

# Hermenêutica Constitucional — A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição

## *Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation<sup>1</sup>*

PETER HÄBERLE

Jurista alemão, Especialista em Direito Constitucional.

SUMÁRIO: I — Tese fundamental, estágio do problema; 1 Situação atual da teoria da interpretação constitucional; 2 Novo questionamento e tese; 3 Esclarecimento da tese e conceito de interpretação; II — Os participantes do processo de interpretação constitucional; 1 Considerações preliminares sobre o método; 2 Catálogo sistemático; 3 Esclarecimento do catálogo sistemático; III — Apreciação da análise desenvolvida; 1 Possíveis objeções e críticas; 2 Legitimação do ponto de vista da teoria do direito da norma e da teoria da interpretação; 3 Legitimação decorrente das reflexões teórico-constitucionais; 4 Reflexões sobre a teoria da democracia como legitimação; IV — Consequências para a hermenêutica constitucional jurídica; 1 Relativização da interpretação jurídica — Novo entendimento de suas tarefas; 2 Dimensão e Intensidade do controle judicial — Diferenciação em face da medida de participação; 3 Consequências para a conformação e utilização do direito processual constitucional; V — Novas indagações para a teoria constitucional; 1 Sobre a existência de diferentes objetivos e utilização de diversos métodos de interpretação; 2 Funções da teoria constitucional.

### I — TESE FUNDAMENTAL, ESTÁGIO DO PROBLEMA

#### 1 SITUAÇÃO ATUAL DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A teoria da interpretação constitucional tem colocado aqui duas questões essenciais:

---

1 Tradução de Gilmar Ferreira Mendes (Sergio Antonio Fabris Editor).

- A indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional<sup>2</sup>; e
- A indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de interpretação)<sup>3</sup>.

Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação de uma “sociedade fechada”<sup>4</sup>. Ela reduz, ainda, o seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pense na exigência de incorporação das ciências sociais<sup>5</sup> e também nas teorias jurídico-funcionais<sup>6</sup>, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral<sup>7</sup> –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

## 2 NOVO QUESTIONAMENTO E TESE

Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da

---

2 Como tarefas devem ser mencionadas: justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade (cf., por exemplo, BVerfGE 34, 269 (287 s.) (= JZ 1973, 662, 665, ver minha nota sobre Küble), praticabilidade, justiça material (*Sachgerechtheit*), segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, “harmonização” (Scheuner VVDStRL 20 (1963), p. 125), Força Normativa da Constituição, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum.

3 Cf., a propósito fundamentalmente, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der etc. BRD, 7. ed., 1974, p. 2 s.

4 Cf., porém, a observação de Ehmke (VVDStRL20 (1963), p. 53 (7)) s., p. 133) voltada para a “comunidade total” (*auf “ganze Gemeinwesen”*), para todos “os pensadores razoáveis e justos” (*“aller Vernünftigen und Gerechdenkenden”*).

5 Cf., a propósito, a coletânea *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* (Org. Grimm), v. 1, 1973. Ver, porém, Schelsky JZ 1974, 410 S.

6 Cf., a propósito, Ehmke VVDStRL 20 (1963), p. 53 (73f.); Hesse op. cit., p. 29 32 s. Sobre os efeitos processuais e materiais da divisão funcional de tarefas entre o Bundesverfassungsgericht e outros órgãos constitucionais: BVerfGE 36, 1 (14 s.): 35,257 (261 s.); 4,157 (168 s. [= JZ 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 S.).

7 Cf., a propósito, P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, Zfp 21 (1974), p. 111 (121 s.).

Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (*vonder geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsintepreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft*).

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert ynd Von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

### 3 ESCLARECIMENTO DA TESE E CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la (*Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch mit*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicação de sentido de uma norma (de um texto)<sup>8</sup>. A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorisch Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a responsabilidade da

8 Essa concepção interpretativa escrita é preconizada por Hesse, *Grundzüge*, p. 21. Ele denomina aquilo que, em sentido lato, é considerado interpretação como “realização” (atualização) (*Verwirklichung*) (*Aktualisierung*) da Constituição. Posição semelhante é sustentada por Hans Huber, que prefere falar de “concretização” ao invés de interpretação, *Gs für Imboden*, 1972, p. 191 (195). Em favor de um conceito amplo de interpretação, cf., também, Ehmke *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (68 F.); Scheuner, *idem*, p. 125.

jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional<sup>9</sup>. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Por tanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vivi com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico<sup>10</sup>. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Aqui não se cuida apenas da práxis estatal<sup>11</sup> (por exemplo, a interpretação dos arts. 54 e seguintes da Lei Fundamental pelo Presidente da República ou do art. 65 pelo Primeiro-Ministro) (NT 1). Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez inconscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção do art. 4º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião<sup>12</sup>. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, da LF)<sup>13</sup>. Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito “aberto” de ciência<sup>14</sup>, deve ser cointerpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma,

9 Cf., a propósito, P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, Zfp 21 (1974), p. 111 (118 s.).

10 Winter e Schumann (*Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren*, in: *Zur Effektivität des Recht*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, v. 3, 1972, p. 529) exigem, para a esfera do Direito Penal, a intensa participação dos acusados na aferição crítica e no desenvolvimento do direito por meio da justiça.

