acima de si o rei que ordena em harmonia com o Parlamento e com o consentimento do Parlamento, o rei que ordena com fundamento em duas fases, com o espaço intermédio de pelo menos 21 dias dados pelo consentimento do Parlamento! Isto é, o... espírito daquele homem de ofício que se informa e se determina a si mesmo, mas apenas em diferentes horários de trabalho”.

<sup>39</sup> Cf. Wahl, R. & Rottmann, F. *Die Bedeutung* ... cit. II 2. A tese formulada baseia-se no controle normativo e controversia orgânica; isto significa que competências judiciais não teriam qualquer possibilidade de ostentação real neste sistema imanente, independentemente de intervenções de confirmação formal ou de considerações teóricas. Em que nome deveria decidir um tribunal constitucional no caso de conflito entre monarca e representação popular: em nome do rei, do povo ou da constituição?

Este entendimento da constituição cruza-nos com o séc. XIX. As fontes dele encontramos com detalhe, não apenas e não em primeiro lugar, no direito constitucional e na teoria do Estado, mas, também, e desde logo, nos discursos políticos, nos parlamentos e na publicística da opinião pública.

A doutrina do Estado não fez uso, em todas as fases da sua evolução no século XIX, desta oportunidade para a ostentação deste entendimento constitucional; na fase posterior do constitucionalismo positivo, os direitos fundamentais tornaram-se justificação para o delimitado significado jurídico dos princípios materiais da constituição.<sup>40</sup> Anschütz sustentou, inclusivamente, um certo entendimento do significado político dos direitos fundamentais quando ele, com razão, viu neles “diretivas” e “promessas da lei com novo conteúdo”.<sup>41</sup> Mas ele aderiu, ao mesmo tempo, à doutrina positivista quanto ao acento negativo da falta de ligação com as leis ao referir que estas diretivas não são mais do que um monólogo e uma espécie de “bons propósitos” do legislador.<sup>42</sup> A mesma idéia resulta de um discurso proferido pelo deputado centrista (e posteriormente *Reichskanzler* de Weimar) Marx, quando de um debate conduzindo com paixão na casa dos deputados da Prússia, em 1908, quando ele concluiu que o princípio da igualdade da constituição prussiana “tem um significado extremamente amplo; ele não se baseia apenas na aplicação da lei, mas orienta-se por fatores legislativos; ele deve constituir uma diretiva para o futuro no que concerne à legislação a produzir a partir da constituição prussiana”.<sup>43</sup> Com base neste entendimento apoiaram-se as partes oposicionistas e recusaram, com razão, a caracterização como inconstitucional da lei da colonização (*Ansiedlungsaesetz*) de 1908.<sup>44</sup> Esta objeção não pôde sancionar o resgate da inconstitucionalidade, neste como em outros casos. Nos debates parlamentares e nas discussões públicas, aquela objeção chegou a ter importante peso: todavia, isto apenas pôde ser esclarecido através da análise do conflito político, até aquele momento por fazer.<sup>45</sup> O papel da argumentação jurídico-constitucional foi especialmente claro — apesar dos últimos resultados negativos — no que concerne ao conflito da luta entre culturas. A permanente censura da inconstitucionalidade

<sup>40</sup> A argumentação baseia-se aqui, e não só, na determinação constitucional material; o direito constitucional orgânico teria de ser tratado de modo especial.

<sup>41</sup> Anschütz, G. *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt* ... 2. ed. 1901. p. 51 e segs.; Anschütz, G. *Die Verfassungsurkunde* ... cit., p. 94 e seg.; 135 e seg.; 138 e segs.

<sup>42</sup> Anschütz, G. *Die gegenwärtigen* ... cit., p. 52.

<sup>43</sup> Debates da casa dos deputados 1907-8, v. 1 Sp. 729 (15. reunião de 18.1.1908). As três leituras para este projeto de lei (Sp. 35-103, 106-155; Sp. 650-707; Sp. 709-740) transpassam argumentações jurídico-constitucionais. A censura da inconstitucionalidade S0. 41,62 e segs.; 80 e segs.; 150 e segs.; 651, 682 e segs.; 691, 729 e segs.; para a tradicional interpretação do ministro da justiça, Besler Sp. 72 e segs.; 151 e segs.; 673 e segs. e, relatório da comissão, Verh. d. pr. AH, Anlagen 1907-8, v. 1, n. 42: a lei (assim foi formada a consciência de que, na prática, apenas poderia atingir pólos opostos) estaria ligada ao princípio da igualdade, porque cada prussiano atingido pela lei seria, segundo os seus preceitos, tratado de igual modo.

<sup>44</sup> Comparar Huber, E. R. *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1969. v. 4, p. 504 e segs.; para leis que, de igual modo, violam o princípio da igualdade, *ibid.* p. 487 e segs.

<sup>45</sup> De modo semelhante, as orientações protetoras dos direitos fundamentais perante a administração não são procuradas apenas no processo judicial (administrativo). O grande significado de instituições com caráter apelativo de órgãos com competência política revela-se no direito de petição e no poder de reclamação das câmaras (na Baviera, como em outros Land) a partir da iniciativa do cidadão; cf. importante e elucidativo material em Seydel, M. V. *Bayerisches Staatsrecht*, 2. ed. 1896. v. 1. p. 356-98.

da Lei de Combate obrigou o governo da Prússia, em 1873, a modificar os arts. 15 e 18 da constituição, e em 1875, à sua completa revogação. A permanente censura política da inconstitucionalidade não pôde resistir, apesar da falta de efeitos jurídicos.<sup>46</sup> Os efeitos produzidos por estes artigos até 1873-75 foram qualificados pelas partes em conflito (nos seus resultados de acordo, embora naturalmente nas valorizações tenham sido caracterizados de modo diferente), por um lado, como *Paladium* da liberdade e última barreira contra a inundação da legislação estadual sobre o campo da Igreja e, por outro, como fio com o qual o Estado ata as suas mãos.<sup>47</sup>

Prova desse significado programático da constituição e, em especial, dos direitos fundamentais para a política legislativa, encontra-se em todas as fases do século XIX.<sup>48</sup> A preocupação conjunta do movimento constitucional anterior e posterior à Revolução de Maio de 1848 (*Vormärz*) foi a de modificar algo no campo da constituição com vistas ao preenchimento da essência programática dos direitos fundamentais. Neste esforço toma a referência aos direitos fundamentais, a ênfase típica de uma argumentação político-apelativa. Não poucos teóricos do direito constitucional do *Vormärz* enfileiraram na então característica ligação das considerações dogmáticas e jurídico-políticas deste lado retórico-político da constituição. O que foi considerado e proclamado nos manuais, nos artigos do léxico, no parlamento como na publicística, sobre os direitos fundamentais e a constituição como proteção do particular perante o poder do Estado, necessita de uma explicação constitucional para a fixação vinculatória na carta constitucional. Sabia-se que a transformação e o resgate das reformas esperadas só poderiam acontecer através de discussões políticas, e não através de automatismos jurídicos. Assim, as referências à constituição e os direitos fundamentais revestiram-se, por vez, de uma fraca ênfase retórico-política meramente formal, sem atingirem a precisão dogmática de uma pequena figura jurídica trabalhada.

Em resumo, para a Alemanha, resulta no século XIX uma interpretação constitucional que deve ser caracterizada como incompleta, se ela for entendida apenas no reduzido significado jurídico da constituição; em seu lugar, pertence a esta interpretação o efeito exigido programático da constituição sobre o processo político e, em especial, sobre a legislação constitutiva. Alguns temas e princípios da discussão jurídico-constitucional dos nossos dias podem recuar ao século XIX, mas nem sempre em ligação a considerações jurídico-constitucionais. As relações da essência jurídica com as diretivas políticas e o caráter programático da constituição resultaram a favor dos últimos: as linhas de fronteira eram também obscuras. O que nesta discussão política da constituição foi acompanhado de excessivo materialismo pôde realizar-se no processo político com sucesso. A falta de efeito jurídico-vinculatório perante o legislador não se revelou, nestes casos, como ponto negativo, pois ela não foi tomada como problema ou como lado negativo do direito constitucional.

