

Prolegómenos de um Entendimento da Constituição “Adequada ao Tempo”^{1*}

POR PETER HÄBERLE

In: *ZfP* 21 (1974) p. 111-137

SUMÁRIO: I — Sobre inventário em ciência jurídica, teoria constitucional e prática jurídica; II — Abordagem teórico-constitucional e prático-constitucional: interpretação “adequada ao tempo” no horizonte do “público em geral e da realidade da Constituição”; 1 O tempo no entendimento da Constituição; 2 Declarações materiais jurídico-constitucionais e métodos de interpretação subordinados ao tempo ou vinculantes no tempo — a sua relação recíproca; 3 Os vários métodos interpretativos como veículos, com efeitos diversos, do factor tempo no processo — republicano — de interpretação; 4 O pós-entendimento como pré-entendimento do futuro; 5 A adopção do conceito autónomo “mudança constitucional”; 6 Em particular: o efeito prévio das leis; 7 Cláusulas empíricas, experimentais e de reforma como formas institucionalizadas; 8 Revisões constitucionais como consequência adequada ao tempo da Constituição, como comando político-constitucional.

I — SOBRE INVENTÁRIO EM CIÊNCIA JURÍDICA, TEORIA CONSTITUCIONAL E PRÁTICA JURÍDICA

1 O papel do factor tempo nas ciências jurídicas¹ foi até agora tematizado apenas de modo pouco sistemático ou com exclusão das ciências sociais: por exemplo, como “mudança social através de sentença judicial”, *law in changing society*, como direito natural supratemporal e como direito positivo historicamente mutável ou sob o mote “o direito constitucional morre, o direito administrativo persiste” (O. Mayer), assim como na “mudança constitucional”. Sem dúvida que questões temporais estão de modo muito geral associadas, por exemplo no “dualismo” entre direito e política², entre direito constitucional e

* Tradução de António Francisco de Sousa, Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, e de António Franco, Professor da Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

1 Leisner (“*Antigeschichtlichkeit des öffentlichen Rechts?*”, in: *Der Staat* 7 (1968), p. 137 e ss.) permanece demasiado abstracto; distingue-se fundamentalmente da abordagem aqui referida, por exemplo, p. 138: o direito público é, não se torna. O seu núcleo, o direito estadual, é o protótipo de uma ordem sem história, até mesmo antidesenvolvimentista, porque no fundo também é alheio à realidade; p. 140: a Constituição oferece pois uma política empedernida; p. 144: acrónimo do direito constitucional; p. 152: a Constituição é, pela sua natureza, imutável.

2 Pelo contrário, a minha recensão de Haller, “*Supreme Court und Politik in den USA*”, 1972, in: *DVBI*, 1973, p. 388 e ss.; ver também *AöR* 98 (1973), p. 119 (127 e ss.).

realidade constitucional³ ou no esquema discutível de G. Husserl: legislador = homem do futuro, homem da administração = homem do presente, juiz = homem do passado⁴. Muitas vezes aponta-se para o processo de transformação social em aceleração, sem que o problema do tempo seja *juridicamente* tratado. O magro inventário surpreende-nos: é que o “espírito da época” parece ser particularmente favorável ao factor tempo. Progresso, “reforma” e “movimento” têm uma vantagem ético-social e política extraordinária face à conservação. “Reforma” parece ser hoje também no direito um valor em si; a conservação *per se*, um desvalor; cada *status quo* torna-se suspeito. Todas as opiniões e preconceitos contemporâneos são contra a idade, a história e a tradição.

Expressões do tipo “ciência jurídica como ciência do futuro” (Maihofer)⁵ ou a “função crítica” do jurista são um apelo a tomar em consideração a mutabilidade e, desse modo, a dependência temporal do direito⁶. O mesmo é válido para a exigência de orientação da ciência para a prática.

O factor tempo produz efeito quando se realça o aspecto processual, por exemplo na aplicação da lei no sentido da *law in action* (Esser) ou em processos de planificação política. A democracia está especialmente aberta ao tempo como um “método evolucionista de conformação social política, orientada para a justiça social e para a emancipação social e política”⁷. Mesmo o direito natural é entendido sob uma perspectiva temporal: isso é evidente no “direito natural com conteúdo em formação” (1954), de Fechner, nas expressões de “direito natural com conteúdo mutável”, direito natural histórico, entre outras. A. Kaufmann⁸ fala do direito como qualquer coisa “que se tem continuamente de fazer, criar, realizar, renovar”⁹.

2 Sobre o tema “Tempo e Constituição”, há testemunhos indirectos: o atributo “mudança” é acrescentado quase a todos os conceitos jurídico-constitucionais: mudança funcional ou mudança de sentido da lei, dos direitos fun-

3 Sobre o estado da discussão, cf. sobretudo: Hennis. *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, 1968; além disso, as recensões de Böckenförde, in: *Der Staat* 9 (1971), p. 533 e ss., e Hesse, in: *AöR* 96 (1971), p. 137 e ss.

4 *Recht und Zeit*, 1955, p. 52 e ss. Também a alta consideração ou o menosprezo de conceitos como “segurança jurídica” e “paz jurídica” têm por base um determinado entendimento de tempo/direito.

5 “*Realistische Jurisprudenz*”, in: Jahr;Maihofer. *Rechtstheorie*, 1971, p. 427 e ss. (430 e ss.). Ver também o 9º Colóquio de Cappenberg sobre *zukunftsorientierte Politik*, comentário em *DÖV*, 1973, p. 46 e ss. Em contrapartida, a discussão sobre o conservadorismo na Europa, Kaltenbrunner (ed.), 1972.

6 Cf. também Zippelius. *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 1971, p. 29: Mas, se a base de legitimação do direito que continua vigente reside no presente, então também é correcto interpretar as leis *ex nunc*.

7 Badura, in: *DÖV*, 1970, p. 18 (22). Saber quanto o espírito da época insiste no tratamento científico do factor tempo é ilustrado pelo facto de o governo federal alemão ter nomeado, em 9 de fevereiro de 1971, uma comissão, com o fim de preparar um parecer pormenorizado sobre os “problemas relacionados com a mudança técnica, económica e social”.

8 A. Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie*, 1971, p. 81 (93 e ss.).

9 Mas conforme G. Husserl (cit. em Kaufmann, *loc. cit.*, p. 99), a lei “não tem um futuro a que se adapte desenvolvendo-se”. É um “mundo pronto, de actos desindividualizados, que nas normas jurídicas chegou a uma fixação rígida”. De maneira diferente e correcta: *Recht und Zeit*, p. 22 e ss.

damentais, da soberania. Lembremos a “mudança estrutural do público” de Habermas.

As *teorias* constitucionais distinguem-se essencialmente pelo facto de concederem ao tempo, isto é, à mudança da realidade social, um valor posicional diferente. Pense-se na teoria da integração, de Smend, por um lado, e na “recordação do Estado”, de Forsthoff, por outro lado¹⁰. À abertura da Constituição¹¹, ao seu entendimento de “público”¹², ao “aperfeiçoamento da aplicação *garantidora* dos direitos fundamentais”¹³, aos processos de realização da Constituição, assim como à acentuação do seu carácter funcional¹⁴ opõem-se concepções menos dinâmicas da Constituição. Elas manifestam-se na consolidação de métodos “clássicos” de interpretação, na consolidação de activos, bem como na adopção de teorias de vencimento. A “confirmação” da Constituição é vista primariamente na sua “confirmação”, a ideia de desenvolvimento é minimizada. Recorde-se a controvérsia em torno da relação entre Estado e sociedade, em torno do princípio do Estado social¹⁵ e entendimento de direitos fundamentais, recorde-se a justiça constitucional, isto é, em especial as posições de Forsthoff. O “futuro” – e este sempre começou no presente – é visto geralmente como “intruso” e considerado cepticamente como não pertencendo ele próprio à “matéria da Constituição e do direito constitucional”¹⁶. Os “25 anos de Lei Fundamental”¹⁷ fazem parecer urgentes as reflexões teórico-constitucionais sobre o “tempo”. O direito constitucional vive já *prima facie* em uma problemática temporal específica. Por um lado, a alterabilidade dificultada confere-lhe permanência e continuidade, confiabilidade e segurança¹⁸; por outro lado, o tempo penetra, precisamente por isso, especificamente no direito constitucional, tem mesmo de o fazer; sob a forma de interpretação constitucional flexível e aberta, no processo de alteração da Constituição ou na exigência de revisão total ou parcial¹⁹. A continuidade da Constituição só é possível quando

10 *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 11 e ss., e, além disso, a minha crítica em *ZfR* 136, 1972, p. 425 e ss.

11 Com carácter fundamental, Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 6. ed., 1973, espec. p. 12 e ss.

12 Sobre o assunto (e sobre Habermas): Häberle. “*Öffentlichkeit und Verfassung*”, in: *ZfP* 16, 1969, p. 273 e ss.

13 Sobre o assunto, Häberle, “*Grundrechte im Leistungsstaat*”, in: *VVDStRL* 30, 1972, 43 (69 e ss.).

14 Scheuner, artigo “*Verfassung*”, in: *Staatslexikon*, v. VIII, 1963, coluna 117 e ss. (118): “*Verfassung als Norm und Aufgabe*”.

15 Sobre o assunto, Forsthoff (ed.). *Rechtsstaalichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968; Suhr in: *Der Staat* 9, 1970, p. 67 e ss.

16 Mas “classicismo” não existe apenas no passado. O modo como os entendimentos da Constituição estão dependentes do tempo revela-se, por um lado, na orientação para o futuro, hoje fortemente realçada, e, por outro lado, em Kägi. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945.

17 Apreciações da Constituição em Scheuner (*AöR* 95, 1970, p. 353 e ss.) e Schick (*AöR* 94, 1969, p. 353 e ss.).

18 Sobre o assunto, Hesse. *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959.

19 Na doutrina: Saladin. “*Die Kunst der Verfassungserneuerung*”, in: *Gedenkschrift für Imboden*, 1972, p. 269 e ss.; K. Stern. “*Total revision des Grundgesetzes?*”, in: *Festgabe für Maunz*, 1971, p. 391 e ss.; Fromme. in: *ZfP* 17, 1970, p. 87 e ss.; H. Huber in: *FS f. Scheuner*, 1973, p. 183 e ss.

o passado e o futuro se encontram reunidos *nela*. A dogmática constitucional também criou figuras que visam resistir ao tempo: sob a forma da doutrina das garantias dos institutos e das garantias institucionais, bem como das garantias de *status quo*²⁰ (cf. também os arts. 19º, al. 2, e 79º, al. 3, da Lei Fundamental). A discussão metodológica no direito constitucional²¹ é muito especialmente uma discussão em torno da função que deve caber ao tempo. É importante a crítica de Lerche²² às ideologias da transformação, que se poderia complementar com a crítica às ideologias do *status quo*.

3. Uma lista de problemas concretos mostra quão diferentes são as áreas que – sob o aspecto do tempo – estão relacionadas entre si²³. A dimensão temporal desempenha um papel no surgimento do chamado direito (constitucional) consuetudinário²⁴, na protecção ou violação de “direitos adquiridos”, na protecção de expectativas²⁵, na caducidade e na prescrição, em problemas de validade jurídica, na “descontinuidade material”²⁶, nas máximas da *lex posterior* ou do *prior tempore*, na chamada *clausula rebus sic stantibus*²⁷, nos limites da retroactividade e da observância de um “efeito prévio” das leis (sobretudo sobre a concretização de aspectos de bem comum, mas também de direito penal²⁸), assim como na actividade prognóstica do legislador e do Tribunal Constitucional Federal²⁹, no problema dos *obiter dicta*³⁰, da jurisprudência permanente e da jurisprudência de princípios, no carácter público de votações especiais, na insistência na dependência procedimental dos actos jurídicos e, por fim, na qualificação da “experiência como fonte de direito”³¹. Lembre-se a diferente orientação para o futuro das práticas jurídicas, o direito do trabalho e o direito internacional público como “direito em formação” (D. Schindler).

20 Um exemplo extremo é a chamada teoria da fossilização do Tribunal Constitucional austríaco; sobre o assunto, com outras indicações, H. Huber, in: *Gedenkschrift für Imboden*, 1972, págs. 191, nota 1.

21 Sobre o assunto, espec. Forsthoft. *Rechtsstaat im Wandel*, 1964; H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, por um lado, Hollerbach, in: *AöR* 85, 1960, p. 241 e ss.; Ehmke in: *VVDStRL*, 290, 1963, p. 53 e ss.; 64, Hesse, *Grundzüge...*, p. 20 e ss.; Häberle in: *ZHR* 136, 1972, p. 425 e ss., por outro lado. Por último: I. Richter, *Bildungsverfassungsrecht*, 1973, p. 19 e ss.

22 In: *Festgabe für Maunz*, 1971, p. 285 (289).

23 Alusões ao problema in Kloepfer, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, 1970, p. 16 e ss., e no meu artigo, in *AöR* 98, 1973, p. 625 (635, nota 33), *ZevKR* 18, 1973, p. 420, nota 1.