11 Como isso influencia a interpretação já o demonstrou G. Jellinek com a força normativa dos fatos (*Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., 7. reimp., 1960, p. 18 s., 332 s.).

12 BVerfGE 24, 236 s. (247 s.), com a referência expressa à “sociedade pluralista”; cf., a propósito, minha crítica, in *DÖV* 1969, p. 385 (388); Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, p. 202 s.; e minhas anotações in: *ZevKR* 18 (1973), p. 420 s. Sobre a negação da concepção das organizações religiosas após o início da luta das igrejas na jurisprudência do RFH, Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, p. 290 s.

13 Sobre o conceito constitucional de arte: Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, especialmente p. 128 s., 172 s., 217 s.; M. Heckel, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: sobre a abertura do conceito de arte da Constituição.

14 Sobre a liberdade de pesquisa, agora, Achmitt/Glaeser, *WissR* 7 (1974), p. 107 s., 177 s.; BVerfGE 35, 79 (113); não há defesa de uma determinada concepção de ciência ou de uma dada teoria da ciência por meio do art. 5, III; não definitivamente do conhecimento científico; cf., também o voto minoritário e sua referência ao caráter plural da liberdade científica (“*freiheitlichen Wissenschaftspluralismus*”), à Ciência enquanto processo não definitivo, diálogo de procura de conhecimento (p. 157), bem como à liberdade de conformação do legislador para a “Reforma das reformas” (“*Reform der Reformen*”) (p. 165). Em favor de um conceito aberto de liberdade científica, cf. Solte (*Theologie an der Universität*, 1971, p. 30, 33 s.), que sustenta ser atualmente improvável uma interpretação neutra dos Direitos Fundamentais.

deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. Em um sentido mais amplo, poder-se-ia introduzir aqui uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária (arts. 21 e 38)<sup>15</sup>, a doutrina da formação profissional<sup>16</sup>, a doação de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou de sua “atividade pública” (*öffentlich Aufgabe*)<sup>17</sup> ou da interpretação da chamada liberdade de coalizão (art. 9º, nº 3)<sup>18</sup>, desde que ela considere a concepção de coalizão.

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação dos indivíduos ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais, configura uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se em um “elemento objetivo dos direitos fundamentais” (*grundrechtliches Sachelement*)<sup>19</sup>. Assume idêntico relevo o papel cointerpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e sentido estrito realiza-se apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado<sup>20</sup>. *Experts* e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia<sup>21</sup>, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propicia, aqui, uma mediação específica entre Estado e sociedade!

15 Cf., a propósito, Hesse, op. cit. p. 69 s.; ver, também; Häberle JuS 1967, 64 s. Por Exemplo: extrai-se das disposições constitucionais sobre o Parlamento e do art. 21 da Lei Fundamental uma proteção constitucional para as frações parlamentares (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ 1966, 517, 518]); a “constitucionalização” das frações parlamentares assenta-se no art. 53 a, I, 2º período, da Lei Fundamental (Cf. BVerfGE 27, 44[51 s.] [=JZ 1969, 631, 632]; ver, a propósito, meu artigo: JZ 1969, 613 s., nota 10).

16 Atribui-se-lhe, porém, um significado limitado: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 12, nº 24 s.

17 Cf., a propósito, BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125 s. [= JZ 1961, 535, 536 minhas anotações sobre o trabalho de Ridder]) e o meu “Öff. Interesse als juristisches Problem”, 1970, p. 585 s.

18 Referências em BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= JZ 1965, 103, 106; cf., a propósito, Herchel, p. 81]; 34, 307 (316 s.), bem como Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts, 1968, p. 53; Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, p. 43 s., 93. Ver, também, o argumento sobre a falta de “recepção adequada” pelos participantes do círculo, in: BVerfGE 34, 293 (304 s. [= JZ 1973, 311, 313 minhas críticas a Schumann]), bem como a convicção geral dos advogados; e 36, 212 (221). Uma análise completa da jurisprudência teria de demonstrar quando as opiniões jurídicas do círculo jurídico não são consideradas (Cf., também, § 346 HGB!). Especialmente a formação do direito costumeiro deveria apresentar-se como fonte. Em geral, coloca-se a indagação sobre o momento em que uma dada concepção praticada por grupos marginais pluralistas deve ser incorporada pela interpretação constitucional. Trata-se de um problema de aplicação do princípio da igualdade.