<sup>46</sup> Comparar Huber, E. R. *Deutsche ...* cit. p. 710, 737 e segs. e a rica fundamentação do projeto do governo impressa por Hubert, E. R. & Huber, W. *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert*. 1976. 2(311):660 e segs.

<sup>47</sup> Verh d. pr. AH 1875, v. 2 (reunião 46 de 16.4.1875), p. 1.261 r. Sp. e p. 1.266 l. Sp. (Abg. Reichensperger vom Zentrum) e p. 1.281 (ministro da cultura, Falk).

<sup>48</sup> Wahl, R. *Der Staat 18* cit. Indicações sobre o significado político dos direitos fundamentais nos debates do parlamento austríaco em Jelinek, G. *Ein Verfassungsgerichtshof ...* cit. p. 20 e segs.

O exemplo oposto do constitucionalismo alemão torna isto bem claro: o princípio da primazia da constituição assenta em pressupostos próprios entre os quais o mais importante é a passagem da estrutura dualista para a do monismo democrático.<sup>49</sup> Mas que isto apenas é necessário e não constitui condição suficiente, mostra a situação de Weimar: Weimar esteve neste caminho da interpretação constitucional,<sup>50</sup> mas ainda não no objetivo, enquanto a Áustria já o havia alcançado em 1920. Com a doutrina da hierarquia do ordenamento jurídico (*Stufenbau der Rechtsordnung*) tornou-se exata a precisão teórico-jurídica, como também político-constitucional, dos conceitos existentes de democracia.<sup>51</sup>

### III

A primazia da constituição e a instituição da jurisprudência constitucional caracterizam uma variante do Estado Constitucional. Elas não são pura e simplesmente a coroação do Estado Constitucional mas, como freqüentemente se tem escrito,<sup>52</sup> a coroação do Estado de Direito como um ordenamento político que coloca especial ênfase nas vias de direito. A comparação com ordenamentos constitucionais sem este instituto é elucidativa. Uma constituição sem este instituto jurídico “perfeito” vive especialmente do apoio que a constituição tem no público. O fato de a realização da constituição ser parte do processo político pode ter a desvantagem de, em alguns casos de inconstitucionalidade material, devido à falta de uma decisão vinculatória, as questões jurídico-constitucionais permanecerem pendentes e o poder político, mais forte, se impor com uma interpretação preponderante embora não totalmente definitiva. Por outro lado, pode um tal ordenamento constitucional, devido às mesmas razões, ter a vantagem de, na discussão política e perante o público em geral sobre o qual tudo se conclui, predominar a argumentação político-constitucional, como seria de esperar, sob uma pretensão judicial.<sup>53</sup> Outra vantagem desta ordenação constitucional é a de que no pensamento jurídico-constitucional podem ser introduzidas valorizações políticas que levem ao entendimento da constituição como um programa e como um chamamento para o preenchimento de idéias materiais, sem que esta intimação possa ser questionada imediatamente sobre a sua conversibilidade jurídica e propriedade como padrão num processo judicial. Um ordenamento constitucional com jurisprudência constitucional coloca, pelo contrário, exigências

<sup>49</sup> Comparar ainda Schlaich, K. *VVDStRL* 39, 1981, Leitsatz 2.

<sup>50</sup> A primazia da constituição permaneceu controversa em Weimar: recusando, a par de Anschütz (nota 28) também Hatschek, *Deutsches und preuBisches Staatsrecht*, 1922. p. 27; mas em sentido diferente Hensel, A. in: Anschütz, G. & Thoma, *HbDStR II*, 1932. p. 313 e segs.; 315 e segs. e *RGZ* 111, 320-22 e segs.; cf., ainda, Ipsen, J. *Rechtsfolgen* ... cit. p. 57 e segs.; e Henke, W. *Der Staat* 3 1964. p. 433 e segs.

<sup>51</sup> Para a evolução na Áustria cf. Haller, H. *Die Prüfung* ... cit. p. 1-72; Stourzh, G. *Vom Widerstandsrecht* ... cit. p. 24, p. 31 e segs.; Walter, R. in: *FS Hellbling*, 1971. p. 743 e segs.; Walter, R. in: Vogel, K., ed. *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle*, 1979. p. 4-17; p. 61 e segs. As etapas na Áustria são: a garantia de “direitos políticos” (= direitos fundamentais) e de uma proteção jurídica contra a violação da lei pela administração (1867); Tribunal Constitucional com poder de controle das leis (1920), desde o fim dos anos 20, controle da lei no que concerne à sua harmonia com as leis fundamentais e com o princípio da igualdade.

<sup>52</sup> Indicação em Wahl, R. & Rottmann, F. *Die Bedeutung* ... cit., nota 1.

<sup>53</sup> Isto pode representar uma vantagem para o ordenamento constitucional com jurisprudência constitucional no qual à discussão rápida, às vezes demasiado rápida, segue-se a possibilidade de decisão judiciária-constitucional e a verificação da constitucionalidade.

específicas na formulação e interpretação da constituição. Já em 1929 concluiu Hans Kelsen que um tal ordenamento constitucional teria de ser tão preciso quanto possível. “Seria altamente perigoso se a constituição tivesse referências a princípios gerais como justiça, liberdade e equidade”; em seu lugar, a constituição teria de conter toda aquela “fraseologia”.<sup>54</sup>

O problema pode ser descrito como se segue: será um preço exigido pela execução da constituição e pela possibilidade de decisão vinculatória que hoje, não mais como outrora, conceitos não-vinculatórios e concepções de conjunto da constituição e em especial dos direitos fundamentais<sup>55</sup> (a forma mais característica da função da constituição como padrão no processo jurisdicional-constitucional) tenham de ser interpretados em direção à precisão jurídica? Poderão os preceitos da constituição, freqüentemente escritos com função programática e postulatória, ser formulados como parte determinada do direito constitucional, ou constituirão eles os pressupostos de justiça das normas constitucionais, os limites de um entendimento jurídico-constitucional possível num tal ordenamento constitucional?

A resposta a esta alternativa contém, ao mesmo tempo, o fundamento para a tese da diferença fundamental entre um ordenamento constitucional com primazia da constituição e com jurisprudência constitucional e de um ordenamento constitucional sem estas características. Daqui deve-se concluir que não resultou para a lei fundamental nenhum problema jurídico-constitucional a partir da competência do Tribunal Constitucional Federal. Deve-se igualmente concluir que da competência de um órgão constitucional não resultou nenhum direito fundamental para o cidadão, mas que apenas ficou aberta, pelo controle normativo abstrato, a possibilidade de um processo jurisdicional-constitucional. A possibilidade de decisão judicial como questão de direito constitucional está cheia de conseqüências: um direito constitucional como a da lei fundamental, que não tem de orientar suas afirmações à aplicabilidade num dado processo, remete para o caso concreto as questões da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade.<sup>56</sup> A lei fundamental é motivada pela suscetibilidade de decisão sobre todas as questões. A decisão material da violação da constituição tem uma inseparável ligação com a possibilidade de declaração vinculatória da nulidade (ou da inconstitucionalidade) através de uma decisão judicial. Uma lei que não foi declarada inconstitucional pelo tribunal constitucional é constitucional, sem que exista a possibilidade de outra qualificação no caso de não-correspondência da lei nem com o espírito, nem com o programa da constituição. Daqui resulta: o direito constitucional não se pode dissociar de uma estreita ligação com a jurisprudência constitucional, com o pensamento da constituição na teoria do Estado e da constituição, com a teoria política e com a prática em geral.