24 De fundamental importância: H. Huber in: *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971, p. 329 e ss.

25 Sobre o assunto, cf. os relatórios de Kisker e Püttner in *VVDStRL* 32, 1974.

26 Sobre o assunto Hömig/Stoltenberg in *DÖV* 1973, p. 689 e ss., com outras referências; espec. Scheuner in *DÖV* 1965, p. 510 e ss.

27 Por último, *BVerfGE* 34, 216 (230 e ss.).

28 Na maior parte das vezes, as reformas do direito penal só são postas em marcha quando as concepções de moral pública já se modificaram. A reforma do legislador confirma, neste aspecto, o que a realidade já aceitou. O efeito prévio das leis é especialmente forte. O mais recente exemplo é a 4ª lei da alteração do direito penal (direito penal sexual). Cf. ainda a discussão sobre a “proibição retroactiva no caso de alteração da jurisprudência no direito penal”; sobre este assunto, Schreiber in *JZ* 1973, p. 713 e ss. O art. 80º, al. 1, da Lei Fundamental justifica-se, entre outras coisas, a partir da maior proximidade temporal e material do executivo na criação de direito.

29 Sobre o assunto, Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1971.

30 Schlüter, *Das Obiter Dictum*, 1973.

31 É assim o título do livro de Lüderssen, 1972.

II – ABORDAGEM TEÓRICO-CONSTITUCIONAL E PRÁTICO-CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO “ADEQUADA AO TEMPO” NO HORIZONTE DO “PÚBLICO EM GERAL E DA REALIDADE DA CONSTITUIÇÃO”

1 O TEMPO NO ENTENDIMENTO DA CONSTITUIÇÃO

No Estado constitucional da Lei Fundamental, as questões concretas do tempo têm de ser colocadas de antemão no quadro geral da Constituição. É que todo o direito é imanente à Constituição: ele cresce sob o tecto ou no terreno da Constituição da *res publica*. O debate tem de começar pelo entendimento da Constituição e não pelas teorias políticas ou teorias sociais que estão para além ou “acima” da Constituição. Mas isto não quer dizer que os problemas, ou todos os problemas, estão fixados previamente pela Constituição. Para a doutrina constitucional democrática, em uma “sociedade aberta” fica a tarefa de nos interessarmos, para quem da Constituição, particularmente por experiências e, para além dela, por alternativas práticas³². O entendimento da Constituição não se encontra no vácuo nem no espaço intemporal; é por seu lado o resultado de experiências históricas e volta também a transmiti-las³³: um pedaço de “tempo cristalizado”, por exemplo a ideia antropologicamente fundada do impedimento do abuso de poder. Nesta medida, o método interpretativo histórico ganha uma nova – limitada – legitimação enquanto interpretação ontogénica “transformadora”. O entendimento da Constituição tem a sua expressão na acentuação de princípios constitucionais como orientação ao público e abertura, pluralismo, liberdade, protecção jurídica, mas também em determinados procedimentos jurídico-constitucionais (por exemplo do direito parlamentar). É expressão de determinados métodos interpretativos, mesmo que, inversamente, também codetermine estes. O respectivo entendimento da Constituição (que também é um entendimento do “direito constitucional”), os factos concretos e postulados procedimentais da Constituição, assim como os métodos interpretativos (juntamente com o pré-entendimento e o pós-entendimento) influenciam-se reciprocamente.

Este entendimento de Constituição, que pretende envolver mais conscientemente o tempo ou que se prende “ao tempo e pelo tempo dentro”, só pode ser caracterizado em termos de tópicos: Constituição como *law in public*

32 Sobre o assunto, e em polémica com Herzog: Häberle in *AöR* 98, 1973, p. 119 (129 e ss.). Aqui têm o seu lugar teorias científicas e sociais.

33 Assim como de “utopias antecipadas”. Extremamente abundante em tópicos para a problemática do tempo agora: Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, K., nº de margem 194 e ss. sobre o art. 3º, al. 1, da Lei Fundamental: “O tempo como flanco aberto da igualdade”, o “tempo, dentro do qual uma pessoa, um grupo e uma sociedade se podem desenvolver livremente, um agente que, em princípio, é inimigo da igualdade”, o tempo como “*topos* da justa medida” entre inércia e actividade sem objectivo, também “as reformas das reformas têm de continuar a ser possíveis”. Conforme, por fim, o “debate constitucional” do Parlamento federal alemão de 14/15 de fevereiro de 1974: a Lei Fundamental não é um “espartilho estático”, a Constituição como “processo dinâmico” (Hirsch), a Lei Fundamental como “constituição das vias abertas” (Genscher), a Lei Fundamental não é nada de “acabado, mas capaz e necessitado de aperfeiçoamento” (H. Maier).

action, como processo público (entendimento normativo-procedimental da Constituição), como ordenação-quadro³⁴ (função de guia). Tornam-se importantes a abertura da Constituição, os processos da sua realização (“legitimação dos procedimentos”). São os procedimentos que asseguram que a Constituição seja encaminhada, especialmente a jurisprudência constitucional; eles fazem com que a *interpretação* constitucional adquira um valor posicional, não atingido, de outro modo, o aperfeiçoamento da Constituição. O entendimento público da Constituição é um entendimento que se confirma no tempo. Hans Huber³⁵ falou, em relação ao direito, de um “jogo e equilíbrio”, que lhe é característico, “de mudança e de persistência”, de concretização como “desenvolvimento constitucional, como aproveitamento máximo e enriquecimento, desenvolvimento jurídico de programas normativos inteiros no decorrer do tempo e na mudança da sociedade”. As constituições têm de provar a sua eficácia, não têm de simplesmente garantir!³⁶ A Constituição dos Estados Unidos é com razão enaltecida assim: ela revelou-se suficientemente flexível³⁷. A sua elevada idade é prova da sua “eterna juventude”, é uma prova da sua capacidade de renovação.

Constituições vivas, processos de crescimento, aperfeiçoamento de aplicação que garanta os direitos fundamentais, “pós-entendimento, revisões da Constituição como imperativo político-constitucional: tudo isto são termos que apontam para o tempo. Recorde-se a imagem de Heller³⁸ da Constituição como “forma característica” que se desenvolve viva, assim como de estruturas sociais em que o tempo não está “desapoderado”, mas apenas “congestionado”. O “aperfeiçoamento” da Constituição é assim visto como prova da sua força normalizadora.

Constituição é ordem jurídica fundamental de um processo público *livre – law in public action –*, tornando-se ela própria em processo como Constituição democrática. Enquanto processo, ela aponta para o futuro. O direito constitucional democrático é direito do público por excelência. De carácter público é a lei sob a qual a Constituição surgiu e sob a qual se tem de aperfeiçoar. No carácter público e nos seus conceitos correlativos encontram-se os pressupostos e as vias do desenvolvimento da Constituição. A realidade da Constituição³⁹ é a realidade do seu assim entendido direito – *público*⁴⁰.

34 Sobre o assunto, Häberle, *ZfP* 16, 1969, p. 273 e ss.; *VVDStRL* 30, 1972 p. 43 (56, 166).

35 H. Huber, in: *Gedenkschrift für Max Imboden*, 1972, p. 191 (206 e 192).

36 Conforme, ainda, para a compreensão dos direitos fundamentais, o meu relatório em colaboração, *VVDStRL* 30, 1972, p. 43 (73).

37 Cf. Fraenkel, *Das Amerikanische Regierungssystem*, 1960, p. 211: “Ela (a Constituição americana) encontra-se, pelo contrário, desde a sua entrada em vigor, num permanente processo de transformação”.

38 *Staatslehre*, 1934, p. 258 ou p. 47.

39 Sobre o assunto, com carácter fundamental, Hesse, *loc. cit.*, pág. 17 e segs.

40 Para o conjunto, Häberle, in: *ZfP* 16, 1969, p. 273 e ss.; id., “*Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat*”, in: *Politische Bildung*, caderno 3, 1970, p. 3 e ss. A força normativa do público é, na democracia parlamentar, um enriquecimento e uma limitação legítimos da interpretação judicial.

A vitalidade de uma Constituição, isto é, a sua arte para produzir continuidade, depende, entre outras coisas, de se ela é de tal maneira organizada que os processos de vivificação entre as partes, por exemplo, entre as várias funções do Estado, permanecem em equilíbrio. O dar e o receber entre as funções do bem comum em todos os planos da ordem jurídica⁴¹ é um processo desses. Originam-se espirais que, na realização constitucional, levam a Constituição, no seu todo, mais longe. Realização constitucional é realização no tempo. Trata-se de encontrar uma regulação aproximada e uma regulação de precisão da ordem jurídica face aos “decursos de tempo”. Se “duração” de uma Constituição é uma reverência para com ela, isso é porque ela consegue “conservar-se” no tempo, ao mesmo tempo que o acompanha⁴².

O reconhecimento do factor tempo coloca o jurista em posição para, por meio dos seus meios, integrar o tempo de uma maneira reflectida e diferenciada nos vários problemas jurídicos e nas várias funções do Estado. Isto é tanto mais importante quanto é certo que dispor de tempo significa um *poder* político eminente. Isto revela-se historicamente na máxima *lex posterior derogat legi prior* como expressão de uma nova soberania⁴³. A luta pelo “bom e velho direito” foi uma luta contra o tempo e pelo tempo. A imposição de um “efeito prévio” das leis significa acréscimo de poder. Ganho de poder apresenta-se como ganho de tempo ou vice-versa. Pense-se na declaração de nulidade, por parte do Tribunal Constitucional Federal⁴⁴, das leis anticonstitucionais, nas suas diferentes formas escalonadas no tempo e na mudança de função de um mandato constitucional como o do art. 6º, al. 5, da Lei Fundamental⁴⁵.

Depois de tudo isto, o que é tempo? Do ponto de vista objectivo, tempo é a possibilidade de uma pessoa se *poder* transformar, embora não seja necessário haver uma transformação efectiva. (Transformação não é, portanto, *per se*, um conceito positivo). É necessário analisar as condições das possibilidades que levam a transformações. O que se pode transformar mas não se transforma tem de se afirmar como eficaz. A forte ênfase no factor tempo não pode levar ao mal-entendido de que o tempo se possa constituir em “*movens*”, em “sujeito” motriz da história, de que o tempo cause ele próprio alguma coisa. A história (de uma comunidade) tem muitos sujeitos; o tempo não é, no fundo, mais do que a *dimensão* na qual as transformações são possíveis e necessárias – causa-

41 Sobre a matéria, Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, esp. p. 204 e ss.

42 Uma imagem semelhante em G. Husserl, loc. cit., p. 26, para a norma jurídica. Acentuar assim a mutabilidade da Constituição e com ela o tempo, acentuar assim o carácter de evolução tem, no entanto, um preço: ele consiste na confissão da grande indeterminação das normas constitucionais, na menor segurança jurídica e confiabilidade do direito constitucional. É certo que se tem de reflectir sobre a irrenunciável função de *descongestionamento* da jurisprudência no conjunto do sistema político; no entanto, não se desiste desta tendência: muita coisa surge em geral como ilusão sobre si mesmo. O mais forte sentimento de insegurança e o ónus que a compreensão do papel do factor tempo acarreta devem ser contidos por critérios e instrumentos controláveis, por procedimentos racionais, etc. A “discussão jurídica” não é ainda a “dissolução” do direito.

43 Cf. Ipsen, *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1965, p. 1 e ss. (25 e ss.).

44 Sobre o assunto, por último, Pestalozza, in: *AöR* 96, 1971, p. 27 e ss.

45 *BVerfGE* 25, 167 e ss.; sobre o assunto, Simitis, in: *JZ* 1969, p. 277 e ss.

das por factores reais e especificáveis (por exemplo económicos) e por forças, por exemplo por grupos de interesses, mas também por experiências “subjetivas” em uma e com uma determinada Constituição, assim como por expectativas ambientais e ideais. O tempo indicia um “conjunto” de forças e ideias sociais motrizes que o estruturam. Apesar disso, podemos falar “do tempo” para controlarmos teórico-constitucionalmente a categoria da transformação no plano geral. O conceito de tempo é um *número* que está em vez daquilo que se passa “no tempo”. A colectividade, as suas possibilidades e necessidades, mas também os antagonismos e interdependências de interesses trazem o factor qualitativo para a categoria formal do tempo.

Apesar de todo o entendimento “temporal” de Constituição e do entendimento de tempo “*imane*nte à Constituição”, o que vale é que a “experiência” tem de ser à partida coprocessada objectiva e metodicamente: por um lado, por via do conceito de “pós-entendimento; por outro lado, por via de “revisões constitucionais”. As Constituições surgiram essencialmente da experiência de que se abusa do poder para prejuízo dos cidadãos. As formas de abuso do poder alteram-se; a Constituição tem de reagir de novo em conformidade e “tomar o controlo”, por exemplo, sob a forma do “efeito para terceiros” dos direitos fundamentais, por via da imposição de “direitos fundamentais sociais”, de formas de participação⁴⁶.