19 Expressão utilizada por F. Müller, Juristische Methodik, 1971, p. 30s., 37 s.

20 Cf., a propósito, Schlaich, op. cit., p. 66 s.

21 A propósito da Teoria de Ciência de Popper “enquanto Filosofia da Democracia” (“Philosophie der Demokratie”), ver, infra, nota 70.

## II — OS PARTICIPANTES DO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O MÉTODO

A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é de uma perspectiva socioconstitucional, consequência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Se se fala que o tempo, a esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) e a realidade colocam problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional, ampliando as suas necessidades e possibilidades<sup>22</sup>, então devem esses conceitos ser considerados apenas como dados provisórios. Uma teoria constitucional se concebe como ciência da experiência e deve estar com condições de, decisivamente, explicar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência<sup>23</sup>. Deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou a maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu fazer hermenêutico<sup>24</sup>. Essa questão configura um enriquecimento e uma complementação da teoria da Constituição, que indaga sobre os objetivos e os métodos (indagando, assim, sobre a “boa” interpretação). Ela desempenha uma função auxiliar de informação ou de mediação (*Zubringeraufgabe*).

Posteriormente, deverão ser contemplados, em um contexto mais sistemático, os objetivos e os métodos, bem como os participantes da interpretação constitucional, considerando as consequências e as novas indagações para a teoria constitucional.

### 2 CATÁLOGO SISTEMÁTICO

A tentativa de se fazer uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação sugere o seguinte catálogo provisório:

22 Cf., a propósito, minha contribuição, in ZfP 21 (1974), p. 111 s.

23 Exatamente sob o aspecto da questão dos participantes aqui colocada, afigura-se interessante a abordagem da decisão sociologia, proposta por Lautmann, que investiga a expectativa de comportamento das partes do processo em relação ao juiz e o ambiente que circunda (Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, v. I, 1970, p. 383 s.). Vê, porém, a crítica de Schelsky JZ 1974, 410 (412) à “predominância jurídico-teórica de decisão do juiz” (*rechtstheoretische Vorherrschaft der Entscheidungstheorie des Richters*), baseado na observação segundo a qual um processo estruturado de forma efetivamente dialética (*realdialektisch gegliederte Rationalisierungsverfahren*) pressupõe a atuação processual da acusação, da defesa e do juiz.

24 Cf., a propósito, meu “Öffentliches Interesse als Juristisches Problem”, 1970, especialmente sobre a força normatizadora da prática estatal, da publicidade e do interesse público, p. 475 s., 678 s., 418 s., 572, 584 s., 589 s., 215 s. e 260 s.

- (1) As funções estatais:
  - a) Na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é realizada mediante o instituto do coto vencido;
  - b) Nos órgãos estatais como poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão; jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré)formulação do interesse público<sup>25</sup>;
- (2) Os participantes do processo de decisão nos casos 1<sup>a</sup> e 1<sup>b</sup>, que não são necessariamente, órgãos do Estado, isto é:
  - a) O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um “diálogo jurídico” (*“Rechtsgespräch”*);
  - b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, nº 2<sup>26</sup>, 94, nºs 1 a 4, §§ 65, 82, nº 2, 83, nº 2, 94, nº 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, nº 4, da Lei do Bundesverfassungsgericht);
  - c) Pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal);
  - d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais<sup>27</sup>, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a *longa manus* da eleição de juízes<sup>28</sup> (NT 2);

25 Cf., sobre a realidade jurisdicional dos tribunais administrativos, meu “Öffentliches Interesse”, p. 475 s.; 678 s.

26 Em relação à prática da Corte Constitucional, ver BVerfGE 36, 342 (353, 354 s.).

27 Elucidativa revela-se a orientação da Corte Constitucional sobre a chamada “reserva constituída dos *experts*” (eingebaute Sachverständigenvorbehalt) (in: BVerfGE 35, 202 (219)).

28 De forma manifestamente consequente, cf., a propósito, minhas críticas in: JZ 1973, 415 (453). No sentido de uma vinculação político-partidária, ver Drath, VVDStRL 9 (1952), p. 17 (102, 106, nota 25).

(NT 2) Nos termos da Lei Fundamental (art. 94), os juízes da Corte Constitucional alemã devem ser escolhidos pelo Parlamento Federal (Bundestag) e pelo Conselho Federal (Bundesrat). A Lei do Bundesverfassungsgericht

- e) Os grupos de pressão organizados (§ 10, o Regimento Interno do Governo Federal);
  - f) Os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo<sup>29</sup>;
- (3) A opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido, estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais<sup>30</sup>);
- (4) Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nºs 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

### 3 ESCLARECIMENTO DO CATÁLOGO SISTEMÁTICO

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política<sup>31</sup>. O cidadão que formula<sup>32</sup> um recurso constitucional<sup>33</sup> é intérprete da Constituição, tal como o partido que propõe