<sup>54</sup> VVDStRL 5, 1929. p. 30-68 e segs.

<sup>55</sup> Cf. Böckenförde, E. W. *Die Methoden der verfassungsinterpretation*, NJW 1976. p. 2.089-20-90, nota 6.

<sup>56</sup> Deve-se aqui ainda acrescentar que, num tal ordenamento constitucional, do ponto de vista jurídico, apenas pode ter lugar a decisão “constitucional” positiva mas não a graduação qualitativa com maior ou menor constitucionalidade, como próxima da constituição ou ainda mais próximo de si, como bom ou ainda melhor preenchimento e complementarização da constituição; do mesmo modo, a decisão negativa só pode ser inconstitucional e não “levemente” e “gravemente” inconstitucional.

A opinião apresentada deve ser examinada na tentativa de não fazer esgotar o direito constitucional às fronteiras da sua função de padrão da jurisprudência constitucional. Antes de mais nada, na discussão em torno da tarefa constitucional também são de reconhecer, na lei fundamental, programas legais e tarefas legais.<sup>57</sup> Em ligação com o princípio da igualdade, é cada vez mais sustentada a tese de que o conteúdo das normas jurídico-constitucionais não significa o mesmo que o âmbito do controle jurídico-constitucional, isto é, que normas-padrão e normas de controle podem não coincidir.<sup>58</sup> Não é por acaso que o princípio da igualdade está tão intrinsecamente ligado à idéia de justiça e não se contenta com a dogmática constitucional de compreensão (técnica) como a proibição da arbitrariedade.<sup>59</sup> Como solução jurídico-constitucional, fica proposta a distinção entre a tarefa constitucional do legislador, de criar leis apropriadas e justas, e o controle judicial, em que o legislador está submetido apenas aos limites exteriores da proibição de arbitrariedade (*Willkürverbot*).<sup>60</sup>

Esta solução de combinação do conteúdo constitucional não é nem lógica nem teoricamente impossível, mas com certeza não é sustentável perante a estrutura constitucional da lei fundamental. Dito de forma mais clara, esta opinião teria de conduzir a que o Tribunal Constitucional Federal caracterizasse uma lei com um conteúdo injusto mas sem violação do princípio da proibição da arbitrariedade, como constitucional. Também, se se concluir que o Tribunal Constitucional evitaria uma afirmação tão absurda, permanecem, todavia, algumas questões por esclarecer; uma delas consiste em saber se, com base na letra dos direitos fundamentais, os poderes de controle estão submetidos às condições materiais de fundamentação. No texto da lei fundamental não existem pontos concludentes sobre esta questão. Por outro lado, coloca-se a questão de saber se a combinação da essência e da valorização pode ser acompanhada na consciência dos participantes. A rica e permanente prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional tem sublinhado permanentemente a estreita ligação entre a inconstitucionalidade material e sua executoriedade judicial: ela tornou-se parte da consciência do direito (*Rechtswußtsein*). Se é certo que se poderia achar que esta jurisprudência (há 30 anos permanente) é consciência jurídica, viola a figura da constituição material mas não da constituição processual, então esta consciência jurídica imanente do sistema e da sua justiça, que é originária dos direitos fundamentais, dificilmente poderia ser entendida como limite ultrapassável de uma distinção entre o excesso de conteúdo normativo e o seu limitado controle jurisdicional.

<sup>57</sup> Cf. Friesenhahn, E. *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses*, Verh. d. 50. DJT II, 1974. p. G 13: Verfassungsaufträge, deren Realisation, obwohl Verfassungsnormen, aber besonderer Art, nicht der Kontrolle des Gerichts anheimgegeben ist. De modo semelhante Häberle, P. *DOV*, 1972. p. 729-34; comparar também Zacher, H. in: Nawiasky, Leusser, Schweiger & Zacher, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 2. ed. 1976. art. 151, número de margem 8.

<sup>58</sup> Hesse, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. ed. 1980. p. 179, § 12 II 3 (com indicação de inúmeros outros casos); Rupp, H. H. *Vom Wandel der Grundrechte*, AöR, 1976. v. 101. p. 161-75; a diferença encontra-se já em Forsthoff, *Über Maßnahmegesetze*, in: *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1975. p. 221-32 e segs. (= o mesmo, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, p. 78-93 e segs.)

<sup>59</sup> Häberle revoltou-se contra o "atrofiamento" do art. 3 GG de aplicação da pura proibição da arbitrariedade, *VVDStRL* 30, 1972. p. 139 LS 42; cf. ainda Dürig, in: Maunz, Dürig, Herzog & Scholz, *Grundgesetz*, art. 3.

<sup>60</sup> Hesse, K. *Grundzüge* ... cit. p. 179, § 12 II 3.

1. A primazia da constituição exige diferenciação e distanciamento entre o plano das normas. Com isto não fica negada a dependência genética e material entre direito constitucional e legislação ordinária. A idéia de que o direito administrativo (e outra legislação ordinária) é, ou deve ser, direito constitucional concretizado e a acentuada ostentação desta idéia fazem parte do contributo mais digno de respeito do direito público depois de 1949. Do mesmo modo, o direito constitucional concretizado é direito ordinário, e como tal deve ser visto relativamente ao direito constitucional material. Para que isto seja possível, ele tem de ser delimitado com exatidão, e a essência da primazia da constituição formulada e fixada claramente. Se tomarmos em consideração que, por um lado, o direito simples está orientado para a constituição, como em princípio é hoje reconhecido e incontroverso, e, por outro lado, que através do âmbito e da delimitabilidade da primazia da constituição fica determinada a relação jurídico-constitucional entre Tribunal Constitucional e legislador, então, no momento atual, tem de ser visto como problema central não a dependência relativamente à constituição do direito ordinário, mas a diferenciabilidade e a circunstância jurídica de ambos os planos.

2. Numa posição primordial de delimitação pouco precisa está o “efeito executório” dos direitos fundamentais. Aqui está a plasticidade do conceito; é indiferente falar-se de atuar para dentro ou para fora, ou tomar os direitos fundamentais como “elementos” do ordenamento objetivo. Nem sempre é claro quais os princípios, no plano constitucional, que pertencem à solução do problema (e são, por isso, em outros casos e em outros setores do problema, considerados pelo legislador como tendo primazia constitucional). No que concerne à legislação ordinária, ela é apenas um reflexo, não atingindo a dignidade dos direitos fundamentais. Deve-se aqui referir que a idéia importante subjacente ao efeito principal dos direitos fundamentais não pode ser ainda suficientemente dominada do ponto de vista dogmático; isto está coberto pelas dificuldades e, em última análise, pela impossibilidade de os poder identificar, na base desta concepção do “direito constitucional específico”, como padrão exclusivo do controle jurisdicional-constitucional.<sup>61</sup> A causa do problema está, todavia, na interpretação dos direitos fundamentais. Esta, nos casos de efeito irradiante, não pode determinar o conteúdo constitucional independentemente ou abstratamente da ponderação concreta de todas as circunstâncias.

Se se recusar uma ampla crítica<sup>62</sup> à imagem do efeito transformador, então deve-se aceitar a questão da relação existente entre direitos fundamentais e lei delimitadora como problema da ordenação proporcional de duas qualidades.