Nas instituições constitucionais das democracias ocidentais acumularam-se “valores empíricos” como conhecimentos e valores de interesses, que não se deviam arriscar levemente, por mais mutáveis, isto é, por mais abertos à interpretação que sejam e tenham de ser, por mais expostos que estejam ao processo de *trial and error*. Pense-se na separação de poderes e nas suas novas formas manifestativas não estaduais como “separação jornalística de poderes” (entre os meios de comunicação social); também o cânon metódico, por mais aberto que tenha de ser mantido, é um tal património empírico que não deixa de ser político. A Constituição desenvolve-se “entre” adaptação e resistência⁴⁷.

2 DECLARAÇÕES MATERIAIS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO SUBORDINADOS AO TEMPO OU VINCULANTES NO TEMPO — A SUA RELAÇÃO RECÍPROCA

Os métodos interpretativos determinam não só os conteúdos objectivos da Constituição, mas estão, por sua vez, dependentes desses princípios constitucionais em qualidade, categoria e na sua relação uns com os outros. Por exemplo, existe uma relação intrínseca entre “democracia pluralista”, “Estado de direito social” e “liberdade” com o método ou métodos a escolher: o método interpretativo genético, antes relacionado com a monarquia constitucional,

46 Sobre o assunto, Schmitt Glaeser, in: *VVDStRL* 31 (1973, p. 175 e ss.).

47 Cf. também Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, p. 39: “Para a sábia constituição de uma sociedade é importante que a tendência para a persistência e a tendência para a mudança do direito estejam uma para a outra numa relação adequada de forças e de efeitos”.

passa hoje para segundo plano, mas como função genética tem uma função legítima. Na importância que o Tribunal Constitucional Federal e uma parte da doutrina atribuem ao método interpretativo objectivo em comparação com o subjectivo⁴⁸, encontra-se uma concessão ao tempo. O mesmo se aplica à interpretação especificamente jurídico-constitucional orientada para os efeitos⁴⁹. Mas tudo depende da honestidade dos interesses da interpretação. Ela é consequência da vinculação a interesses da argumentação jurídica.

A relevância do factor tempo para a interpretação constitucional tem de ser definida, mais conscientemente do que até agora, a partir das “decisões fundamentais jurídico-constitucionais”. Os princípios constitucionais (como Estado social, democracia pluralista, público), as directivas constitucionais ou definições de objectivos do Estado⁵⁰ e o desenvolvimento das funções do Estado⁵¹ têm influência nos métodos interpretativos e na sua relação uns com os outros, sobretudo no campo de forças da importância normativa do público, em particular da opinião pública⁵² (condicionamento na escolha de métodos e na relação de métodos por meio dos conteúdos *materiais* da Constituição⁵³). Na Lei Fundamental são de mencionar: a “república” como referência – que deve ser vista como aberta – a *res e salus publica*, direitos fundamentais, que, tal como o princípio do carácter público e o conceito de ciência, favorecem uma interpretação “aberta”, a liberdade de desenvolvimento, o Estado de direito social, a democracia (representativa)⁵⁴, o pluralismo, por exemplo como “representação social”⁵⁵. O princípio – democrático – da maioria aparece igualmente na discussão da interpretação, encoberto na exigência de um recurso a conceitos de justiça do maior número de pessoas possível ou em “conceitos médios”⁵⁶. O Supremo Tribunal do *Reich* recorre a um substituto do público em geral na fórmula do “*tacto de todos os que pensam de maneira justa e equitativa*”⁵⁷, que Ehmke converteu para o direito constitucional como “consenso de todos os que

48 Sobre o assunto (criticamente), por exemplo, Ehmke in: *VVDStRL* 20, 1963, p. 53 (57 e ss.); Hesse, *Grundzüge*, p. 22 e ss.

49 Zippelius, loc. cit., p. 65, pretende também que as “consequências” de uma decisão sejam ponderadas. Cf. especialmente Bachof, in: *Summum jus summa injuria*, 1963, p. 41 e ss. (45 e ss., 47 e ss.); outras referências na nota 91.

50 Sobre eles, Scheuner, in: *Festschrift für Fortshoff*, 1972, p. 325 e ss.

51 Sobre elas agora: Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973. Determinadas funções do Estado têm, por força da Constituição, de ser prosseguidas dentro de determinado prazo (cf. o ac. do Tribunal Constitucional Federal sobre a duração da prisão preventiva, in: *NJW* 1974, p. 307 e ss.).

52 Sobre o assunto, o meu artigo in: Würtemberger (ed.), *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 e ss. (39 e ss.); *AöR* 95, 1970, p. 260 (287 e ss.); *Öff. Interesse*, p. 417 e ss.

53 Aludido em Zippelius, loc. cit., p. 28: Saber que interpretação se escolhe depende do tipo de filosofia de Estado que se tiver; p. 26: A interpretação subjectiva em ditaduras é diferente do que na democracia representativa. Cf., também, A. Kaufmann, loc. cit., p. 97 e ss., apoiando-se em Engisch. No princípio de Estado social “evolucionário” reside uma ambivalência em relação ao tempo: por um lado, conserva “conquistas sociais”, por outro, contém um elemento que exige avanço para o futuro.

54 Cf. Zippelius, op. cit., p. 26 e ss.

55 No sentido do *BVerfG*, *JZ* 1972, p. 206. Ver também Häberle, *Öff. Interesse*, p. 501 e ss.

56 Referências in Häberle, *Öff. Interesse*, p. 425 e ss.

57 Eles também podem ser uma pura minoria!

pensam de maneira sensata e justa⁵⁸. Se a interpretação remete para a unidade da Constituição⁵⁹, também pode desse modo remeter para o tempo, desde que o entendimento constitucional resulte correspondentemente aberto⁶⁰.

A *democracia*⁶¹ é um princípio constitucional que especificamente legitima a abertura ao futuro. Entendida como princípio da evolução, ela espera do jogo político entre a maioria (variável) e a(s) minoria(s) uma conformação do futuro, não conhecida de outras formas de governo, por meio de alternativas: por meio de garantias públicas e de um sistema diferenciado de procedimentos. Novas eleições regulares⁶², poder limitado, isto é, confiança limitada a prazo, etc., são uma tentativa de fazer “jus” ao tempo. Nenhuma outra forma de governo se estrutura a si própria tanto em vista do tempo e no tempo como a democracia parlamentar. E para se manter viável, tem hoje de inventar novas formas da melhor congruência temporal possível: desde audições públicas até novas formas de dissolução do parlamento⁶³.

Os cargos políticos (pense-se no conceito de período eleitoral e de período de mandato) são cargos fundamentalmente limitados no tempo, porque, desse modo, o poder se torna controlável e não se consolida em pessoas. Poder e competência “a prazo” são um elemento estrutural da democracia liberal, porque dispor de tempo é necessário, pois significa poder e tem de ser limitado⁶⁴. O controlo do poder faz-se, pois, por via do tempo.

O modo como os princípios constitucionais, procedimentos e métodos se encontram estreitamente relacionados é evidenciado pelo exemplo seguinte: o carácter *procedimental* da interpretação é trazido à colação na expressão “procedimento interpretativo” e manifestamente no facto de só no procedimento

58 VVDStRL 20, 1963, p. 53 (71, 131).

59 Hesse, *Grundzüge*, p. 28, 12.

60 É claro que toda a ideologia unitária deve ser questionada.

61 Sobre o princípio democrático na Lei Fundamental: Simson/Kriele, in: VVDStRL 29, 1971, p. 4 e ss.; Badura, p. 96: democracia como um “princípio da crítica e um princípio de continuação da pressão”.

62 Sobre o “Sistema Eleitoral e Constituição”, cf., agora, o livro com o mesmo nome de H. Meyer, 1973.

63 Sobre o assunto, ver a discussão no relatório preliminar da Comissão de Inquérito do Parlamento Federal Alemão, 1973, p. 141 e ss.

64 Cf., também, Leisner, in: *Der Staat* 7, 1968, p. 137 (160), em relação ao sistema da duração dos mandatos: “O tempo torna-se aqui na categoria dogmática da limitação do poder”. Mas, conforme também Luhmann, in: *Der Staat* 12, 1973, p. 1 e ss. (12 e ss.): O ritmo eleitoral temporalmente fixado impede que se ataquem tarefas de longo prazo, porque os políticos se têm de esforçar pela reeleição. Os institutos como o direito de estado de necessidade devem a sua existência a problemas temporais específicos. Celeridade e eficiência da acção do Estado (cf. o meu artigo “*Effizienz und Verfassung*”, *AGR* 98, 1973, p. 625 e ss.) são, neste aspecto, uma imposição. Na Lei Fundamental, o poder é correspondentemente repartido a prazo. Oportunidade torna-se, hoje, muitas vezes, o pressuposto de justiça (J. H. Kaiser in: *NJW* 1971, p. 58 [588]). A limitação da duração do mandato dos juizes do Tribunal Constitucional Federal alemão (§ 4, *BVerfGG*) é, face às peculiaridades da interpretação pública da Constituição no Estado *pluripartidário*, o envolvimento lógico do factor temporal, que aqui limita o poder do juiz do Tribunal Constitucional, ao acoplá-lo de novo ao processo democrático (eleição do juiz!). Na medida em que este processo é hoje caracterizado pela participação que complementa a democracia representativa, o poder é limitado variavelmente no tempo de maneira nova, mas é também legitimado. A elevada relevância do factor tempo é hoje condicionada pela evolução da sociedade da era (pós)industrial.

serem apresentadas circunstâncias (factos) relevantes e efectivas para o “desenvolvimento” da norma jurídica; esse carácter procedimental mostra-se em Esser, na medida em que, para a justeza social, considera o consenso como o único indício verificável. Este consenso pressupõe como premissa a capacidade de diálogo⁶⁵. Também a “concordância prática” de Hesse⁶⁶ é um procedimento. Em concreto, o art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental deve ser interpretado, com A. Arndt, como obrigação judicial de “diálogo jurídico” – aberto⁶⁷. Uma vez que as questões jurídicas são abertas enquanto questões de interpretação, isto é, ao mesmo tempo como questões (de tratamento) de factos⁶⁸, e porque a escolha do método e o pré-entendimento ou o pós-entendimento têm de ser racionalizados e estruturados, o diálogo jurídico (intermediado em especial por advogados) tem de ser institucionalizado. O diálogo jurídico torna-se em diálogo no tempo. Sem este art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental [N.T.: O art. 103º, 1, da Lei Fundamental reza assim: “Todo o ser humano tem o direito de ser ouvido perante o tribunal”], entendido de maneira ampla, não há interpretação que se preste a consenso e metodologicamente “esclarecida”. O art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental é neste aspecto uma segurança, uma garantia de interpretação racional. A interpretação da Constituição⁶⁹ está dependente das configurações diferenciadas do art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental no direito processual constitucional⁷⁰. O art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental ou, antes, a sua interpretação, e o entendimento metodológico influenciam-se reciprocamente. Este entendimento, *motivado pelo método*, do art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental pode, em última análise, ser fundamentado a partir da ampla garantia de protecção jurídica prevista no art. 19º, al. 4, da Lei Fundamental⁷¹. O art. 103º, al. 1, da Lei Fundamental surge como direito fundamental da informação (jurídica) e da comunicação, tal como se pode interpretar o direito processual em geral como *direito da comunicação*. Este artigo possibilita a escolha “razoável” de métodos. Ele é um exemplo da *relevância metodológica* de um direito fundamental.

Também em outras garantias processuais de protecção jurídico-fundamental se encontram correspondentes desafios ou então oportunidades de comunicação, que se tornam relevantes para a escolha do método do intérprete. O art. 104º da Lei Fundamental [N.T.: Nos termos do art. 104º, nº 1, da Lei Funda-

65 *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2. ed., 1972, p. 28.

66 *Grundzüge*, p. 27 e ss.; “O processo da interpretação concretizadora”.

67 *NJW*, 1967, p. 1585 (1586).

68 O direito desenvolve-se verdadeiramente “na” situação de facto.

69 O carácter público do voto especial (§ 30, al. 2, *BVerfGG*) deixa o caminho aberto para uma discussão quase infinita por meio e sobre o aspecto público da Constituição. Este carácter público é a forma processual-constitucional de uma cláusula de reforma ou cláusula experimental. Ele oferece o começo para uma interpretação modificada da Constituição (sobre novas cristalizações do carácter público). A institucionalização do voto especial é um reconhecimento jurídico-positivo da interpretação “aberta” da Constituição. Ela implica que o Tribunal Constitucional Federal não está vinculado à sua própria jurisprudência (sobre esta matéria: *BVerfGE* 4, 31 [38]).

70 Cf. p. ex. §§ 77 e 94, *BVerfGG*.

71 Sobre ela, agora: Lorenz, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973.

mental, “A liberdade da pessoa só pode ser limitada com base numa lei formal e com observância das formas nela prescritas. As pessoas detidas não podem ser moral ou fisicamente violentadas”] deve ser a este respeito referido em primeiro lugar. Tais direitos fundamentais especificamente referidos ao procedimento e “metodologicamente pluralistas” deixam aberto o procedimento da aplicação do direito e, desse modo, também a Constituição: elas impedem o comprometimento antecipado com um determinado método e com uma determinada decisão⁷². Estas considerações têm de ter consequências no aperfeiçoamento – que deve ser permanente – do *direito processual*. Não é só condição marginal formalizada da interpretação, mas também condiciona materialmente de forma decisiva as questões de método⁷³. O direito processual deve ser moldado de tal forma que sejam eliminadas as circunstâncias muito invocadas de “comunicação distorcida” (Habermas).