---

estabelece, por seu turno, que a Corte Constitucional será composta por duas Câmaras ou Senados (*Senaten*), integrados por oito juízes, escolhidos dentre pessoas que possuam qualificação para o exercício da função jurisdicional, com mais de 40 e menos de 68 anos. Três juízes em cada Senado deverão ser escolhidos entre os integrantes dos Tribunais Federais Superiores com mais de três anos de atividade (§ 4). Enquanto os juízes escolhidos pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) devem ser eleitos por uma maioria de dois terços de votos (§ 7), os juízes escolhidos pelo Parlamento Federal são eleitos, mediante processo indireto, por uma Comissão parlamentar especial (*Wahlausschuss*) composta por 12 membros. Considera-se eleito o candidato que lograr obter pelo menos oito votos dos membros da Comissão especial. Assinale-se, por oportuno, que os membros dessa Comissão – provavelmente, uma das mais importantes do Parlamento – são indicados pelas frações parlamentares e eleitos pelo Parlamento com observância do critério proporcional (*Verhältniswahl*) pelo sistema d'Hondt.

29 Sobre a questão: Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), p. 179 s. Cf., também, a tipologia no meu “Öffentliches Interesse”, p. 88 s.

30 Significativa, a propósito, é a reivindicação de legitimação ativa por parte da associação de pais, FR DE 18.03.1975, p. 4.

31 Cf, porém, a recusa Forsthoff a uma “democratização” da interpretação constitucional em relação, por exemplo, aos cientistas políticos, in: Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, p. 69; ver, a propósito, minha crítica in: ZHR 136 (1972), p. 425 (443).

32 Se se toma a sério a exigência de A. Arndt, quanto à discussão jurídica, então, devem as partes do processo atuar, em primeiro lugar, como os “pensadores razoáveis e justos” no sentido de Ehmke (Cf. Roellecke, FS Für Gebh. Müller, 1970, p. 323 (328 s)).

33 Lautmann, Justiz – Die stille Gewalt, 1972, p. 118, indica as partes do processo como “fornecedores de alternativas” (“Lieferanten für Alternativen”).



um conflito entre órgãos<sup>34</sup> (NT 3) ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento (NT 4). Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-constitucional das funções estatais. Isso não significa que não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Também nas funções estatais (Legislação, Governo, tal como a Administração e Jurisdição) e nas relações a elas subjacentes, não se podem perder de vista as pessoas concretas, os parlamentares, os funcionários públicos e os juízes<sup>35</sup> (“personalização” da interpretação constitucional). O chamado debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974 (*Verfassungsdebatte des Deutschen Bundestags im Februar 1974*)<sup>36</sup> constitui, nesse sentido, uma in-

34 Cf., no sentido da decisão proferida, in: BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56, (113 s.), a jurisprudência consolidada do Tribunal.

(NT 3) O “conflito entre órgão” (*Organstreitigkeit*) é um processo especial que se desenvolve perante a Corte Constitucional, destinado a resolver complexas questões relacionadas com a competência e as atribuições de órgãos estatais superiores (Lei Fundamental, art. 93, I; Lei Orgânica da Corte Constitucional § 63). Em geral, são “partes” nesse processo os chamados órgãos constitucionais (*Verfassungsorganen*): Presidente da República, Parlamento Federal, Conselho Federal e o Governo Federal, ou “partes integrantes” desses órgãos, como as comissões, as frações parlamentares, os membros do Governo, e, até mesmo, os parlamentares, desde que tenham fazer valer não o direito decorrente de seu próprio *status*, mas o “direito” do próprio Parlamento. Segundo a jurisprudência da Corte Constitucional, os próprios partidos dispõem de legitimamente para instaurar o conflito entre órgãos, desde que postulem direitos decorrentes de seu peculiar *status* constitucional (Cf., a propósito Schlaich, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht, 3. ed., Munique, 1994, p. 53 s.).

(NT 4) A Lei Fundamental confere competência ao Bundesverfassungsgericht para decidir sobre a atuação institucional de partido político, entendida como tal aquela desenvolvida com o objeto de ameaçar ou de suprimir a ordem liberal-democrática vigente ou a existência da República Federal da Alemanha (LF, art. 21, (2)). A Lei da Corte Constitucional confere legitimidade para instauração do processo de proibição de funcionamento de partido (*Parteiverbotsverfahren*) ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou ao Governo Federal (§§ 13, nº 2, e 43-47).

35 Cf., a propósito tentativa de Kommers (The Federal Constitutional Court in the West German Political System, in: *Frontiers of judicial research* – Organizadores: Grossman und Tanenhaus, 1969, p. 73 s.), de, com base em uma análise “behaviorista” da sociologia judicial americana, pesquisar a concepção da Corte Constitucional alemã. Crítico, sobre o assunto, Witting, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?, *Der Staat* 8 (1969), p. 137 (156 s.). Sobre as diferentes abordagens científicas relativas a condutas, cf. também, Rottleuthner, Richterliches Handeln, 1973, p. 61 s.