<sup>61</sup> Consequência imanente foi ultimamente aprovada por Wank, F. *JuS*, 1980. p. 546 e segs. na busca de critérios jurídico-materiais para o “direito constitucional específico” e na competência de controle do Tribunal Constitucional de determinadas tarefas com base na função judicial de revisão: de modo parecido, Schlaich, *VVDStRL* 39, 1981, II B 2. Aqui fica a função da reclamação constitucional como proteção jurídica individual; também não é esclarecido por que é que no art. 93 I n. 4a os direitos fundamentais podem ser enumerados como específicos e exclusivos padrões de controle se, como é sabido, cada violação da lei pelo poder público significa, no fundo, a violação de um direito fundamental. Cf. as indicações de Wank, p. 546, nota 8.

<sup>62</sup> P. ex. Ossenbühl, F. *NJW*, 1976. p. 2.100-107 e Hesse, K. *Grundzüge ... cit.* p. 29, § 2 III.

Mas, também no caso deste princípio fundamental, precisamente como no caso da idéia da concordância prática e do rigoroso equilíbrio,<sup>63</sup> repete-se o plano realizado: apesar do proeminente significado, em direito constitucional, da lei fundamental, ela não parece objeto de reflexão definitiva relativamente ao conceito de primazia da constituição. Konrad Hesse conclui justamente que, com o princípio da interpretação de concordância prática, não está dito o que é adequado no caso concreto, mas está indicada, todavia, como diretiva contida na constituição, a orientação a seguir pelo único processo através do qual deveria ser procurada a solução constitucional.<sup>64</sup> Nesta citação podemos ler com clareza: o princípio da proporcionalidade está ancorado no plano da constituição. Ele pode solucionar a necessidade de decisão no plano primário sem confusão com o direito ordinário. Isto é, porém, apenas possível com perda de critérios materiais. Eles revelam-se para o Tribunal Constitucional ou para a doutrina do Estado como uma reserva de decisão, decisão essa descoberta (ou mal coberta) por padrões materiais.

As dificuldades e os problemas aumentam se a tarefa de uma otimização for perseguida a partir do princípio da concordância prática.<sup>65</sup> Se duas qualidades constitucionais conflituantes puderem satisfazer do mesmo modo a eficácia ótima, então só pode existir uma única solução. A tarefa de otimização — entendida a palavra no seu sentido restrito — significa um máximo possível em caso de necessidade de decisão;<sup>66</sup> quem decide deve apresentar o máximo material da decisão (o que pode ser posto em questão no caso concreto). Como poderá ser encontrada a ordenação optimal de duas faltas de qualidade ou de uma clara ordenação de valores na constituição senão através de uma — eventualmente corretiva — percepção de valorizações que se encontram no conflito político, como um anel em torno do equilíbrio de interesses? A otimização — estreitamente conduzida — tem de absorver necessariamente aquele campo de criação política. Este máximo possível no conteúdo da decisão (no qual a valorização política não pode ser isolada) teria de poder ser efetuado com respeito das diretivas e dos princípios formalmente formulados da adequação, do máximo cuidado possível ou do equilíbrio proporcional.<sup>67</sup>

A ligação desses resultados com as considerações apresentadas no item III manifesta-se como uma posição que crê não poder abdicar de uma função apelativo-programática da constituição: não apenas devido às exigências de uma boa política, mas também devido ao direito constitucional, o legislador deve estar obrigado a uma solução ótima de conflitos e não apenas a um equilíbrio “defensável”. Brisanz sustentou esta posição pelo fato de ela tomar este postulado como ordem jurídico-constitucional: pois, no ordenamento constitucional, esta afirmação não permanece no plano jurídico-material, mas embate na relação entre

<sup>63</sup> Hesse, K. *Grundzüge ...* cit. p. 28; Lerche, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961. p. 125 e segs. Ambos os princípios experimentam na doutrina uma — não referida pelos originais defensores — excessiva e descomedida aplicação.

<sup>64</sup> Hesse, K. *Grundzüge ...* cit. p. 29.

<sup>65</sup> Hesse, K. *Grundzüge ...* cit. p. 28 e segs.

<sup>66</sup> Por isso deve ser também recusado o postulado da “metódica optimal da legislação como obrigação constitucional”, assim, Schwerdtfeger, G. in: *FS H.P. Ipsen*, 1977. p. 173-76, e Papier, H. J. *Der bestimmungsgemäße Gebrauch der Arzneimittel ...*, 1980. p. 35-40; cf. criticamente ainda Schlaich, *VVDStRL* 39 1981, II a 1.

<sup>67</sup> E de se presumir que são pressupostos das afirmações citadas limitações internas da “tarefa de otimização”.

legislador e tribunal constitucional. Ela não é apenas, relativamente à reserva de decisão do juiz sobre o conteúdo, uma questão de valorização determinada. O postulado da otimização, entendido como comando jurídico-constitucional, torna incompatíveis uma ampla jurisprudência constitucional com a liberdade de criação do legislador parlamentar; elas formam, se se quiser, um triângulo mágico. Não é de se esperar qualquer solução para a problemática citada do, frequentemente incômodo, princípio do *self restraint* judicial, pois isso implicaria uma má colocação do problema que aqui nos interessa.<sup>68</sup> Não se trata de saber se o Tribunal Constitucional Federal não pode fazer uso, ou pode fazer uso apenas limitado, da sua competência de controle, mas, antes pelo contrário, de saber se o problema apresentado do preenchimento material da constituição com um conteúdo apelativo programático foi justamente apreciado. Seria um duplo erro pretender corrigir um excesso neste primeiro passo, através de um princípio de reserva, num segundo passo.

3. Como é evidente, no fundo desta problemática está a controvérsia em torno do método de interpretação da constituição e, deste modo, em torno da idéia constitucional. Os efeitos transformadores (*Wechselwirkungen*) da interpretação da constituição — entendimento constitucional — e o âmbito do conteúdo material da constituição — âmbito de competência do Tribunal Constitucional — são como tal conhecidos; o ponto geométrico que poderia proporcionar, nesta estrutura de relações, uma paragem, é um ponto de partida seguro de desvio que não foi, todavia, encontrado. A ampla discussão em torno do método da interpretação e do entendimento constitucional deve ser aqui abordada apenas por partes. Ela pode ser caracterizada sob as designações de interpretação ou concretização de direitos fundamentais e da constituição.<sup>69</sup> Por concretização deve ser entendido o que ainda não é claro, como conteúdo da constituição, incluindo a realidade “a ser ordenada”.<sup>70</sup> A concretização apresenta-se como ostentação constitucional, esgotamento e enriquecimento, como aperfeiçoamento do direito, através do preenchimento total de programas normativos.<sup>71</sup> Pelo contrário, tornou-se controverso que este processo possa conduzir a uma crescente manipulação da constituição que anule o seu caráter de ordenamento assim como o espaço de criação política do legislador.<sup>72</sup> Nesta controvérsia tem apenas interesse o aspecto central, de que o enriquecimento da constituição é valorizado pelos críticos precisamente ao contrário.

Mas é certo que, através de uma ampla jurisdição e conseqüente esclarecimento do problema da interpretação, a norma ganha ao mesmo tempo no seu conteúdo: o BGB (código civil) também se apresenta depois de 80 anos de jurisprudência, nos seus preceitos que permanecem inalteráveis, amplamente diferente do que no ano de 1900; raciocínio correspondente vai para a constituição depois de 52 volumes de jurisprudência constitucional. Do mesmo modo,

<sup>68</sup> Sobre este ponto cf. ainda Schlaich, *VVDStRL* 39, 1981, II A 2. Para o princípio no seu conjunto, cf. Schenke, W. R. *NJW*, 1979. p. 1.321-24; Schenke, W. R. *Die Verfassungsorgantræue*, 1977. p. 119 e segs. e Achterberg, N. *DOV*, 1977. p. 649 e segs. respectivamente m. w. N.

<sup>69</sup> Ossenbühl, F. *NJW*, 1976. p. 2.105 e segs. m. w. N.