Não é por acaso que o recurso clássico do cidadão contra o Estado, o recurso constitucional, não está sujeito ao patrocínio obrigatório por advogado. O carácter público da Constituição produz, neste aspecto, efeito imediato. A orientação ao público da linguagem da Constituição tem de ser de tal ordem que o cidadão conheça os seus direitos e que ele próprio os possa defender perante o tribunal constitucional. Neste aspecto, as reflexões filosófico-linguísticas podem ser trazidas para as reflexões teórico-constitucionais⁷⁴. Na área do direito constitucional, a linguagem técnica jurídica tem de ser de tal modo compreensível para todos que diga alguma coisa ao cidadão. A Constituição tem de se abrir à linguagem comum. A linguagem da Constituição tem de se tornar na linguagem de todos os cidadãos. Idealmente, a linguagem da Constituição coincide com a linguagem comum e cria orientação ao público e transparência: o direito constitucional, especialmente os direitos fundamentais, dizem respeito a cada um.

3 OS VÁRIOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS COMO VEÍCULOS, COM EFEITOS DIVERSOS, DO FACTOR TEMPO NO PROCESSO – REPUBLICANO – DE INTERPRETAÇÃO

Tese: Todos os processos interpretativos têm o mesmo ponto de referência: o carácter público – operante no tempo – e a realidade da Constituição: “interpretação republicana”. O carácter público e a realidade da Constituição só se podem apreender por meio de interpretação aberta.

72 Este entendimento “processual” da problemática metodológica e dos princípios constitucionais é expressão do seu entendimento adequado ao tempo. É que os problemas do tempo podem-se tratar sobretudo por meio de procedimentos, que, no entanto, por seu lado, encontram-se materialmente relacionados. A Lei Fundamental, no seu conjunto, deve ser investigada com vista a informações neste sentido relevantes na perspectiva metodológica e procedimental.

73 Häberle in: *JZ* 1973, p. 451 (452 e ss.).

74 Também, a teoria constitucional se tem de sujeitar à crítica da teoria linguística. As suas diferenciações crescentes podem dar-se à custa do carácter público da Constituição. A exigência de um “retorno” sempre novo ao texto primitivo serve para a libertação de incrustações dogmáticas, sem que, no entanto, tal recurso possa tornar-se em autoilusão.

Os diferentes métodos têm à disposição diferente “material”: o método histórico, um pedaço de carácter público e de realidade do momento da criação normativa; o método objectivo, o carácter público e a realidade *hic et nunc*. A interpretação orientada para o público em geral, a orientada para o bem comum e a orientada para as consequências procuram os seus conteúdos com vista ao futuro antecipado. Vistos assim, *todos* os métodos interpretativos têm relação com o público e com a realidade da Constituição, distinguindo-se apenas pelas diferentes perspectivas temporais. Esta maneira de ver não é uma defesa a favor de um nivelamento dos métodos interpretativos como meios importantes da autodisciplinação judicial⁷⁵; pelo contrário: o carácter público e a realidade em transformação têm de ser explorados *diferenciadamente* – do ponto de vista temporal⁷⁶; a “organização” dos métodos interpretativos verifica-se sob este ponto de referência material uniforme⁷⁷.

O objectivo de toda a interpretação é um entendimento da Constituição aberto (ao futuro) e, com esse entendimento, uma conciliação de interesses “razoável” e justa. Esse entendimento tem a sua expressão na interpretação correspondentemente “aberta” de princípios jurídico-constitucionais. A tarefa é reunir a controvérsia metodológica jurídica e a das ciências sociais no *objecto* “Constituição”, que, como Constituição da liberdade, deixa aberto o futuro e que permite que *o possível e necessário* (no normativo) se torne realidade. A Constituição como quadro geral da *res publica* torna-se plataforma para a orientação para o futuro de todas as ciências e do seu potencial de inovação.

Face à orientação para o futuro, os valores empíricos do passado, assim como o presente e o que nele é “factível”, não podem, porém, ser perdidos de vista. No entanto, o “concebível” não pode ser reduzido ao “factível”, caso contrário seria ainda menos factível e, desse modo, também ainda menos concebível. O factível não é a medida de todas as coisas. Existem relações semelhantes entre o necessário e o possível, entre o normativo e o real.

Os vários métodos interpretativos dão, conforme o modo como são “organizados”, contributos diferentes para o tratamento do tempo⁷⁸, por exemplo

75 A “vinculação à lei” só pode manter-se graças à liberdade perante a lei, proporcionada pela interpretação “adequada ao tempo”. (São, como se sabe, pessoas que interpretam). A interpretação vive da possibilidade e da exequibilidade de alternativas face aos resultados da interpretação até agora obtidos.

76 Exemplos no meu estudo *Öffentliches Interesse*, p. 285 e ss., 417 e ss., 558 e ss. e 571 e ss.

77 Sobre a “arquitectura” desta realidade pública e sobre o emprego multifacetado do “interesse público”, cf. o meu estudo com o mesmo nome. Além disso, agora e em pormenor, Stolleis, in: *VerwArch* 65, 1974, p. 1 e ss.

78 Seja porque o direito é desenvolvido, seja porque é preservado. O direito tem, como se sabe, de se afirmar publicamente. Chega-se aos “processos de crescimento” jurídico-constitucionais por meio da interpretação, mas também por meio da revisão (formal) da Constituição; esta revisão não está de modo nenhum para além da interpretação; se é necessária, isso resulta da interpretação. Quando H. Huber, na publicação comemorativa em honra de Imboden, exprime a ideia de que a concretização dos direitos fundamentais torna supérfluas alterações da parte dos direitos fundamentais da Constituição por grandes períodos de tempo, então mostra-se o quanto a “alteração da Constituição, vista *ex post*, é relativizada, para não dizer que é substituível. Revisão da Constituição e “mudança da Constituição” distinguem-se mais *ex ante* do que *ex post*, e mais na estrutura formal do que no resultado prático.

como aceleração ou retardamento por meio de combinação alternante. Trata-se, por isso, de transmitir “experiência” metodicamente (e desse modo também objectivamente), de avaliar correctamente o presente e de *manter* aberta a interpretação. Aí reside um problema, que se coloca de maneira diferente conforme o tempo. O “processo de crescimento” público da Constituição é acompanhado de um processo de aperfeiçoamento das regras interpretativas, para não dizer que é suscitado por ele. As regras clássicas de interpretação não são “rejeitadas”, assemelham-se antes a “anéis” no tronco da Constituição viva. A interpretação *aberta* deve ser vista como gradual consoante o *objecto* da interpretação. A determinação do conteúdo dos diferentes conceitos jurídico-constitucionais é diversa. Isto aplica-se sobretudo às liberdades concretas. A liberdade da ciência e da arte é mais aberta⁷⁹ do que as previstas no art. 6º, al. 1, da Lei Fundamental.

No primeiro plano da vinculação do direito constitucional ao tempo estão a interpretação orientada ao público, à realidade, ao bem comum e às consequências – como modos diferentes de aproximação ao factor tempo: “caminhos temporais”, “público”, “realidade” e “bem comum” chamam sobretudo a atenção para o quadro geral da Constituição da *res publica*⁸⁰, para a sua normatividade e normalidade.

A *interpretação aberta integra* os métodos interpretativos usados até agora. Ela obriga a uma abertura do cânone metodológico. A *continuidade* histórica da Constituição está dependente da sua interpretação aberta. Para a orientação ao público e para a realidade da Constituição, os métodos interpretativos têm sempre de lançar novas pontes. Verificam-se “desenvolvimentos de interpretação”. Interpretação é sempre interpretação no tempo⁸¹. O princípio da Constituição formal e da sua orientação ao público, fundado no art. 79º, al. 1, frase 1, da Lei Fundamental [N.T.: Este preceito diz: “A Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que altere ou complemente expressamente o texto literal da Lei Fundamental.”] só se pode manter por meio da interpretação aberta da Constituição. A “Constituição” aqui entendida em sentido amplo tem de poder “modificar-se” por meio da interpretação⁸², em maior escala como leis que se podem “simplesmente” alterar. No entanto, a problemática jurídico-funcional permite ao legislador mais liberdade do que ao juiz.

A recondução da interpretação ao processo democrático ocorre em todas as formas da força normativa do público; recorde-se o princípio: “*the Supreme*

79 As normas não são arbitrariamente abertas; excluem precisamente *per se* também determinadas possibilidades de desenvolvimento (efeito de selecção).

80 Sobre o assunto, cf., com referências, o meu *Öffentliches Interesse*, 1970. A interpretação da Constituição é praticada de maneiras diversas, consoante o modo como a relação de passado, presente e futuro é pré-entendida, consoante se, e como, o direito é visto na evolução, como *law in public action*.

81 A interpretação é também um pedaço de crítica pública.

82 Esta abertura da Constituição à modificação é consequência do entendimento amplo de Constituição aqui tomado por base. Exprime-se também no reconhecimento do chamado “direito consuetudinário constitucional”, que é, no entanto, a maior parte das vezes um problema de interpretação em relação ao direito escrito.

*Court follows the elections*⁸³. Isso relativiza o primado da interpretação (constitucional) e proporciona legitimação democrática que não pode ser posta em dúvida indirectamente por via da interpretação. Precisamente o legislador democrático é uma parte essencial do público. A interpretação aberta da Constituição e do conceito de liberdade e de ciência dela constitutivo é consequência do pluralismo em geral e dos conceitos de ciência em particular. O entendimento de “interpretação” tem de se fundar na discussão teórico-científica. A interpretação própria da história das ideias revela-se como um estádio de *passagem* necessário para a interpretação “aberta”. Esta faz-se não no espaço vazio e intemporal, mas necessita de elementos da história das ideias, da história dos problemas e da história social, necessita das técnicas de vários meios interpretativos. A interpretação aberta tem conteúdos e limites, tem “materiais”; deles fazem parte aspectos dos métodos interpretativos tradicionais, assim como perspectivas das ciências sociais. No modo como eles são ponderados entre si reside uma prova essencial para a interpretação da Constituição⁸⁴. Já se chamou a atenção para a relação recíproca entre os factos da Constituição e os seus métodos interpretativos. A “interpretação dos métodos interpretativos” está prejudicada pelos princípios constitucionais materiais e formais.

Se a teoria interpretativa se envolve muito mais fortemente no tempo, a mudança não se revela como um fenómeno que vem propriamente “de fora”, mas como consequência da “norma no tempo”: como “interpretação”. “Interpretar” uma norma jurídica significa situá-la no tempo⁸⁵, isto é, na realidade pública – graças à sua eficácia. A indeterminação de normas constitucionais abre-a ao tempo e ao seu público. O processo interpretativo só no tempo é possível e razoável. Não há interpretação “intemporal”. Só por via dos processos de interpretação é que as normas jurídicas chegam à sua realidade pública, eles são as suas correias de transmissão⁸⁶. Por isso, devia-se falar da “realidade da norma

83 Sobre o assunto, Dolzer, *Die staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, p. III e ss., 74 e ss.

84 O que o tempo “traz” para o entendimento da Constituição torna-se objecto dos próprios métodos, “reflecte-se” na escolha dos métodos. O discurso a favor da interpretação aberta não é um voto a favor de uma “interpretação ilimitada”, que Rüthers (*Die unbegrenzte Auslegung*, 2. ed., 1973) descreveu. A interpretação aberta está excluída, face ao entendimento de Constituição aqui traçado. É impedida por meio do controlo mútuo dos métodos, assim como por meio dos conteúdos materiais da Constituição, mas também por intermédio da “função de descongestionamento” exigida à dogmática, e, finalmente, através da separação de funções entre legislação e jurisprudência. O carácter público está objectivamente fundamentado, ele produz comunicação e pressupõe oportunidades de comunicação. A criação de consenso é também uma função da interpretação. As “*Grenzen der Verfassungswandlung*”, de Hesse (publicação em homenagem a Scheuner, 1973, p. 123 e ss. esp. 134), são, vistas assim, limites da *interpretação* da Constituição.

85 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 2. ed., 1965, p. 310: ele (isto é, o intérprete) tem de admitir antes a mudança ocorrida das circunstâncias e tem por isso de definir de novo (!), a função normativa da lei; p. 311: ele procura corresponder à “ideia de direito” da lei ao transmiti-la com o presente. G. Husserl, loc. cit., p. 26, fala da continuação mental da lei, do estabelecimento de uma “relação viva com a actualidade”; ver também p. 60.

86 Tornam-se correspondentemente importantes os procedimentos do tratamento da realidade, em especial o direito processual constitucional. A grande exigência à interpretação constitucional só poderá ser satisfeita por meio de um desenvolvimento correspondentemente amplo e diferenciado do direito processual constitucional.

jurídica”. Deste modo, desenha-se um conceito de normatividade modificado. Ele está de antemão orientado para o futuro aberto, para as suas possibilidades.