36 79. Sessão do 7º parlamento, de 14.02.1974, notas taquigráficas, p. 5002 (B), com a, sobre todos os aspectos, excelente contribuição do Ministro da Cultura do Estado da Baviera, H. Mayer, p. 5089 (C); Ver, também, Ehmke, 80. Sessão dos 7º Parlamento, de 15.02.1974, Notas taquigráficas, p. 5139 (C) s. 5140 (C).

(NT 5) Uma leitura sistemática do disposto no art. 21, II, e no art. 33, I, da Lei Fundamental, enseja a formulação da obrigação de fidelidade constitucional (*Verfassungstreuepflicht*), aplicável aos candidatos a cargos ou funções públicas, bem como aos servidores públicos em geral. O desenvolvimento jurisprudencial permitiu que se entendesse incompatível com a referida cláusula conduta individual consistente na participação em movimento ou organização partidária que tivesse como objetivo a superação da ordem liberal-democrática da República Federal da Alemanha. Com base nessa disposição, subsiste na Alemanha

interpretação constitucional antecipada. As suas manifestações podem ter feito – ainda que sem um significado jurídico-formal específico – sobre, v.g., a controvertida questão da admissão dos chamados inimigos da Constituição no serviço público, afetando, de maneira inquestionável, a prática administrativa (NT 5).

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional<sup>37</sup>, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante que supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional)<sup>38</sup>. Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação e a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, por tanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica<sup>39</sup>. Isso não significa, porém, que, de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações.

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da a perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma<sup>40</sup>. O

---

orientação jurisprudencial que veda o acesso a cargos públicos aos chamados “radicais”, entendidos como tais aqueles que integram partidos ou organizações políticas que defendam pontos programáticos incompatíveis com elementos basilares da ordem constitucional liberal-democrática (Cf. BVerfGE 39, 334 (349, 368 s.), 46,43 (52)).

37 Também Laufer (Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, 1968), investiga de maneira especial, a influência exercida pela Corte Constitucional sobre o processo político.

38 Não existe apenas política por meio de interpretação constitucional, mas também interpretação constitucional por meio da política!

39 Para o Legislador, existe o controle “técnico” da Corte Constitucional e o controle “não técnico” exercido por meio de eleições, para capacidade de sustentação de coalizões e pelo processo interno de formação da vontade político-partidária. Para o juiz da Corte Constitucional não existe um controle técnico. Ele em sua conduta “regulada” pelo “espaço público” (“die Öffentlichkeit”). A esfera pública estrutura-se, porém, para ele, com fundamento em sua concepção profissional, sua socialização na ciência do Direito Constitucional, a expectativa de conduta profissional a que se encontra submetidos (Cf., a propósito, em outro contexto, F. Kübler, Kommunikation und Verantwortung, 1973).

40 Sobre a figura argumentativa da “alternativa” no fenômeno de interpretação: Esser, Vorverständnis, p. 65 s., 132, 151 (com referência a Popper); *in genere*: BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ 1969, 557, 561, Cf., a propósito, Randelzhofer p. 533]): o oferecimento de “alternativas políticas” para a conformação estatal dos

legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais<sup>41</sup>. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional<sup>42</sup>. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazos, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (*Öffentlichkeit*) da Constituição. Muitas das vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.

Fator essencial e muito ativo é a própria Ciência do Direito Constitucional. A jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional<sup>43</sup>. A sua efetiva influência interpretativa suscita indagação sobre a sua legitimação, questão que também se aplica para outras forças participantes do processo de interpretação e que reclama uma análise dos pontos até aqui desenvolvidos.

### III — APRECIÇÃO DA ANÁLISE DESENVOLVIDA

#### 1 POSSÍVEIS OBJEÇÕES E CRÍTICAS

Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” em um grande número de interpretações e de intérpretes. Uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a submeter-se a esta crítica. Tal situação, todavia, não se há de verificar apenas no quadro de um inventário realista. Essas objeções devem ser avaliadas de maneira diferenciada, tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição.

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que

---

diversos setores da vida constitui função relevante dos partidos políticos. Ver, também, o caso peculiar sobre “alternativa” entre a construção ou interpretação judicial por parte do legislador (BVerfGE 34, 269 (291 s.)).

41 Sobre o assunto, cf., P. Häberle (AöR99 (1974), p. 437 s.).

42 Cf., a propósito, minha tese: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, La. edição, 1962, 2. ed. ampl., 1972, p. 178, 213 s.