<sup>70</sup> Hesse, K. *Grundzüge* ... cit. p. 25, § 2 III.

<sup>71</sup> Assim, Ossenbühl, F. *NJW*, 1976. p. 2.006.

<sup>72</sup> Böckenförd, *NJW*, 1976. p. 2.089-97, ali também p. 2.099 e 2.091 para a compreensão da constituição como ordenamento-quadro (Rahmenordnung).

existem grandes diferenças na extensão da manipulação de uma norma. Isto depende de modo decisivo, da intenção com que é feita a interpretação — neste caso, a interpretação constitucional. Esta é — no caso da concretização — orientada, na medida do possível, para o respeito de diferentes valores e para o acolhimento de diferentes conteúdos da estrutura material das relações da realidade “a ordenar”. Trata-se de uma orientação para um momento específico com vistas à ostentação do preenchimento jurídico de uma previsão constitucional.<sup>73</sup> Este processo não está justificado e coberto pelo respeito do conhecimento metodológico num motivo criador de cada interpretação e, por conseguinte, também da interpretação constitucional. A questão dogmático-constitucional decisiva e genuína consiste em saber quem concretiza e qual a dose de criatividade que resulta de uma norma constitucional fragmentária. A ostentação “criadora” na norma constitucional pode significar duas coisas distintas: por um lado, concretização no sentido de interpretação de uma norma da constituição, através da interpretação do Tribunal Constitucional; e, por outro lado, concretização no sentido de visão ampla do impulso jurídico-constitucional, através do legislador. Como é evidente, pretende a doutrina da concretização abranger apenas o primeiro dos significados referidos. Mas o problema está na delimitação dos dois processos. Na caracterização da interpretação constitucional como processo de concretização fica ameaçada de se perder esta diferença entre os dois processos criadores da “ostentação” da constituição e, assim, de os motivos serem removidos a favor da complementação da constituição na via de interpretação.

Na compreensão da constituição como ordenamento espacial, o processo do preenchimento das normas constitucionais através da progressiva jurisdição acaba, pelo contrário, mais cedo. Também nele é naturalmente exigível uma fixação vinculatória sobre o conteúdo das normas constitucionais; mas, ao mesmo tempo que esta fixação do conteúdo se orienta para a compreensão do “quadro”, a visão orienta-se sempre também para as alternativas que esta fixação abriu e deve abrir ao legislador. Uma compreensão do quadro (*Rahmenverständnis*) exige sempre uma dupla afirmação: sobre o que está fixado e sobre o que fica em aberto.<sup>74</sup> Uma “compreensão do quadro” significa ter consciência de cobrir e de formular um espaço de atuação; o que fica dentro do quadro deve ser entendido como uma alternativa dentre as várias possíveis. Para que uma norma constitucional possa ser entendida como “quadro-padrão” de uma lei ordinária, não nos chega a questão de saber se foi encontrado o “meio à altura” ou o “ponto optimal”, mas sim se a lei em concreto cai “dentro do quadro”.

<sup>73</sup> Cf. Hesse, K. *Grundzüge* ... cit. p. 19, § 1, III; e p. 27, § 2, III. As conseqüências de uma acentuada interpretação da constituição são que “no âmbito das normas” existem relações de natureza diferente e, por isso, a esfera de interpretação constitucional tem de resultar diferente; cada preenchimento da constituição aumenta ao mesmo tempo o campo de aplicação da alteração constitucional. O problema decisivo consiste não na caracterização jurídico-material mas em que, depois de uma decisão vinculatória do Tribunal Constitucional Federal no sentido do reconhecimento jurídico da alteração verificada, o § 31 da BVerfGG acaba por refletir pesados limites para o legislador e outras instituições. Segundo uma decisão do Tribunal Constitucional, a alteração constitucional resultante é, de certo modo, “administrada” pelo BVerfG.

<sup>74</sup> Por isso a constituição está aberta, como é freqüentemente dito e é possível no quadro da constituição. Ela pode hoje ser preenchida pelo legislador de uma forma, e amanhã de outra. Além disso pode acontecer que, o que é de certo modo incontroverso na verificação da constituição, represente uma alteração expressa desta.

No conceito de concretização está imanente, pelo contrário, uma tendência para a absorção do campo de atuação no interesse da correta concretização da constituição. Segundo a idéia de concretização, a constituição penetra no tecido do direito ordinário com impulsos jurídico-constitucionais pormenorizados irradiantes; é feita no interesse de uma execução material e no preenchimento tão perfeito quanto possível dos princípios e considerações de valor da constituição. Mas são de esperar passos extremamente importantes no enriquecimento da essência da constituição. Assim, apresenta-se cheia de conseqüências a aceção diferente dos dois conceitos; o insolúvel está ligado com os diferentes entendimentos da constituição.

O resultado pode ser fixado com muitas teses: o entendimento do quadro coberto pelo plano da constituição mantém uma ampla distância relativamente à legislação ordinária. Isto acentua a diferença entre o direito constitucional, sempre limitado, e o sempre amplo (na maior parte das vezes com possibilidades alternativas) direito ordinário. O entendimento do ordenamento jurídico tem uma proximidade interna específica relativamente ao conceito de primazia da constituição. Por isso este entendimento revela-se correto para um ordenamento constitucional que, desde logo, com a criação da jurisprudência constitucional, não pode prescindir do fato desta separação dever ser tomada tão exatamente quanto possível.

## V

1. O âmbito e a delimitabilidade da primazia da constituição tornaram-se num conceito dogmático problemático que, apesar de todas as recusas do Tribunal Constitucional, é sustentado freqüentemente sob a designação de “constituição parcial” (*Teilverfassung*) como Herbert Krüger<sup>75</sup> formulou, em perfeita alusão à idéia de graduação de normas, pela doutrina das chamadas constituições subconstitucionais (*subkonstitutionellen Verfassungen*). No que concerne à constituição econômica, o Tribunal Constitucional Federal rejeitou, desde a decisão de auxílio ao investimento (*Investitionshilfeurteil*), com permanência, o conceito de constituição parcial. Esta jurisprudência foi reforçada pela “sentença de participação” (*Mitbestimmungsurteil*) como conceito que contém, autônoma e adicionalmente, padrões e conteúdo jurídico-constitucionais.<sup>76</sup> A idéia sustentada na doutrina de um padrão de controle relativamente a uma “coerência institucional da constituição econômica” e a uma “coerência de proteção e ordenação” (*Schiz — und Ordnungszusammenhangs*) foi objeto, do mesmo modo, de clara e decidida afirmação do Tribunal Constitucional Federal no sentido de não encontrar qualquer “proteção na lei fundamental”. Todavia, a doutrina continua a sustentar esta figura,<sup>77</sup> e isto por duas razões que devem ser aqui referidas: a primeira delas consiste em que, através de uma série de

<sup>75</sup> Krüger, H. *Subkonstitutionelle Verfassungen*, DOV, 1976. p. 613, com recusa decisiva da primazia da constituição relativamente a uma tal constituição parcial (*Teilverfassung*).

<sup>76</sup> Cf. Badura, P. *AöR* 92, 1967. p. 382 e segs.; Badura, P. in: *FS Fröhler*, 1980. p. 321 e segs.; Rittner, F. *Wirtschaftsrecht*, 1979. p. 23 e segs. A citação literal provém do *BVerfGE* 50, 290-336.