Para questões de método, trata-se de harmonizar tempo e Constituição (e, assim, o direito). Os métodos são instrumentos na e para a conciliação de interesses sujeita ao tempo. Interpretar significa proporcionar ao direito constitucional um nível de realização no tempo, dominar situações de conflito e estabelecer consenso⁸⁷.

Em concreto, resulta para o valor posicional dos métodos de interpretação:

- a) a interpretação da Constituição *orientada para a realidade*⁸⁸ é, interpretada na problemática temporal, uma tentativa para fazer “jus” à realidade presente. Mas não se trata da realidade externamente acrescentada mentalmente à norma, não se trata da norma “des-temporalizada” e da realidade dependente do tempo, mas da norma “dentro do tempo”, ou seja, da “realidade da norma”.
- b) a interpretação constitucional *orientada para o público* tem um aspecto temporal correspondente. Ela está assegurada por meio da activação dos princípios da orientação ao público da Constituição entendidos formal e materialmente, especialmente do princípio do Estado de direito, do princípio democrático e do Estado social⁸⁹. O carácter público entendido objectivamente é também codeterminante para a relação dos métodos entre si. Esta relação está, por sua vez, sujeita ao tempo e não se pode, de uma vez por todas, definir de uma ou outra maneira⁹⁰. A interpretação *orientada para o bem comum* conjuga elementos da interpretação orientada para a realidade, da interpretação⁹¹ orientada para o público e da orientada para as consequências⁹²: especialmente quando se fazem entrar

87 O racionalismo crítico aguça a consciência para a tarefa contínua de institucionalizar a possibilidade de alternativas, ao deixar abertos os resultados da susceptibilidade de revisão por outros, melhores. Isto sucede também por meio da escolha flexível de métodos. O intérprete tem de responder ao seu tempo, às suas condições modificadas, às suas avaliações, interesses, informações e conhecimentos, e fazer isto na forma em que o período anterior “se pôs de acordo” na forma da norma jurídica. Ela tem uma espécie de função catalizadora, além disso, ganhos e perdas de atritos. A interpretação é – pensada na dimensão do tempo – menos interpretação de alguma coisa previamente fixada do que ela própria um dar. O texto normativo aparece “em relação com o tempo” muitas vezes mais do que “ocasião”, como ensejo de e para a interpretação. A imagem da “fonte” que está na base do conceito de “teoria das fontes do direito” é por isso problemática.

88 Acerca do recurso às circunstâncias da “realidade”: Hesse, *Grundzüge*, p. 19, com uma referência à “mudança permanente, mais ou menos considerável, da Constituição” daí resultante. Ver também a minha resenha in *DÖV*, 1966, p. 660 e ss.

89 Sobre o assunto, Häberle in: *ZfP* 16, 1969, p. 273 e ss.; id.: *Öffentliches Interesse*, esp. p. 708 e ss.

90 Sobre o assunto, A. Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie*, p. 81 (97 e ss.).

91 Sobre o assunto, Häberle, in: *AöR* 95, 1970, p. 85 e ss., 260 e ss. e *Öffentliches Interesse*, passim; H. Klein, *Bundesverfassungsgericht und Staatsräson*, 1968 (além disso, o meu comentário in: *DÖV* 1969, p. 150 e ss.; Knöpfle, in: *DVBl*, 1969, p. 442 e ss.); Wittig, in: *Der Staat* 8, 1969, p. 137 e ss. (148).

92 A “função criadora” do intérprete é uma perífrase da sua função de tratar o tempo, de também tomar decisões políticas. Especialmente a interpretação orientada para os efeitos trabalha com vista ao tempo: ela está de

mais fortemente no processo interpretativo os interesses “susceptíveis de, ou necessitados de, generalização”.

- c) o método interpretativo histórico vê o entendimento constitucional “republicano” proporcionar-lhe uma legitimação nova e limitada. Apesar de toda a orientação para o futuro da Constituição e da sua dogmática, não se devia ignorar que uma função cultural das instituições constitucionais reside na transmissão de experiências⁹³. A teoria da Constituição é nesta medida um pedaço de *empirismo antropológico*.

Deste modo, o conceito de “transformação” adquire uma posição-chave. Ele é hoje muito utilizado: em relação ao pensamento liberal, à democracia, à orientação ao público e aos direitos fundamentais. A “transposição” de ideias constitucionais para o futuro é mais frequente que a sua aprovação. Pense-se na evolução do Estado de direito civil para o social, dos direitos fundamentais para “direitos fundamentais sociais”, do conceito de lei, de separação de poderes em sentido estrito para o sentido lato (não estadual), do princípio da orientação ao público.

Uma Constituição concreta como a Lei Fundamental tem “a sua” história constitucional⁹⁴ (por exemplo, pela interpretação constitucional modificada e pelas revisões constitucionais). A actual interpretação da Constituição pode, por isso, tornar-se inesperadamente uma interpretação histórica. A resolução teórico-constitucional de um problema (no quadro de uma determinada Constituição) nunca pode ser “definitiva”: a prática da Constituição como “*law in (public) action*”⁹⁵ exclui esta possibilidade. A Constituição ou a história dos dogmas que a “suporta” nunca é “apenas” história: a Constituição situa-se demasiado no *continuum* da sua evolução e da evolução geral, dos processos de *trial and error*. A – se se quiser – dialéctica entre Constituição actual e vivida e Constituição “ultrapassada”, *entre* presente e passado, tem de envolver a dogmática constitucional no modo de tratamento dos problemas. Isto significa a legitimação de um método interpretativo histórico entendido como “radical”. Com esta indicação, a “história” pode converter-se em presente. A interpretação *genética* tem de ser transformada em interpretação *ontogénica*: um *momento* no tempo passa a ser um *processo* no tempo. Isto também porque o legislador (constitucional) sofre de um défice de informação. Ele não está muitas vezes preparado para novos desenvolvimentos.

diversas maneiras relacionada com os outros métodos de interpretação, por exemplo, com o que se orienta para o público em geral (acerca dos seus limites: o meu artigo in: Würtenberger, loc. cit. p. 59 e ss.). Consideram-se as reacções possíveis do e no público a uma determinada interpretação. Orientação para os efeitos é especialmente orientação para o futuro.

93 Neste aspecto, o futuro do Estado constitucional reside em parte no seu passado.

94 Por via das instituições constitucionais, chega-se a um *intercâmbio* inter-subjectivo de experiências entre as gerações. Manter neste aspecto “provisórias” a(s) norma(s) da Constituição é necessidade e virtude de uma teoria constitucional que se submete à prova do “racionalismo crítico”.

95 Sobre o assunto e apoiando-se em Esser, cf. o meu artigo in: *AöR* 95, 1970, p. 86, 260 e ss. (291).

Com este entendimento de interpretação “subjectiva”, esta aproxima-se muito mais do que muitas vezes se admite da chamada interpretação objectiva⁹⁶. Projectada no eixo do tempo, a interpretação genética torna-se interpretação ontogénica, sendo assim progressivamente objectivada. É que também a chamada interpretação objectiva carece de ligação ao passado. Considerada *ex post*, a interpretação objectiva tem, em um determinado momento, um efeito subjectivo, na medida em que os intérpretes tiverem entrado com as “suas” ideias histórico-contemporâneas na interpretação. As gerações seguintes esforçam-se novamente por alcançar objectivação, que mais tarde se revela, por sua vez, como subjectiva etc. *Por outras palavras: o dualismo interpretação subjectiva/objectiva é apenas limitadamente probatório. Relativiza-se no tempo*⁹⁷.

É certo que a “reconstrução” do processo de criação de normas é uma tarefa importante no futuro processo de interpretação⁹⁸, mas este não se reduz a isso. A interpretação histórica adquire uma nova perspectiva, ao efectuar-se uma “transformação” mental das condições genéticas para o presente e para o futuro. Assim, por exemplo a alteração ou a supressão das circunstâncias genéticas pode ser *hic et nunc* um argumento a favor de uma interpretação modificada face ao momento de criação da norma. A história proporciona neste caso mutabilidade. A interpretação “a partir da história” torna-se em veículo, em *consequência*, não – como se admite a maior parte das vezes – em obstáculo a uma interpretação modificada a partir do presente para o futuro. A relativização aparente do *resultado* da interpretação histórica torna-se um reforço dos factores históricos no presente e no futuro – mesmo que o actual resultado interpretativo esteja transformado: nesta medida, a interpretação histórica tem de *transformar*, “*transpor*” e não *veicular por transmissão*⁹⁹. Deste modo, torna-se visível o horizonte do futuro, ou seja, a categoria do “pós-entendimento”¹⁰⁰.

96 Com uma posição crítica em relação a uma alternativa da interpretação subjectiva e objectiva: A. Kaufmann, loc. cit., p. 98 e ss. Importante é já a *libre recherche scientifique*, de Gény; além disso: *Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789*, 1967, p. 56 e ss.

97 Isto aplica-se já no presente. As interpretações “objectivas” dos vários intérpretes são até já rejeitadas como “subjectivas” por intérpretes concorrentes contemporâneos. Torna-se importante a questão de saber como é que a “interpretação” trata a tradição, sobretudo em relação com a “razão”. Na medida em que o pré-entendimento, e nele a tradição, controla a interpretação, a tradição deve ser aferida pela razão e não a razão pela tradição. É certo que a razão não vive para além ou para aquém das tradições, mas seguramente que não vive simplesmente da tradição. Em uma determinada altura, pode ser precisamente tarefa do juiz criar consenso *contra* a tradição. Um exemplo negativo de uma interpretação puramente histórica erigida em “valor em si” directamente da Constituição é trazido pelo acórdão do Tribunal Constitucional Federal de 23 de outubro de 1973 (*NJW*, 1974, p. 311), no qual a limitação da “universalidade” das eleições (domiciliação na circunscrição eleitoral), verificada no § 12, al. 1, nº 2 do BWG, é entendida como “limitação tradicional” e “em conformidade” declarada constitucional. Mas as argumentações do tipo “desde sempre” devem ser objectivamente sempre controladas de novo com base na Constituição pública.

98 Também na democracia, porque determinadas ponderações de interesses foram feitas pelo parlamento assim e não de outra maneira.

99 Quando Esser (*Festschrift für F. von Hippel*, 1967, p. 95 e ss. (117)) fala de “trabalho de renovação” da lei, isso também é ainda demasiado pensado a partir do que primeiro existe. Trata-se menos de “renovação” do que de “continuação da pintura”. (Ver agora as reservas de Esser em relação aos conceitos de “concretização”, pré-entendimento e escolha dos métodos, p. 75 e ss.)

100 Acerca da orientação para o futuro por parte da dogmática, Häberle, in: *VVDStRL* 30, 1972, p. 43 (69 e ss.); Brohm, *ibid.*, p. 245 (251). Cf., também, Luhmann, *Rechtssoziologie*, v. 2, 1972, p. 343: “O que vai

4 O PÓS-ENTENDIMENTO COMO PRÉ-ENTENDIMENTO DO FUTURO

Uma tentativa de “fixar” o tempo no processo interpretativo é feita com o conceito de “pós-entendimento”: é o pré-entendimento do futuro, por outras palavras, é a síntese de todos os factores sujeitos ao tempo, com base nos quais uma norma é “ulteriormente” entendida. O que o tempo e a evolução, em particular o que a experiência, a mudança da ideia de si mesmo, os processos de socialização e a força normativa da orientação ao público “fornecem mais tarde” ao intérprete da norma faz parte do pós-entendimento¹⁰¹. O pós-entendimento não é, para a norma – interpretada –, menos constitutivo do que o pré-entendimento. A norma jurídica actua sobre o pós-entendimento como “direito nascente” (tornado realidade). Este pós-entendimento tem de ser racionalmente identificado no processo interpretativo público. A “nova” escolha metódica encontra-se também condicionada pelo pós-entendimento. O “velho” pré-entendimento é um elemento na formação do “novo” pré-entendimento, mas não mais que isso.

O pré-entendimento evoluiu; continua pelo futuro dentro a transformar-se em pós-entendimento¹⁰², sobretudo graças a consequências agora conhecidas. Tem de se analisar mais finamente do que até agora os processos da evolução, das transições, mas também as rupturas entre pré e pós-entendimento. “Pré-entendimento e escolha de métodos” fornecem hoje o respectivo conteúdo da norma, com o decorrer do tempo transformam-se, mais precisamente: conduzem ao pós-entendimento; este é por seu lado identificado como historicamente condicionado; evolui mesmo – influenciado pelos métodos interpretativos, que não ficam simplesmente parados em um tempo anterior¹⁰³. Este processo passa em parte pelos métodos interpretativos, pelos processos de socialização e pelos seus resultados e conduz assim ao pós-entendimento, isto é, ao entendimento da norma no seu ulterior processo evolutivo. É que não há normas jurídicas, apenas há normas jurídicas *interpretadas*. Além disso, saber se uma interpretação se mantém ou se se deve manter igual a si mesma no tempo, esse é o problema e o resultado da interpretação!¹⁰⁴. Graças à inclusão do pós-entendimento, o

acontecer no futuro torna-se a preocupação central do direito”; p. 347: “Ele (i.é, o presente) tem de produzir normas que continuem a ser indeterminadas ou, se determinadas, têm de ser entendidas futuramente como susceptíveis de outra interpretação”.