43 Exemplos famosos: a recepção da ideia de direitos fundamentais de Dürig (Maunz/Dürig/Herzog, art. 1º, nº 5 s.) pela Corte Constitucional (E 7, 198 [204 s.], 21, 362 [371 s.] [= JZ 1967, 599, 601]), do princípio da unidade da Constituição (E 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [32 s.]), do entendimento sobre o Estado partidário, de Leibholz (BVerfGE 1, 208 [32 s.]; 2, 1 [11, 73 f.]; 11, 266 [273]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164]), com uma referência a K.U. v. Hassel, cuja declaração opera como interpretação constitucional em sentido lato, da chamada “lealdade federativa” “bundesfreundliches Verhalten”) no sentido de Smend (BVerfGE 12.205 [254]).

estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento preestabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional<sup>44</sup>. São os órgãos estatais (art. 20, nºs 2 e 3, da Lei Fundamental – vinculação da ordem constitucional à lei e ao direito). Também os parlamentares (art. 38, nº 1, da Lei Fundamental) estão vinculados à Constituição desde que eles não postulem a sua alteração. Vinculados à Constituição também estão os partidos políticos, os grupos e os cidadãos, ainda que de forma diferenciada. A maioria está vinculada apenas por intermédio do poder estatal sancionador. Resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita.

## 2 LEGITIMAÇÃO DO PONTO DE VISTA DA TEORIA DO DIREITO DA NORMA E DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem<sup>45</sup>. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação<sup>46</sup>. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!).

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é essencial conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (*in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert*)<sup>47</sup>. Seria errôneo reconhecer as influências, as expecta-

44 Tanto o conceito de legitimação quanto o de procedimento devem ser entendidos em um sentido material, tal como em Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969. Cf., a propósito, *infra*, especialmente nota 48.

45 Cf., a propósito, principalmente, a discussão sobre interpretação introduzida por Esser *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, anteriormente já contemplada in: *Grundsatz und Norm*, 1956; Ehmke *VVDStRL 20* (1963), p. 53 s.; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* 1967; F. Müller, *Juristische Methodik*, 1971; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. ed., 1974.

46 Cf., a propósito, Hesse, in: FS für Scheuber, 1973, p. 123 (137 f.); ver, também, H. H. Klein, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, p. 15, 16 s., 29 (também em consideração à minha crítica: DÖV 1966, p. 660 s.), cf., a propósito, minha crítica DÖV 1969, p. 150 s.

47 Isso não é contemplado na análise de Massing (*Recht als Korrelat der Macht?* In: *Der CDU-Staat*, Schäfer/Nedelmann (Org.), 1967, p. 123), que vislumbra, na autonomia interpretativa da Corte Constitucional, o

tivas e as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência<sup>48</sup>. Essas influências contêm também uma parte de legitimação<sup>49</sup> e evitam o livre arbítrio<sup>50</sup> da interpretação judicial<sup>51</sup>. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistisch Öffentlichkeit*) fornecem material para a lei (*Material "zum" Gesetz liefern*).

Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (*Verfassung als öffentlichen Prozess*)<sup>52</sup>. Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao "concerto" que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição<sup>53</sup> surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria de Democracia.

---

"autentico poder do soberano" (p. 129). A afirmação segundo a qual a soberania teria sido transferida do povo para outras instâncias, "especialmente para a jurisdição constitucional" (p. 142) parte de um conceito duvidoso de soberania (ver-se-á, posteriormente), que não pode apreender a forma de funcionamento do processo democrático.

48 Cf. Bachof, FS für Hans Huber, 1961, p. 26 (43): o juiz não se deve deixar influenciar em um caso concreto pela opinião pública "ele está, porém, em permanente comunicação ou em um diálogo duradouro com as partes, com os colegas do próprio tribunal, com os tribunais do mesmo nível, com os tribunais superiores ou inferiores, bem como com o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e a própria opinião pública". Bachof vislumbra até mesmo a possibilidade de se verificar uma comunicação mais autêntica no Tribunal do que no Parlamento.

49 Também a "legitimação pelo processo" no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções (assim, Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*. 1969, p. 27 s., 107 s.). Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de, contudo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um "aprendizado" dos participantes, mas de um "aprendizado" por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes (Cf., a propósito, a crítica a Luhmann, in: Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, p. 202 s.; e Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, p. 141 s.).

50 Uma teoria jurídica que fique limitada a lógica normativa perde de vista a vinculação social da jurisdição. A negação da ideologia da subsunção não significa que os órgãos de aplicação do direito devam atuar como "geradores de casualidades" (Poslech, AöR 95 [1970], p. 185 [190 f.]). Cf., a propósito, também, Schefold, JuS 1972, p. 1 (6).

51 Isso significa que a investigação crítica sobre influências unilaterais e ilegítimas ao processo de formação da decisão judicial é correta e necessária (da nova sociologia judicial, Kaupen/Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeitssaat und Demokratie*, 1971).