<sup>77</sup> Cf. nomeadamente as indicações de Wegener, R. *Staat und verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege*, 1978. p. 118 e Krüger, H. *Subkonstitutionelle ...* cit. p. 615; recentemente, Hablitzel, H. *Wirtschaftsverfassung und Grundgesetz*, BayVBl. 1981. p. 65 e segs.

direitos fundamentais e de princípios fundamentais materiais, uma constituição parcial (*Teilverfassung*) revela, no que concerne à essência e ao estabelecimento de padrões, mais do que resultaria de um controle pormenorizado dos preceitos em concreto: a doutrina apóia-se, por conseguinte, na idéia de que o conjunto é mais do que a soma das partes. Este princípio, cheio de tradição, suscita, todavia, problemas clássicos de grande envergadura, entre os quais o fato de ele omitir quem desenvolve o mais em substância — evidentemente, o respectivo intérprete.<sup>78</sup>

O segundo ponto da doutrina da “constituição parcial” consiste em que o “ordenamento parcial” (*Teilordnung*) se enriquece de modo decisivo na sua essência no plano da lei ordinária;<sup>79</sup> a diferença entre direito constitucional e direito simples (legislação ordinária) cai expressamente na confusão. A discussão dos princípios da constituição e do direito ordinário descreve-se no processo de transformação com observação do plano constitucional, como é fácil de compreender. Este processo e este resultado evidenciam precisamente o contrário do que acima concluímos sobre o princípio da primazia da constituição. Uma discussão crítica desta doutrina é exemplificativa no trabalho de Rupert Scholz porque Scholz fez uso dela em termos particularmente claros.

2. Scholz centra quase todo o seu esforço num campo e num círculo jurídicos, para a formação de uma constituição parcial.<sup>80</sup> Isto implica também que uma temática que é orientada para um distanciamento relativamente ao Estado pela defesa dos direitos fundamentais não pode ser definida simplesmente como de âmbito social (*gesellschaftliche Bereich*) ou, se a tomarmos do ponto de vista teórico-sistemático, como subsistema social (*gesellschaftliches Subsystem*), mas é estilizada num subsistema jurídico-constitucional social.<sup>81</sup> Scholz desenvolveu nos seus escritos e artigos um amplo número de constituições parciais — tal como a tradicional constituição econômica, a constituição do trabalho e a constituição social, a constituição do funcionalismo público, a constituição dos serviços e a constituição das comunicações.<sup>82</sup> A doutrina da constituição parcial

<sup>78</sup> Um caso paralelo para a formação de “Teilverfassungen” é a visão conjunta de “direitos fundamentais e preceitos jurídicos constitucionais específicos” relativamente ao “direito fundamental a uma escola de tolerância ediológica”, em Th. Oppermann, *Verhandlung des 51. DJT I*, 1976. p. C 94 e segs.

<sup>79</sup> Assim expressamente Kaiser, J. H. *Die Verfassung der öffentlichen Wohlfahrtspflege*, in: FS Scheuner, 1973. p. 241-43; 247 e segs.; criticamente como no texto, cf. Wegener, R. *Staat und verbände ...* cit. p. 118 e segs. Ver também a nota 89.

<sup>80</sup> Os pressupostos para uma “evolução” em direção à “Teilverfassung” foram discutidos por Scholz, R. Pitschas in: *Sozialrechtsprechung*, FS BSG, 1979. v. 2. p. 627-39 e segs. e Kaiser, J. H. *Die Verfassung ...* cit. p. 244.

<sup>81</sup> Especialmente claro, Scholz, R. *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, 1978. p. 130 e segs.; comparar com Scholz, R. Konzen, H. *Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und Kollektiven Arbeitsrecht*, 1980. p. 119; Scholz, R. *Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz*, 1974. p. 24 e segs.

<sup>82</sup> Para a constituição econômica e do trabalho, a par das indicações da nota 81: Scholz, R. *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971. p. 154 e segs., 158 e segs.; Scholz, R. *Konzentrationskontrolle und Grundgesetz*, 1971. p. 26 e segs., m.w. N. in: nota 1; do mesmo, in: Duwendag, ed., *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976. p. 113-23 e segs. Para a constituição social: Scholz, R. & Pitschas, *Sozialrechtsprechung...* cit. p. 635 e segs.; 639 e segs.; Scholz, R. in: *FS BAG*, 1979. p. 511-12 e segs.; Scholz, R. in: *FS Sieg*, 1976. p. 507-10 e segs. (ali também a constituição dos seguros).

Para o serviço e função públicas: do mesmo, in: Leisner, W. ed. *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975. p. 179 e segs.; do mesmo, *Personalvertretung*, 1975. p. 81 e

encontra em Scholz não apenas um alargamento quantitativo mas também um aumento qualitativo. Os conceitos de constituição comunitária e de constituição social da lei fundamental têm por objeto a realização de uma reação jurídica contra a evidência política do ordenamento estadual que não mais intervém apenas parcialmente mas persegue uma ofensiva e ampla tarefa sócio-política.<sup>83</sup> “A constituição econômica da lei fundamental implica, para a garantia da propriedade prevista no art. 14 (da lei fundamental), não apenas a idéia de sistema de microeconomia que tem por base, em princípio, a utilização individual da propriedade, mas implica ainda a idéia sistemática de macroeconomia, entendida esta como ordenamento econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção.” A novidade mais importante da doutrina da “constituição parcial” diz respeito à idéia de sistema macroeconômico. As principais partes da constituição são expressamente concebidas como sistema ordenativo de caráter macropolítico<sup>84</sup> e fornecidas com o necessário conteúdo para que possam preencher a função de comando perante a complexa reserva de lei; tudo resumido: a evidência deste sistema acentua que, logicamente, a estrutura material é colocada perante a evidência da constituição parcial.

Dos planos alcançados do sistema de ordenação de política macroeconômica resultam conexões (entre as numerosas relações de constituição parcial e complementos), cruzamentos e sobreposições, assim como conflitos. Assim, por exemplo, no âmbito do direito de imprensa surgem conflitos entre a constituição do trabalho, a constituição econômica e a constituição da comunicação. Na resolução destes conflitos, a doutrina da constituição parcial chega ao seu ponto mais alto.<sup>85</sup>

Ponto de partida desta doutrina é o estabelecimento de uma equiparação categórica entre, por um lado, o subsistema jurídico-constitucional da sociedade em conjunto e a verificação da sua legítima interdependência e, por outro lado, a necessidade da sua concordância prática. Tal concordância — que segue os princípios gerais da colisão de direitos fundamentais e da sua solução — é alcançável através do princípio da proporcionalidade e das diretivas dele decorrentes. Dado que, no âmbito do subsistema jurídico-constitucional — em contraposição com a colisão de direitos fundamentais em sentido próprio — trata-se do equilíbrio de subsistemas de atuação ou de ordenação de caráter macropolítico, são necessários critérios complementares que acolham tal problema. Esta tarefa preenche a idéia de justiça do sistema ou da sua perfeição, na medida em que a constituição não pode ser tomada unilateralmente no sentido de um comando material para a manutenção estática do sistema e da sua fixação; justiça do sistema ou conformidade do sistema no sentido aqui referido significa — na defesa do sistema, evidência do sistema (p. ex., da constituição econômica) — antes, um máximo de tomada em consideração das estruturas amadurecidas e autônomas de um subsistema sócio-constitucional. Isto significa também uma

segs.; do mesmo, *Mitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsurteil und öffentlicher Dienst*, ZBR, 1980. p. 297 e segs.

Para a constituição das comunicações e dos mass-media: do mesmo: *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, p. 283 e segs.; 286 e segs.; 298 e segs.; do mesmo, *Audiovisuelle Medien und bundesstaatliche Gesetzgebungskompetenz*, 1976. p. 27 e segs.

<sup>83</sup> Partitische Mitbestimmung und Grundgesetz, p. 35 e segs.; ver também p. 134 e p. 110 e segs.; cf. ainda, do mesmo, in: *FS Sieg*, p. 525 e segs.