101 Extractos da jurisprudência sobre o “interesse público” em Häberle, *Öffentliches Interesse*, p. 286, 313 e ss., 418 e ss., 571 e ss., por exemplo sob o lema “força normativa do público”.

102 Cf. sobre o assunto, e na perspectiva de uma sociologia da decisão: Lautmann in: *Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, v. I, 1970, p. 381 e ss., que fala de uma “fase dos sentimentos *a posteriori*” e de um “processo de *post-decision*” (p. 413).

103 O pré-entendimento não é de modo nenhum exclusivamente o factor determinante para a escolha dos métodos. Os métodos repercutem-se sobre o pré-entendimento: eles exercitam-no e o formam ao longo do tempo, tanto por meio dos resultados que cada um produz, como também por meio da sua combinação. A lei “acontece” não só na interpretação (Ecker, in: *JZ* 1969, p. 477 e ss.), neste aspecto também sempre aconteceu.

104 Não há uma interpretação que “em si” seja correcta ou errada, há apenas uma interpretação admissível no respectivo momento.

processo interpretativo é conscientemente realimentado pelas experiências já feitas, os processos de aprendizagem tornam-se manifestos.

A fórmula referida contém ao mesmo tempo um reforço e uma relativização do pré-entendimento. Este deve ser mais fortemente visto a partir dos métodos escolhidos, precisamente no processo histórico. O “pós-entendimento” visa corrigir a fixação unilateral da norma interpretada àquilo que está temporal e objectivamente *antes* dele, o pré-entendimento. Este encontra no pós-entendimento a sua correspondência dialéctica. Deste modo, fica “suprimido” o predomínio pelo menos aparente do pré-entendimento. A dimensão temporal é tornada muito mais visível no problema interpretativo: o entendimento da norma fica aberto para ambos os lados e ao mesmo tempo “dirigido”¹⁰⁵. O pré-entendimento é a “alavanca” em que começa o tempo (por exemplo, processos de aprendizagem) no sentido do pós-entendimento. Em um sentido lato, todas as leis – interpretadas – são “leis temporárias”¹⁰⁶ – não apenas as de duração limitada no tempo.

Até agora falta uma teoria da prática sobre o pré-entendimento, que seja suficientemente *prospectiva*, uma orientação para o futuro que se tem de repercutir sobre todos os chamados métodos interpretativos clássicos e os que se hão de desenvolver de novo, assim como sobre a interpretação explicitamente orientada para o público e para os efeitos. O pós-entendimento é a tentativa de uma tal orientação para o futuro. Ele pode ter uma qualidade completamente diferente do pré-entendimento. Mas no eixo temporal é “apenas” a sua continuação¹⁰⁷. O pós-entendimento é o pré-entendimento no momento da decisão “posterior”¹⁰⁸.

Os diversos processos da interpretação constitucional desenvolvem-se “entre” o pré e o pós-entendimento. Eles são o aperfeiçoamento da Constitui-

105 O conceito de pré-entendimento deve ser libertado do seu emprego de orientação judicial: também os parlamentares e os funcionários da administração trabalham com pré-entendimentos. A questão é a de saber como é que estes pré-entendimentos se podem aproximar uns dos outros, sem que as funções (por sua vez pré-entendidas) de legislação, administração e de jurisprudência se identifiquem umas com as outras.

106 O tempo, em termos de direito, é um poder *condutor* que mal se pode sobrestimar. O direito é, na ostentação da força normativa, um poder enorme por meio do tempo, um poder sobre o futuro. Já as simples “leis de aplicação temporária” mostram isso, e, por maioria de razão, as leis que não se fazem à partida acompanhar de vigência limitada. Quem cria o direito e o interpreta dispõe do tempo e, deste modo, daqueles que estão vinculados ao direito. Mas com a ajuda do direito, transmite-se e se transforma também um pedaço do (espírito do) tempo.

107 O “eixo do tempo” é de uma relevância eminentemente objectiva. É que o tempo, isto é, os factores que (só) nele podem actuar, proporcionam os problemas que o intérprete tem de dominar, na função que lhe é respectivamente própria, por exemplo como juiz, mas também como legislador.

108 A vitalidade de uma Constituição confirma-se no tratamento “silencioso” mas fundamental do tempo. Os processos vivificantes da Constituição dão-se também “a partir de baixo”, por exemplo quando o legislador é o precursor das chamadas mudanças da Constituição. Sobre o assunto, Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 2. ed., 1972, p. 213 e ss. Estas vivificações só a mais longo prazo se podem tornar efectivas. Entendidas e permitidas pontualmente, elas seriam revisões (inadmissíveis) da Constituição por meio da lei; vistas no horizonte temporal, elas provocam mudança: uma prova da *relativização*, que ocorre na dimensão temporal, da diferença entre revisão constitucional e “mudança” ou interpretação “da Constituição”.

ção; podem ser a sua modificação (não formalizada) para a preservar¹⁰⁹. Os processos da interpretação revelam-se como lei vital das constituições democráticas; investigar os seus métodos, factores, funções e limites torna-se na tarefa de uma teoria da Constituição “adequada ao tempo”¹¹⁰.

A ciência do direito constitucional, que desenvolve trabalho interdisciplinar, tem de racionalizar e de estruturar mais fortemente o pré (e o pós) entendimento com vista aos elementos nele contidos, que são temporalmente abertos ou sujeitos ao tempo, e também o pré-entendimento, que tem de ser entendido de maneira muito “mais relativa” do ponto de vista temporal e objectivo do que na discussão hermenêutica. Este pré-entendimento não é de modo algum estático, nele se verificando também processos de controlo e processos de desenvolvimento.

Elementos importantes deste pré-entendimento são as chamadas verdades jurídicas¹¹¹, referências ao futuro, outros *topoi*, a questão da justiça, princípios constitucionais, conceitos susceptíveis de gerar consenso. O contributo das ciências sociais teria de se apoiar nos processos de socialização do juiz¹¹² (na sua “posição de classe”). A formação dos juristas também faz parte disto, tal como a ideia que o juiz tem de si, a maneira como ele pensa acerca das funções da jurisprudência, a pressão temporal sob a qual irá decidir, quão a sério toma a obrigação de fundamentar, quem imagina como parceiro de consenso. Também o horizonte consensual por ele pressuposto e ao mesmo tempo por ele influenciado se transforma no horizonte do tempo. Torna-se relevante o modo como o juiz considera possível o consenso em uma comunidade pluralista.

O conceito de pré-entendimento não é, porém, suficiente, pois que muitas condições prévias da interpretação jurídica não se podem incluir de antemão no conceito de “entendimento”. Essas condições prévias codeterminam a interpretação da norma – por exemplo, como direito processual – sem que sejam uma questão do pré-entendimento (subjectivo). A “envolvente” a partir da qual a norma é interpretada transforma-se, por sua vez, no decurso do tempo “de uma maneira objectiva”. No seu conjunto, o pré-entendimento, tal como o pós-entendimento, é parte integrante da realidade – pública – da norma¹¹³: o que é que, em última instância, determina a relação entre pré e pós-entendi-

109 “Direitos fundamentais sociais” são tanto resultado de novos processos e tarefas de interpretação como “leis de prestação” (sobre o assunto, vide o meu artigo in: *Festschrift für Küchenhoff*, 1972, p. 453 e ss.), participação e exigências do Estado social.

110 Ver o programa – realizado – de K. Hesse, *Grundzüge*, Prefácio, p. VII: “*Zeitgemäßes Vertsändnis des Ganzen der Verfassung*”.

111 Sobre o assunto, esp. F. von Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, 1964.

112 Referências em Hesser, *Vorverständnis*, p. 141. Depende da formação dos juristas, em última análise das salas de aula, saber que teoria constitucional nos podemos permitir.

113 Tem uma função de descongestionamento, que alivia o trabalho diário de decisão e é, neste aspecto, indispensável.

mento¹¹⁴, a relação variável dos métodos interpretativos entre si, o que faz surgir novos entendimentos? É a “orientação ao público e a realidade da Constituição da *res publica*”. A interpretação tem sobretudo de se entender com ela. A realidade pública “traz” os problemas, dela surgem impulsos. A orientação ao público e a realidade da *res publica* dotada de uma Constituição entram em parte nos espaços vazios que são designados (que têm de ser designados) por meio de conceitos como “consenso de todos os que pensam de maneira sensata e justa”, princípios éticos do direito, princípios constitucionais etc., mas sem poder ou dever “preencher-los” totalmente.

5 A ADOÇÃO DO CONCEITO AUTÓNOMO “MUDANÇA CONSTITUCIONAL”

Seria natural ver na “mudança constitucional” o conceito central de um entendimento constitucional adequado à actualidade e ao futuro. No fim de contas, Smend opô-lo com grande êxito à reflexão estático-positivista¹¹⁵. O conceito de mudança constitucional oculta hoje, no entanto, um entendimento interpretativo adequado à matéria e desse modo também ao tempo. É que uma vez ele sugeriu a possibilidade de que se poderia satisfazer o problema temporal no direito constitucional com um instituto *unitário* – na realidade tudo depende das diferenciações¹¹⁶ –, por outro lado, a “mudança constitucional” impede o acesso ao entendimento de que os *próprios* métodos interpretativos, isto é, a norma jurídica, transportam em *si* o factor tempo. As interpretações orientadas para a actualidade ou para o futuro não só não carecem do desvio pela “mudança constitucional”, proíbem-no mesmo. Interpretação constitucional ou alteração constitucional ou violação da Constituição – *tertium non datur!* A mudança da Constituição foi, do ponto de vista da história dos dogmas, um *necessário estádio transitório* para a superação do factor tempo no direito constitucional no percurso do positivismo para o entendimento constitucional aberto, nem mais nem menos. Hoje, a mudança constitucional dissimula a liberdade do intérprete. Não se trata da adaptação externa “do” conteúdo normativo às condições sociais transformadas, mas trata-se da orientação interna norma – *res publica* sobre interpretação. Por outras palavras, o problema da mudança da Constituição revela-se exclusivamente como um problema *de interpretação*. Não há mudança da Constituição – ou, dito de outra maneira: a mudança da Constituição

114 Decisões prévias meta-jurídicas, para as quais há “portas de incursão” como “bons costumes”, “espírito objectivo”, “moral jurídica”, “bem comum”, são muitas vezes qualificadas como tais. Mas é muito a questão de saber se se pode falar de “meta”, “pré”, etc. Pois que dessa maneira surge a impressão de que aquilo que está antes do direito não faz no fundo parte dele. Na realidade, o direito é propenso a tais “meta”. Sem eles não pode passar. Também não são não jurídicos ou pré-jurídicos, em todo o caso não o são na perspectiva de uma maneira de pensar jurídica que deixa o positivismo atrás de si. Isto é: o pré-entendimento é muito mais imanente à norma do que o que o conceito permite supor.

115 Agora in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. ed., 1968, p. 119 (241 e ss.)

116 Ver também Fiedler, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972, p. 106.

reduz-se à metodologia “republicana” e ao seu objecto material, à realidade e ao carácter público da Constituição¹¹⁷.

A interpretação constitucional (aberta) não conhece, em conformidade com a sua peculiaridade, um instituto especial “mudança da Constituição”. Para ela, *não há quaisquer factos prévios, a não ser o texto constitucional*. Como este é, na maior parte das vezes, indeterminado e vive da interpretação, também *ele não pode propriamente “mudar”*. A mudança da Constituição não tem, portanto, de modo algum, o objecto determinado e fixado que abstractamente pressuporia. Também a expressão de Radbruch acerca da interpretação entendida como “levar a norma até às últimas consequências” é discutível. Na área da interpretação constitucional, não há um ponto de referência face ao qual se pudesse, neste sentido, falar de “princípio” ou “fim”.

Os factores da mudança e da confirmação têm de ser explorados em uma abordagem científica das realidades concretas. Recorde-se o dito muito citado “quem quer conservar tem de transformar”¹¹⁸. A este respeito, podemos estabelecer uma ligação com as observações sobre “transformação” do método interpretativo histórico¹¹⁹.

6 EM PARTICULAR: O EFEITO PRÉVIO DAS LEIS

O problema do efeito prévio das leis é, sobretudo, um problema da relação entre legalidade e legitimidade. O princípio da legalidade proíbe que, antes de ser formalmente posta em vigor, se aplique uma – nova – lei ou se deixe por aplicar a antiga lei contrária. Mas há efeitos prévios em vista de desenvolvimentos legislativos e de planeamentos no público em geral. A legitimidade da lei em vigor reduz-se – pense-se no § 218 do Código Penal alemão –, a nova lei “futura” tem já agora um efeito normativo no público – tais efeitos prévios podem-se observar especialmente em relação a planeamentos¹²⁰. Em vista de

117 A aprovação da “mudança da Constituição” é consequência de um entendimento da Constituição e da interpretação adequados ao futuro. Quem fala de “futuro do Estado constitucional” tem de esclarecer, como questão preliminar, que o futuro já começou sempre na forma de interpretação. Hesse (*Festschrift für Scheuner*, 1973, p. 123 e ss.), embora mantendo o instituto da mudança da Constituição, fala, no entanto, da tarefa de compreender a alteração do conteúdo da norma “dentro” da norma constitucional (p. 137).