52 Cf., a propósito, minha contribuição "Öffentlichkeit und Verfassung", ZfP 16 (1969), p. 273 s.

53 Cf., a propósito, Hesse, *Grundzüge*, p. 5 s., 28.

### 3 LEGITIMAÇÃO DECORRENTE DAS REFLEXÕES TEORÉTICO-CONSTITUCIONAIS

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralista da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (*ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung*), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da *res publica* na interpretação da Constituição em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (*“in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellen Verfassungsverständnisses”*)<sup>54</sup>. Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Considerando a realidade e a publicidade (*Wirklichkeit und Öffentlichkeit*) estruturadas, nas quais o “povo” atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira “concertada”, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua aqui na legitimação da teoria, e não a teoria na legitimação da práxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade (*Konstitutionelle Wirklichkeit und Öffentlichkeit*), tomam elas partes na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição! Elas participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como ocorre com os partidos que podem ter o seu funcionamento proibido por decisão da Corte Constitucional. São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção da sociedade liberal-democrática<sup>55</sup>. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. Do resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional<sup>56</sup> como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (*“nicht-zünftige” Interpreten*).

54 Cf., a propósito, P. Häberle, ZfP 21 (1974), p. 111 (121 s.); idem, crítica de Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher *status quo*, 1970, in: AöR 100 (1975), H.2 (i. E.).

55 Também aqui constitui exemplo a discussão do Parlamento alemão de 14/15 de fevereiro 1974. Ela é apenas uma parte da discussão constitucional, que, em razão da confrontação com alternativas radicais, envolveu todos os níveis e todos os âmbitos da comunidade política.

56 Sobre a tentativa de incorporar à teoria da Constituição e racionalismo crítico em favor de uma “sociedade aberta”, ver minha contribuição in: ZfP 21 (1974), p. 111 (132 s.).

Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente<sup>57</sup>.

Uma questão especial refere-se à legitimação da ciência constitucional. Ela tem uma função catalisadora e, por traduzir – publicamente – a interpretação metodológica refletida e, simultaneamente, conformar a preparação dos intérpretes oficiais, atua de maneira singular em todos os campos da interpretação. Como se deixa fundamentar essa peculiar legitimação? Com base no próprio art. 5º, III, da Lei Fundamental (NT 6). Constituição enquanto objeto é (também) coisa da ciência. O âmbito da ciência deve ser considerado como elemento autônomo e integrado da comunidade política (*Gemeinwesen*). Nesse contexto, a sua autonomia – relativa – em face da Lei fundamental é concebida desde o princípio; ela se legitima menos de “fora” do que por meio de processos e mecanismos internos de controle<sup>58</sup>. Constitui, porém, tarefa da Ciência formular as suas contribuições de forma acessível, de forma que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública (*Öffentlichkeit*). O conceito de teoria (*Lehre*) do art. 5º, III, da Lei Fundamental desempenha um papel importante: ele impõe à Ciência do Direito Constitucional um dever de formação, que é realçado pela cláusula de fidelidade constitucional (*Treueklause*)<sup>59</sup> (NT 7).

#### 4 REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não

57 Sobre esse conceito constitucional, ver Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; ver, também, P. Häberle VVDStRL 30 (1972), p. 43 (56 s.).

(NT 6) O art. 5º, III, da Lei Fundamental, assegura a liberdade artística, científica, a liberdade de ensino.

58 Cf., a propósito, F. Küble, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, p. 38 s.; ver, também, Luhmann, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, in: *Soziologische Aufklärung*, 1970, p. 232 s. A Associação dos Professores de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) considera-a como “ponto institucional para o saber e a consciência teórico-constitucional de nossa comunidade democrática”: Ehmke, op. cit., p. 133. Para Popper, a objetividade científica não é produto da imparcialidade do cientista, mas resultado do caráter social e público do método científico. A imparcialidade do cientista individualmente considerado, quando existente, não constitui fonte senão resultado dessa objetividade científica social ou institucionalmente organizada (*Falsche Propheten, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, v. II, 1958, p. 270).

59 Todavia, a formação específica do juiz constitucional não configura pressuposto de qualificação. Ver, porém, a exigência de “peculiar conhecimento de Direito Público” e de “experiência na vida pública” constante de algumas leis orgânicas de Cortes Constitucionais dos Länder (v.g., § 3, 1 (I), da Lei da Corte Constitucional de Hamburgo) e § 3, (2), da Lei do Bundesverfassungsgericht. Ver, ainda, nota 89.

(NT 7) O art. 5º, III, *in fine*, estabelece que a liberdade de ensino não dispensa a observância do princípio de fidelidade constitucional (*Die Freiheit der Lehre entbindet nicht Von der Treue zur verfassung*). Ver, a propósito, a nota nº 5.

se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições)<sup>60</sup>, até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional<sup>61</sup>. Em uma sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos direitos fundamentais<sup>62</sup>. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente<sup>63</sup>.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão<sup>64</sup>. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político<sup>65</sup>, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania, no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*)<sup>66</sup>. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir liberdade: a política de garantia dos

60 Veja, agora, sobre a questão, o julgado da Corte Constitucional de Bremen a respeito da formação acadêmica do jurista, NJW1974, 2223 (2228 s.); cf., também, BVerfGE 33. 125 (158) (decisão sobre médico especializado – Facharztentscheidung.; ver, a propósito, minha crítica DVBL, 1972, p. 909 [911]).