<sup>84</sup> Expressão in: Scholz, R. *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, 1978. p. 165.

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 165 e segs.

obrigação fundamental para a equivalência funcional, nos casos em que um subsistema sócio-constitucional se modifica a favor de um outro sistema equiparado”.

Deste entendimento tradicional da interpretação da constituição fica aqui apenas a expectativa de como será edificado um subsistema sócio-constitucional a partir dos preceitos fragmentários da lei fundamental. Da mesma forma, estes (preceitos e subsistemas) são postos em relação, entre si e com os princípios aplicados, como fórmulas mágicas da prática e da justiça do sistema.<sup>86</sup> Na verdade, segundo Scholz, “a idéia da justiça do sistema funciona antes como padrão de interpretação formal”.<sup>87</sup>

Mas este conteúdo formal é suficiente para postular afirmações políticas tão cheias de interesses como, p. ex., o comando da melhor tomada de consideração possível das estruturas, tal como o princípio da melhor conservação do sistema. Estes comandos estão sob a reserva da defesa da evidência imanente do sistema; isto, porém, não liberta da defesa da “máxima justiça do sistema relativamente a todos os subsistemas atingidos”. É evidente que o “todo” é aqui mais do que a soma dos artigos da lei fundamental: a constituição ganha o máximo de conteúdo.<sup>88</sup> Mas poder-se-á entender que, com base nesta interpretação, o Tribunal Constitucional Federal poderia controlar e poderia previsivelmente adotar um controle legislativo? Em todo o caso, esta atitude não corresponderia ao conceito de justiça referido nos itens III e IV.

3. Mas, sendo assim, a individualização dos vários aspectos da vida abrangidos pelo sistema parcial da constituição deve ser recusada, mesmo que não surjam complicações a partir da colisão de diversas constituições parciais. Este fenômeno deve-se ao fato de que a diferença entre direito constitucional e direito simples é sistematicamente confundida. Isto resulta de modo especialmente claro da seguinte passagem de Scholz.<sup>89</sup> Os arts. 12 (liberdade profissional) e 14 (garantia da propriedade privada) da constituição “formam a base jurídico-constitucional do direito individual do trabalho (que, por seu lado, é principalmente direito contratual) o qual surgiu na base do contrato individual do trabalho. A relação do direito constitucional do trabalho como o ordenamento subconstitucional do trabalho é assim ambivalente. Por outro lado, o direito constitucional do trabalho dirige o direito ordinário do trabalho e o direito contratual do trabalho; por outro lado, o último concretiza o primeiro e é, por conseguinte, decisivo para a sua interpretação concreta”.

De modo semelhante constata Scholz relações “ambivalentes” no que concerne às relações do direito constitucional econômico com o direito ordinário da

<sup>86</sup> O campo de aplicação do princípio da proporcionalidade e da concordância têm aqui relevância relativamente ao sistema de decisão. Assim cf. Scholz, in: FS Sieg, p. 524: “O princípio da proibição da arbitrariedade oferece à segurança privada o equilíbrio (social) e a capacidade de funcionamento no concurso econômico-social com os asseguradores públicos”. Apesar da referência ao mesmo princípio, trata-se, todavia, de algo totalmente diferente daquilo que o BVerFG controlou quanto às diferenças metódicas das considerações da proporcionalidade de regulamentações concretas dentro do sistema de regulamentação. Cf. E. Benda, DOV, 1979. p. 468; do mesmo, *Grundrechtswidrige Gesetze*, 1979. p. 26 e segs. e p. 56 e segs.

<sup>87</sup> *Ibid.* p. 166 e segs. Naturalmente volta-se Scholz, nos capítulos posteriores dos trabalhos citados, contra as normas concretas dos respectivos direitos ordinários.

<sup>88</sup> Cf. neste sentido também a observação de Krüger, H. *Subkonstitutionelle*... cit. p. 616 dos “pais constitucionais” (Verfassungsvätern) relativamente às “Teilverfassungen”.

<sup>89</sup> Scholz, R. *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, 1978. p. 155 e segs.

economia. Se persistir a ambivalência das relações entre os planos de equivalência, torna-se evidente o pensamento de Scholz e de Pitschas. Partindo da jurisprudência do BSG (Tribunal Social Federal),<sup>90</sup> no que concerne à ordenação social constitucional (*verfassungsgemäßen Sozialordnung*), eles sustentam a individualização dos direitos da segurança social numa “constituição social da lei fundamental”. A aparente pequena diferença na terminologia tem, todavia, na prática, a maior relevância — entre as duas expressões estão mundos do direito constitucional. O direito social é ordinário (isto é, legislação ordinária) e deve-se deixar medir pela constituição; o conceito “direito social constitucional” (*verfassungsgemäß* ou *verfassungsmäßiges Sozialrecht*) evidencia esta diferença. A doutrina da constituição social desenvolve, dos vários pontos do direito ordinário, um direito constitucional como direito padrão. “A questão decisiva para a formação de uma constituição social na lei fundamental refere-se à unidade substancial e à perfeição do sistema de ordenação concreta na segurança social”.<sup>91</sup> Se o acento da constituição social deve ter o sentido que lhe é evidente, isto é, a participação dos princípios da constituição social no grau constitucional e o seu significado como padrão jurídico para a política legislativa, então não pode naturalmente chegar à unidade do sistema de ordenação no direito ordinário, mas apenas podem ser retiradas da constituição afirmações jurídico-constitucionais no direito social e alcançadas através da exata interpretação dos artigos da constituição. Isto não existe.

## VI

1. A autonomia do direito constitucional e seu distanciamento relativamente à lei são as idéias orientadoras que foram deduzidas nas considerações gerais do caráter da lei fundamental como uma constituição com jurisprudência constitucional cujos perigos foram criticados como uma figura dogmática de proveniência heterogênea. Das conclusões a que chegamos sobre as normas do direito constitucional material resulta que: existem concepções dogmáticas que aumentam o âmbito do seu papel secundário com concepções alternativas e existem concepções que deixam transparecer sistematicamente a medida e a delimitabilidade da secundarização — com todas as conseqüências para as relações funcionais entre Tribunal Constitucional e legislador. Tratava-se aqui da apresentação desta problemática; não se afirma que para todos os problemas citados é possível uma solução que estabeleça uma estreita distinção entre eles. O “autônomo” (*Selbstand*) do conceito jurídico-constitucional não foi assim ainda alcançado, nem todas as questões concretas possíveis foram consideradas: toma-se assim a necessidade do seu fundamento e da sua melhor realização possível como objetivo a alcançar. Em estreita ligação com a interpretação constitucional, podemos pôr em causa que todo cuidado para uma identificação precisa e para a delimitação da primazia do direito constitucional possam levar a um êxito ou que, nos casos problemáticos clássicos dos efeitos mediatos para terceiros, não seja inevitável estabelecer fronteiras entre o direito consti-

<sup>90</sup> In: Scholz, R. & Pitschas. *Sozialrechtsprechung*, FS BSG. v. 2. 1979. p. 639 e segs.

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 640.

tucional e o direito ordinário.<sup>92</sup> Para verificar isto, não se chega a aceitar como ponto crucial a idéia das relações conjuntas do direito constitucional com a legislação ordinária.