118 Sobre o assunto, a discussão do Círculo de Colóquios de Bergedorf, *Die “neue Mitte”: Schlagwort oder Strukturwandel?*, 1973, Protokoll nº 44, p. 16 (nº 11 e ss.)

119 Seria errada a hipótese de que a inclusão do factor tempo e a mudança seriam a mesma coisa. É que o tempo pode actuar perfeitamente no sentido de uma preservação. A preservação de conquistas próprias do Estado constitucional, mesmo contra o tempo, pode ser uma tarefa enorme, hoje igualmente necessária. Manter o equilíbrio entre esta preservação ou transformação é a tarefa – paralelos com o liberalismo político são evidentes. A Constituição da *res publica*, por um lado, sociedade, necessidades sociais, “política” etc., por outro, não podem ser confrontadas umas com as outras em categorias temporais ou historicidade. É que a realidade social está de antemão *constitucionalmente marcada*, a Constituição da *res publica* estrutura também a chamada sociedade. O direito constitucional tem de antemão um efeito condutor, por mais que seja parte da realidade, o seu resumo ou *também* o seu produto. A *res publica* dotada de Constituição proíbe tais confrontações.

120 Sobre o assunto, Häberle, *Öff. Interesse*, p. 396, nota 148; p. 486 e ss. Ver também o meu epílogo in: *VVDStRL* 30, 1972, p. 187; Klöpfer, in: *DÖV*, 1973, p. 657 e ss. O efeito prévio torna-se actual especialmente

leis “suspensivas” e de projectos semelhantes, já não aplicar normas vigentes até agora ou interpretá-las de outra maneira significa praticamente antecipar o futuro da lei posterior, concedendo-lhe já agora força normativa, expressão de uma abertura específica do sistema jurídico, da sua unidade, da força normativa da realidade e da orientação ao público. Partindo do conceito tradicional de normatividade, objectar-se-á que o rigor do direito vigente é “diluído”. Uma vez em vigor a nova lei, então o mesmo processo afigura-se, na perspectiva *ex post*, como possibilidade realizada, como “retroactividade antecipada” das leis. Aqui reside a ligação objectiva do efeito prévio e do efeito retroactivo. O efeito prévio, especialmente das leis, explica-se sobretudo a partir da necessidade de o juiz, em questões de interpretação aberta, procurar material de concretização. O que há de vir ajuda-o a este respeito, uma vez que, de acordo com o actual sentido de tempo, possui legitimidade especial. Ninguém gosta de ser “ultrapassado”: o juiz não gosta de o ser pelo legislador, mas tem de preservar os seus limites jurídico-funcionais¹²¹.

O reconhecimento de um efeito prévio a diferenciar segundo campos de matérias é expressão de uma interpretação mais flexível; ela produz a relativização, suscitada por uma “nova” realidade pública, do acto formal de orientação ao público da promulgação da lei e em parte também de determinadas fases do procedimento parlamentar¹²².

Em suma¹²³: a aprovação diferenciadora¹²⁴ do efeito prévio das leis é consequência do entendimento interpretativo, aqui tomado por base, sobre o pano de fundo da realidade da orientação ao público da *res publica* na teoria da

nos chamados conceitos jurídicos e discricionários indeterminados ou nas suas combinações. No direito tributário, o § 131 do Código Tributário poderá ser sensível face aos efeitos prévios indicados do ponto de vista legislativo. Segundo a *DPA* (cf. imprensa de Hesse superior de 12 de março de 1974), o Ministério Federal das Finanças deu instruções às secções de finanças para, na compensação anual do imposto profissional, calcular o novo limite superior de tal maneira “como se a lei já estivesse em vigor”. Sintomaticamente, a lei federal, aprovada no final de março de 1974, confere-se a si própria efeito retroactivo. Sanciona, neste aspecto, o efeito prévio. Ver também o efeito prévio actualmente praticado do § 47 Entw. *HRG*.

- 121 Os limites do efeito prévio resultam da segurança jurídica. Trata-se de uma organização racional das formas e dos graus do efeito prévio. Com estas restrições, o efeito prévio da jurisprudência e da administração proporciona uma ligação “indirecta” ao processo democrático.
- 122 Problemático é o efeito prévio de projectos de lei que (depois afinal) fracassaram.
- 123 Deve-se conceder um valor posicional teórico-constitucional ao efeito prévio das leis etc. Este efeito prévio pode, no entanto, abranger apenas uma área limitada do desenvolvimento judicial do direito. Deve-se analisar diferenciadamente que forma a realidade pública “já” teve de assumir para poder “ter um efeito prévio”: as várias fases do processo legislativo parlamentar, desde a proposta ministerial, por exemplo, até à primeira ou terceira versão (“efeito prévio diferenciado por fases”). O direito parlamentar aguarda também aqui a familiarização com a teoria constitucional e com a interpretação especificamente jurídico-constitucional. (Por exemplo, o § 74a *GeschOBT* – comissão de inquérito – é direito constitucional material. Ao contrário, o seu decurso temporal produz um efeito diferente para a interpretação constitucional. De modo nenhum o “poder privado” sobre o efeito prévio pode ser directo ou indirectamente legitimado.
- 124 Diferenciadora, por exemplo, na medida em que no direito *penal* nenhum efeito prévio pode ir em prejuízo do cidadão (arg. com base no art. 103º, al. 2, da Lei Fundam.); o mesmo deverá aplicar-se no direito fiscal. Nos Estados Unidos houve um efeito prévio da proibição da pena de morte (por exemplo, nenhuma execução até à decisão do *Supreme Court*). Ver também tribunal de primeira instância de Hannover, que rejeita um pedido de arquivamento (§ 218, *StGB*), com o fundamento de que não se pode ainda prever em que forma as correspondentes disposições penais seriam modificadas, *FR* de 12 de fevereiro de 1974, p. 16.

democracia dotada de Constituição. A integração do efeito prévio na teoria da democracia ainda está por se verificar. A legitimação democrática do juiz marca o fundamento e o limite do efeito prévio diferenciado.

7 CLÁUSULAS EMPÍRICAS, EXPERIMENTAIS E DE REFORMA COMO FORMAS INSTITUCIONALIZADAS

As cláusulas empíricas e experimentais (e de reforma) fixadas nas leis¹²⁵ visam possibilitar desvios da actual situação legal, para recolher experiências que se poderiam tornar objecto de nova legislação e de nova orientação ao público – nesta medida existem linhas abstractas de ligação ao efeito prévio das leis.

Como precursoras da legislação de reforma, por exemplo na área da educação¹²⁶, tais cláusulas parecem razoáveis. Na medida em que ainda faltam instrumentos prognósticos, são necessárias cláusulas empíricas e experimentais. No entanto, elas contêm uma limitação parcial da pretensão de aplicação da lei que agora se encontra em vigor – assim como no caso do efeito prévio das leis. Só que, diferentemente da lei com efeito prévio material, elas estão cobertas pelo “acto formal” de uma cláusula legislativa.

Na apreciação da sua admissibilidade jurídico-constitucional, colocam-se importantes problemas interpretativos; eles só se podem resolver por via de um entendimento interpretativo aberto e “adequado ao tempo” e de um conceito de normatividade orientado pelas possibilidades. É certo que a lei pode criar áreas parciais nas quais regula uma dispensa de si mesma¹²⁷. Mas como há de poder dispensar de princípios constitucionais, por exemplo de direitos fundamentais como os previstos no art. 5º, al. 3, da Lei Fundamental na área universitária em questões de cogestão?¹²⁸

A questão consiste em saber se as cláusulas experimentais e empíricas também podem dispensar de normas constitucionais – sob o ponto de vista de

125 Cf. a minha referência in: *DÖV*, 1972, p. 729 (736, nota 60) com exemplos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

126 Exemplos: § 5b *DRiG*, na versão de 19 de abril de 1972 (*BGBI.* I, p. 714). Uma forma especial encontra-se no § 3, al. 2, do *BWahIG*. O mesmo é válido para o art. 7º, al. 4, da Lei Fundamental, interpretado no sentido da obrigação do Estado de financiamento das escolas privadas (*BVerwGE* 27, 360 e Häberle, in: *VVDStRL* 30 [1972], p. 43 [77 e ss.], na medida em que, com isso, deveriam ser experimentados modelos e recolhidas experiências para o sector escolar do Estado. A ideia de experimentação está igualmente na base do “federalismo cultural”. O mesmo se aplica nos casos em que, a par de instituições públicas, são admitidas pessoas privadas para o desempenho de funções públicas. Ver também as experiências no quadro da ZPO (modelo de Stuttgart). No sector da autonomia administrativa, as áreas para experiências são especialmente actuais (arrendamento imobiliário municipal, cinemas). Ver ainda nota 69.

127 A cláusula experimental tem de se justificar face ao art. 3º da Lei Fundamental: tratamento desigual temporário por razões experimentais como fundamento de discriminação material.

128 Especialmente após o acórdão sobre o ensino superior do Tribunal Constitucional Federal, *E* 35, 79; ver, ainda, Oppermann in: *JZ*, 1973, p. 433 e ss.; Schlink in: *DÖV*, 1973, p. 541 e ss. Tais cláusulas só têm sentido se o Tribunal Constitucional Federal se esforçar no seu controlo do *self-restraint* e deixar “andar” o processo experimental – com limite no tempo. O legislador democrático tem neste aspecto a “prioridade” do ponto de vista jurídico-funcional.

que são “leis preparatórias” das revisões constitucionais. Afigura-se absolutamente razoável não realizar “ao acaso” revisões constitucionais, mas ensaiá-las primeiro “experimentalmente” em um domínio limitado. Tais “leis intercalares experimentais” relativas a ulteriores revisões constitucionais devem ser apreciadas na base da perspectiva empírico-científica aqui defendida dos problemas constitucionais e da tese do comando político-constitucional para revisões constitucionais. Tratar-se-ia de uma espécie de “infracção constitucional”: o art. 79º, al. 2, da Lei Fundamental teria efeito prévio.

Um contra-argumento contra a sua admissibilidade seria a referência a uma iminente “dissolução” da Constituição. A questão é saber se, por exemplo, na área dos direitos fundamentais, se pode operar com o consenso dos participantes ou interessados, por exemplo dos professores universitários. Estarão eles autorizados, poderão eles, prescindir dos seus direitos, decorrentes do art. 5º, al. 3, da Lei Fundamental¹²⁹, para ensaiar modelos universitários, uma vez que estes direitos têm também um lado jurídico-objectivo? Uma ordem constitucional livre poderá neste caso, para não dizer terá de, conceder uma importância especial à espontaneidade.

Um entendimento constitucional “aberto”, que crie afrouxamentos já no processo interpretativo imediato e não apenas depois em revisões constitucionais previstas no art. 79º, al. 2, da Lei Fundamental, poderá ser mais generoso na decisão das questões levantadas – desde que se trabalhe diferenciadamente. Mas permanecem as normas determinantes de identidade previstas no art. 79º, al. 3, da Lei Fundamental; elas estabelecem o tipo do Estado constitucional alemão como democracia social e de Estado de direito. Delas não há dispensa interpretativa, por mais que a interpretação possa também ter a longo prazo efeitos sobre a área principal no sentido do art. 79º, al. 3, da Lei Fundamental.

Tal como por via do disposto no art. 79º, al. 2, da Lei Fundamental, só se pode chegar a revisões constitucionais “imanescentes à Constituição”, isto é, a revisões que se mantenham dentro do tipo constitucional da Lei Fundamental alemã¹³⁰, assim também só pode haver cláusulas de reforma, ou seja, cláusulas empíricas e experimentais imanescentes à Constituição. Mas as reformas imanescentes à Constituição não estão em contradição com a essência da Constituição: são a sua *consequência*, expressão da Constituição como entidade viva, tornada possível pelo entendimento constitucional aberto. As “reformas imanescentes à Constituição” podem tomar o caminho da revisão constitucional formalizada

129 Pertinente é neste caso o parágrafo final do voto da minoria do Tribunal Constitucional Federal, E 35, 148 (170) (= DÖV, 1973, p. 574). Importante é o acórdão BVerfGE 34, 165 (199) sobre reformas escolares controversas, que, em um Estado livre, devem “ser levadas por diante” com a “participação tanto quanto possível voluntária dos interessados”.