A acentuação dos diferentes planos de normas não tem nada a ver com o isolamento do direito constitucional relativamente ao direito restante ou até com uma imunização da legislação ordinária perante o direito constitucional. Nenhuma norma do direito ordinário e nenhum dos princípios fundamentais tradicionais deve contradizer o campo do direito constitucional. Para evitar uma tal contradição, toda a legislação tem de se orientar pelo conteúdo da norma constitucional e tomar esta como base fundamental. A isto pode-se chamar “irradiação” (*Ausstrahlung*) ou “influência” (*Einwirken*); isto não causa qualquer transtorno na medida em que se mantém nestas imagens o elemento unilateral dirigente da constituição relativamente à lei. Questionáveis seriam estas idéias no caso de se entender a dependência do direito ordinário relativamente ao direito constitucional como expressão do efeito transformador ou da reciprocidade da constituição e do direito ordinário. A unidade do ordenamento jurídico também se produz através da execução do direito ordinário no direito constitucional, como integração vertical da lei na constituição.<sup>93</sup> Para variar a tese das conclusões: num ordenamento constitucional com jurisprudência constitucional, a reciprocidade do direito constitucional e da lei ordinária significaria não apenas a interpretação recíproca de duas normas mas também a interpretação das competências do Tribunal Constitucional e do legislador.

2. Um outro efeito de um entendimento constitucional com ampla jurisprudência constitucional é ainda mais importante: a jurisprudência constitucional fez do direito constitucional um direito “perfeito”; relativamente às instituições, ao processo e ao caráter da decisão da jurisprudência constitucional. A constituição foi colocada numa estreita ligação com a atuação jurídica. Em qualquer caso, na sua característica como norma de controle, a constituição tornou-se lei irrevogável. Assim, coloca-se com insistência a questão já acima referida: pode o direito constitucional abrir-se à tecnicidade tão estreita do entendimento “jurídico” positivo da lei constitucional? Não serão as opiniões dominantes da discussão constitucional positivista de Weimar sobre o caráter “político” do direito constitucional chamadas a desempenhar aqui um papel? Não terá o direito constitucional de se manter na sua função dirigente programática e postulatória e, por último, político? Pode o direito constitucional abranger na sua normatividade e positividade as condições precárias da sua origem e preservação?

Não é por acaso que os problemas fundamentais citados já foram objeto de discussão como problema da primazia da constituição. Assim observou Scheuner, em 1951: “onde o conceito formal de constituição ganha um lugar mais alto do que a lei ordinária, é suplantada a idéia de constituição como um preceito material de base inviolável do Estado e fica ameaçada a existência do or-

<sup>92</sup> Para manter o exemplo da interpretação conforme a constituição: se acerca de uma norma legal existir controvérsia na doutrina e jurisprudência entre as variantes de interpretação A-D, mas se o BVerfG apenas considera a alternativa A inconstitucional, então ele só poderá declará-la e não decidir pelas variantes B-D que concretizam “da melhor forma” a Constituição.

<sup>93</sup> D. Ch. Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der Verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969, p. 125 e segs.: p. 127. Por isso revela-se também problemático se a interpretação da lei conforme a constituição for ligada à interpretação conforme a lei da constituição. Hesse, K. *Grundzüge* ... cit., p. 34, § 2 IV 3.

denamento constitucional assim como a garantia de liberdade da sua apresentação positiva".<sup>94</sup> Mais tarde Scheuner apreciou positivamente a primazia da constituição e considerou ambos os elementos da categoria e do conteúdo material de interpretação.<sup>95</sup> O conceito de primazia da constituição está, como as históricas considerações o têm demonstrado, não necessariamente ligada a um positivismo. Ele também não foi, na sua face embrionária, ligada a uma previsão de conteúdo material.<sup>96</sup> Na verdade, trata-se de uma estreita ligação insólvel entre os dois elementos: a primazia da constituição só tem, em princípio, sentido e significado na medida em que o conteúdo da constituição é fundamental. Mas a problemática mais profunda do direito constitucional não está, com isto, ainda resolvida: para os dois elementos subsiste a fronteira invariável, na medida em que resulta do caráter da constituição a sua fusão com o ordenamento jurídico-legal. O enigma do começo e a base imanente inalterável<sup>97</sup> permanecem, quer para a fundamentação da categoria formal, quer para o conteúdo jurídico-material, não esclarecidos e não esclarecíveis. Também para a subsistência e sobrevivência do ordenamento constitucional vai o fato de que a realidade e o sucesso do Estado Constitucional não se baseiam em primeiro lugar em regulamentação jurídica e em instituições.<sup>98</sup> Com a não desprezível questão de legitimidade, acentua-se o caráter "político" do direito constitucional perante o restante ordenamento jurídico.

A ciência do Estado não pode contentar-se com a positivação do direito constitucional; ela renunciaria a sua tarefa se desprezasse esta problemática considerando-a apenas como uma necessidade de manter o caráter fechado do sistema ou uma construção hipotética das normas fundamentais. Para que a ciência do Estado possa se pronunciar sobre o problema da observação da constituição, necessita de novas considerações. As respostas de Weimar parecem não ser mais suficientes. A constituição de Weimar reagiu com mais segurança na diagnose do que na terapia, limitando-se ao estreitamento positivista e à posição especial do direito constitucional. Na época de Weimar as instituições de jurisprudentia constitucional e a primazia da constituição foram altamente controversas e trabalhadas sem seriedade. A doutrina do Estado do pós-positivismo de Weimar não teve de se decidir entre possíveis entendimentos diferentes do direito constitucional material, nem sobre padrões de controle, quer como um programa não-perfeito, quer como uma combinação de programas. A lei fundamental tem aqui — e para esta tese final concorrem as discussões até aqui a

<sup>94</sup> Scheuner, U. Grundfragen des modernen Staates, in: Recht — Staat — Wirtschaft, 1951. v. 3, p. 126-33.

<sup>95</sup> Scheuner, U. *Bundesverfassungsgericht*... cit. p. 12 e segs. "Verfassung als Vorordnung einer dauehaften, auf dem Grundkonsens des Gemeinwesens beruhenden Norm höherer Ordnung".

<sup>96</sup> A primazia da constituição não está necessariamente ligada, em todas as suas características, à escola de Viena, embora o seu mérito em torno deste conceito não possa ser diminuído, e antes de mais — evidentemente não nos anos 20 — não se deve menosprezar o conseqüente fundamento democrático desta doutrina. Para uma estreita ligação entre a doutrina da primazia da constituição e a Escola de Viena, cf. Henke, W. *Verfassung, Gesetz un Richter, Der Staat* 3, 1964. p. 433-37 e segs.

<sup>97</sup> Para a questão da origem e dos limites, ou seja, da impossibilidade de uma resposta, cf. Henke, W. *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt, Der Staat* 19, 1980. p. 181-94 e segs., com conclusões dignas de observação para a problemática que aqui nos interessa das relações do direito constitucional como disciplina jurídica e como pensamento da constituição.

<sup>98</sup> Badura, P. *Verfassung*... cit. p. 21.

presentadas — uma nova situação fundamental. Por isso, a relação metódica entre a dogmática jurídico-constitucional e a teoria da constituição tem de ser pensada novamente. Nem tudo o que foi reconhecido em Weimar sobre as relações positivas como característica do direito constitucional “político” pode ser adotado como aspecto positivo na compreensão do direito constitucional e ser considerado pela jurisprudência constitucional como decisivo.

# TAT

Primeiro livro brasileiro que trata da aplicação e interpretação do Teste de Apercepção Temática de Murray (TAT), tema pouco abordado por sua complexidade e profundos conhecimentos teóricos que implica. O material utilizado foi a terceira revisão da série original da Clínica Psicológica de Harvard, composta de 29 lâminas impressas e uma em branco.

A autora, ex-discípula de Helena Antipoff, foi uma das primeiras técnicas que integraram a equipe do Dr. Mira y López com a criação do ISOP — Instituto Superior de Estudos e Pesquisas Psicossociais, da Fundação Getúlio Vargas. Elaborou o presente manual com vários estudos de caso, e explanações teóricas adaptadas à realidade brasileira.



**NAS LIVRARIAS DA FGV ou pelo reembolso postal!**