130 Em uma perspectiva crítica sobre a modificação “imanecente ao sistema” também de normas constitucionais elementares no sentido do acórdão BVerfGE 30, 1 (LS. 5 e p. 24 e ss.), v. o meu artigo in: JZ, 1971, p. 145 (150). As “modificações imanescentes ao sistema” têm de ser cuidadosamente analisadas no sentido de saber se não são na verdade modificações à custa do sistema.

ou o caminho da interpretação constitucional causadora de uma chamada “mudança constitucional”. O que aqui e agora se afigura possível apenas por via da revisão constitucional formal já foi muitas vezes, a longo prazo, conseguido por meio de interpretação¹³¹. Revisão constitucional e “mudança constitucional” afiguram-se por isso menos como institutos qualitativamente distintos e distinguíveis um do outro do que diferentes no decurso do tempo. Por outras palavras, revisões ou mudanças constitucionais (devido à interpretação constitucional) carecem, vistas as coisas *ex post*, talvez a maior parte das vezes, de revisão constitucional, mas nem toda a revisão constitucional é possível por meio de interpretação modificada (por causa do limite textual¹³², que, no entanto, é difícil de estabelecer). Resta a pergunta crucial: quando é que a Constituição tem de ser “revista” e quando é que ela pode (e por quem?) ser desenvolvida por meio de interpretação? Também o texto normativo¹³³ está no público em geral. O que a este parece susceptível de consenso influencia a fronteira, neste aspecto aberta, dos seus programas finalísticos. Considerações teórico-linguísticas confirmam a força normativa do público: a fronteira passa por onde o uso *público* da língua a faz passar.

8 REVISÕES CONSTITUCIONAIS COMO CONSEQUÊNCIA ADEQUADA AO TEMPO DA CONSTITUIÇÃO, COMO COMANDO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

O tratamento teórico-constitucional do factor temporal exige uma abordagem especial para a determinação da função das revisões constitucionais. Compreensivelmente por razões históricas da Alemanha, tem predominado até agora um “pensamento relativo a limites”, isto é, pergunta-se sobretudo pelos limites da alteração da Constituição. Mas fundamental é a questão da justificação das revisões constitucionais na perspectiva do próprio “objecto e função da Constituição”. Daí resultam, depois, também os limites necessários. A queixa comum sobre um excesso de revisões constitucionais não acerta no problema fundamental. A duração e a estabilidade de uma Constituição não são ainda garantidas *per se* por um número de revisões constitucionais. Isso depende totalmente das condições e das transformações do meio-ambiente, da “ambiência”, assim como do que a “interpretação constitucional” pode provocar, em suma, depende do tempo, do modo como as revisões constitucionais se podem objectivamente avaliar. Isto é, elas têm de ser positiva e internamente justificadas, avaliadas a partir da respectiva realidade pública de uma Constituição “concreta”; elas podem em grande parte ser a sua consequência como Constituição “viva e viva”, a sua evolução, isto é, podem estar ao serviço da sua confirmação. Trata-se da concretização de uma “boa” Constituição. Colocar esta questão

131 A “mudança da Constituição” é, neste aspecto, uma alteração não formalizada da Constituição. Ver também nota 78.

132 Sobre esse limite, Hesse, *Grundzüge*, p. 30; *idem in: Festschrift für Scheuner*, 1973, p. 123 (139).

133 A relatividade do texto constitucional é trazida à colação no dito relatado a partir de Oxford: “Não temos uma Constituição escrita, mas atemo-nos a ela”.

preliminar teórico-constitucional é uma necessidade e a consequência de um entendimento da Constituição como processo público (*law in public action*)¹³⁴.

É necessária uma colaboração interdisciplinar para esclarecer, “de um ponto de vista imanente à Constituição”, as condições prévias das revisões necessárias e possíveis. Uma parte da “boa” política constitucional conduz a revisões constitucionais¹³⁵. Em especial, deve-se analisar o que é que, e em que condições, se pode fazer por via da alteração constitucional e o que é que se pode fazer por via da mera interpretação constitucional (delimitável dela apenas pela interpretação¹³⁶), o que é que objectivamente carece do acto constituinte, que, no entanto, está muito mais vivo na interpretação e alteração constitucional do que em geral se supõe¹³⁷. No entanto, subsiste a diferença jurídico-funcional, fundamentada orgânico-sociologicamente, entre alteração constitucional e interpretação constitucional.

Se até agora se esclareceu sobretudo quais os *limites* da alteração constitucional que resultam do todo material da Constituição¹³⁸, trata-se agora, face à relevância crescente do tempo, de determinar em que condições este “todo material” da Constituição não só admite revisões, mas positivamente as *exige*. As revisões constitucionais são uma tentativa de manter a Constituição à “altura do tempo”. Elas não são, “em si”, úteis ou prejudiciais; se são uma coisa ou outra, isso só se pode dizer no caso concreto¹³⁹. Isto, por sua vez, pressupõe que se coloque e se responda à questão preliminar teórico-constitucional: revisões constitucionais como tentativa de coordenar entre si tempo e Constituição (“alteração constitucional adequada ao tempo”). As revisões constitucionais verificam-se segundo os procedimentos previstos pela própria Constituição. A

134 Na doutrina, Grimm (*AöR* 97, 1972, p. 489 e ss.) está a caminho de um tal entendimento de alteração da Constituição, por exemplo, na p. 505: “A tarefa é não impedir o mais possível alterações da Constituição, mas separar projectos de alteração legítimos dos ilegítimos, e os necessários dos supérfluos”. Mas em Grimm está também em primeiro plano o ponto de vista da limitação. Ainda assim, ver p. 504: “Pontos de orientação para alterações da Constituição”, assim como p. 507 e ss. No entanto, o conceito de Constituição de Grimm é unilateral (p. 506): a Constituição não descreve a realidade, mas indica uma situação prevista. Na realidade, faz afinal as duas coisas.

135 Exemplos de “boas” alterações da Constituição: a introdução da constituição de estado de necessidade enquanto tal (sem prejuízo de uma crítica a artigos concretos), art. 93º, nº 4 a, arts. 45 b, 91 a, 104 a da Lei Fundamental; exemplos de “más”, isto é, não necessárias do ponto de vista do todo material da Constituição: art. 20º, al. 4, da Lei Fundamental. Um exemplo de política constitucional, que tem de permitir esclarecer previamente as condições de boas alterações da Constituição pela ciência jurídico-constitucional, é a questão de saber quando é que seria razoável passar do serviço militar obrigatório geral para o exército profissional.

136 Tanto quanto é visível, falta nesta questão prévia a maior parte das observações quanto à revisão total ou parcial da Lei Fundamental. Mas, na Suíça: Saladin, in: *Gedenkschrift für Imboden*, 1972, p. 269 (p. 276): actualmente, a Constituição tem por isso de ser alterada, se o nosso Estado quiser ser capaz de dominar a realidade (previsível) de amanhã. Só que, aqui, não se pensa o suficiente a partir da própria Constituição.

137 Sobre o assunto, Häberle, in: *AÖR* 94, 1969, p. 479 (483 e ss.).

138 Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953.

139 A nova situação jurídica é diferente; saber se ela é melhor é uma segunda questão. Uma norma constitucional, que *noutras* circunstâncias anteriores desempenhou as suas funções o melhor possível, não pode estar sujeita ao veredicto de que é pior por *agora* e para o futuro serem necessárias outras regulações (isto, em relação a Grimm, in: *AÖR* 97, 1972, p. 499 (508): “alteração da Constituição é, portanto, aperfeiçoamento da Constituição”). O que hoje é bom não torna piores as coisas de ontem. O parecer de “bom” ou “mau” só se pode dar para o respectivo período de tempo.

sua realização é, portanto, imanente à Constituição. As forças políticas que a assumem transmitem ao todo da Constituição um pedaço de nova legitimação pública, quando e na medida em que aperfeiçoam uma parte da Constituição no seu *próprio* procedimento¹⁴⁰.

As revisões constitucionais têm não só um carácter de adaptação¹⁴¹, mas têm também força de orientação. Em parte, adaptam-se de facto a uma realidade “que se antecipou” e que se tornou já um pedaço de realidade da Constituição – o caso do instituto das funções comunitárias previstas no art. 91º-A da Lei Fundamental, apoiando-se no parecer de Troeger¹⁴² –, em parte tentam controlar esta própria realidade pública. Muitas vezes, os dois aspectos agem em comum. As revisões constitucionais não só “consumam” ou sancionam o que já “se passou” na realidade. Elas têm também um lado planificador que “extravasa” a evolução social, que a precede, em particular elas legitimam novas evoluções. Não são apenas “reflexo”, mas também projecto. Em relação a revisões constitucionais isoladas, não se aplica neste caso outra coisa senão o que se aplica à Constituição no seu conjunto.

Este entendimento *positivo* da revisão constitucional é tanto mais necessário quanto o conceito de Constituição, ou seja, as matérias que a Constituição regula se *alargam*: a Constituição estrutura não só o Estado mas, em aspectos parciais, também a sociedade, em suma a *res publica*. Este alargamento é causado apenas em parte por revisões constitucionais formais – por exemplo previstas no art. 109º, al. 2, da Lei Fundamental –, em vastas áreas ele é obra da interpretação. Recorde-se o desenvolvimento dos direitos fundamentais subordinados aos temas “efeito para terceiros”, “direitos fundamentais sociais”.

Na questão de saber se a revisão constitucional concreta é ou não uma revisão constitucional “positiva”, adequada ao tempo, e que mantém a Constituição no caminho, isso tem de se *diferenciar por matérias*: na área dos direitos fundamentais, que é, antes de mais, parte integrante da consciência cívica geral¹⁴³, e cujos conceitos são a maior parte das vezes mantidos muito abertos, a interpretação constitucional afigura-se, sob o signo do “aperfeiçoamento de aplicação garantidor dos direitos fundamentais”¹⁴⁴ sem revisão constitucional formal, como forma adequada de aperfeiçoamento e confirmação da Consti-

140 Tal como o direito positivado pode produzir efeitos sobre a Constituição (em relação a este processo, que deve ser visto diferenciadamente, cf. a minha *Wesensgehaltgarantie*, 1. ed., 1962, p. 175 e ss., 210 e ss.; Lerche, in: *Festschrift für Maunz*, 1971, p. 285 [286 e ss.]), a alteração da Constituição pode afectar o conjunto da Constituição, ou seja, a substituição de uma norma constitucional por outra pode corresponder mais ao conjunto.

141 Isto, como crítica à formulação da deliberação do Parlamento alemão sobre o mandato da comissão de inquérito para questões da reforma constitucional, ver o relatório provisório de 1973, p. 14: “[...] seria de apurar-se, e até que ponto, é necessário adaptar a Lei Fundamental às exigências actuais e às previsíveis futuras – sob condição da preservação dos seus princípios fundamentais”.

142 Sobre a função comunitária: Frowein e von Münch, in: *VVDStRL* 31, 1973, p. 13 e ss. ou 51 e ss.

143 No entanto, tem de se tornar compreensível para o cidadão que as alterações da Constituição podem ser necessárias em virtude da própria natureza das coisas.

144 Sobre o assunto, Häberle, in: *VVDStRL* 30, 1972, p. 43 (69).

tuição. E isto tanto mais quanto é certo que o Tribunal Constitucional Federal controla neste caso de maneira mais rigorosa. Ao mesmo tempo, mostra-se que quanto mais subtis são os métodos interpretativos, tanto maior se torna a margem de manobra em relação (ou em concorrência com) à revisão constitucional. A interpretação constitucional pode tornar supérfluas as revisões constitucionais. No âmbito da competência federal, em geral na parte orgânica, as possibilidades de interpretação constitucional “aberta” são mais limitadas. Aqui fica mais espaço para a revisão constitucional formal, ou seja, há mais obrigação de fazê-la.

A teoria da Constituição tem de fornecer à política constitucional prática¹⁴⁵ directivas e alternativas para revisões constitucionais, tem de delimitar o terreno do possível e necessário, tem de mostrar onde isso se torna em confirmação da Constituição *através*, isto é, com a ajuda da revisão constitucional, o que a um entendimento constitucional estático e rígido se afigura como “redução”, “perda de substância” e “mudança”. Para este fim, as funções fundamentais da ideia de Constituição têm de ser descobertas e, se necessário, desenvolvidas: impedimento do abuso de poder estadual e social, criação de liberdade, organização da comunidade, conciliação de interesses, etc.

As revisões constitucionais são absolutamente “normais”, na base do entendimento constitucional aqui desenvolvido, como mudança constitucional por meio de interpretação constitucional. As revisões constitucionais não são, em princípio, nem “casuais” nem arbitrárias¹⁴⁶. São a via legítima para preservar a continuidade da Constituição no tempo. Enquanto elas se mantiverem no âmbito da identidade da Constituição, são a sua consequência, a sua confirmação no e por meio do tempo, e não a sua colocação em dúvida. Elas deviam, por isso, ser abertamente escolhidas como forma de desenvolvimento, se uma interpretação por parte dos tribunais sobrecarregasse todo o sistema. Isso pode beneficiar a concordância entre o processo político-parlamentar e a Constituição. A orientação ao público e a realidade da Constituição percorrem muitos caminhos – um deles é a revisão constitucional.

145 Sobre as suas funções: Häberle, in: *AöR* 98, 1973, 119 (129 e ss.).

146 Em grande parte, elas também podem percorrer, no eixo temporal, visto *ex post*, o caminho de uma mudança constitucional, mais exactamente, são substituíveis pela interpretação (a interpretação da Constituição revela-se, neste aspecto, como “via disfarçada” para a alteração da Constituição). Sobre a teoria da Constituição “sem direito natural”, cf. o meu artigo in: *AöR* 99, 1974, 437 e ss.