61 A pesquisa de Billing (Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969) parte dessa concepção p. 93 s. (mas de forma diferenciada, p. 116).

62 Sobre a controvérsia, cf., de um lado, Hesse, Grundzüge, p. 122 f.; P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, p. 17 s., de outro, H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1971; ver, a propósito, minha crítica, DÖV 1974, p. 343 s., por último, E-W. Böckenförde NJW 1974, 1529 s.

63 Interpretação, tal como aqui entendida, torna-se “*bellum omnium contra omnes*” das opiniões científicas e políticas (cf., a propósito, Schefold JuS 1972, [8]), e deve (e pode apenas) evitar a tão decantada “solidariedade dos democratas”.

64 Por isso, a questão relativa à legitimação democrática da jurisdição não é resolvida, de forma definitiva, com ampliação do processo de eleição de juízes (cf., a propósito, F. J. Säcker ZRP 1971, 145 s.). Sobre a relação entre democracia e independência do juiz, ver, também, Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, p. 103 s.

65 Nesse ponto, concorda-se com o conceito de Leibholz sobre a doutrina do Estado partidário (*Parteienstaatslehre*) (Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. ed., 1967, especialmente p. 78 s.): o povo somente se torna capaz de articular-se e de agir, sob determinadas formas de organização. Tal contestação não legitima, porém, a identificação do povo e partidos populares: a comunidade pluralista é fortemente diferenciada.

(NT 8) O art. 33, I, da Lei Fundamental consagra a igualdade de direitos e obrigações do cidadão alemão.

66 Sobre interpretação constitucional aberta, P. Häberle JZ 1971, 145 s.; ZfP 21 (1974). p. 111 (121 s.); cf., também, Schlaich, op. cit., p. 120.



direitos fundamentais de caráter positivo<sup>67</sup>, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público<sup>68</sup>.

Isto não quer significar a “destronização” ou deposição do povo. Tal ideia corresponde, todavia, à concepção de soberania popular de Rousseau, que atribui ao povo poderes equivalentes aos poderes divinos. Povo enquanto uma dimensão determinada (*Verfasset Grösse*) atua, universalmente, em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão” (*Herrschaft des Bürgers*), não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (*Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie*).

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais, e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de povo – termo sujeito a entendimentos equivocados – a partir da ideia de cidadão<sup>69</sup>. Liberdade fundamental (pluralismo)<sup>70</sup>, e não “o povo”, converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.

Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais<sup>71</sup>. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão

67 Cf., a propósito, minha conferência (Koreferat) in: VVDStRL 30(1972), p. 43 s. (96 s.).

68 Pluralismo deve ser organizado e conformado. Por isso, deve ser superada a confrontação entre “estratégias democráticas”, que trazem em si o perigo da politização totalitária de todos os setores, e as concepções restritivas, que pretendem limitar a democracia a uma ideia resultante da contraposição entre sociedade e Estado” (Hennis, *Die missverstandene Demokratie*, 1973).

69 Fortemente orientada pela ideia tradicional de “povo” revela a tentativa de fortalecer a legitimação democrática da jurisdição mediante utilização de pesquisas democráticas, cf., W. Birke, *Richterlich Rechtsanwendung und gesellschaftlich Auffassungen*, 1968, p. 45 s. Contra uma orientação assente na “vontade majoritária do povo” com fundamento em reflexões teórico-democráticas, cf., também F. J. Shäcker ZRP 1971, p. 145 (149 s.). Crítico em relação à utilização de uma “valorização média” (*“Durchschnittsbürger”*) enquanto figura judicial normatizada com base em um conceito teórico-constitucional, meu *Öff. Interesse*, p. 328, 347 s., 425 s., 573, 725.

70 Essa concepção aplica-se também às formas de administração comum, social, etc.

71 A concepção democrática de Popper e sua justificação no contexto da teoria de ciência e do conhecimento não podem ser aqui descritas (cf., sobre democracia: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, v. I (1975), especialmente p. 25, 156, 170 s.; v. II (1958), p. 157, 159 s., 197 s., 293 s.). Afigura-se suficiente a constatação de que o conceito de ciência defendido por Popper revela-se produtivo de uma perspectiva teórico-democrática, que o conceito democracia pluralista, constitucional, liberal, baseado na divisão de poderes, aqui defendido, pode, em dada medida, invocar o conceito de democracia por ele adotado, especialmente quando desenvolve uma teoria de democracia contra os dogmas “clássicos” da soberania

do indivíduo e de grupos “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado (acentue-se que esse processo livre está sempre submetido à ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta *déficit* em relação ao modelo ideal). Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação<sup>72</sup> tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*.

#### IV – CONSEQUÊNCIAS PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL JURÍDICA

##### 1 RELATIVIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA — NOVO ENTENDIMENTO DE SUAS TAREFAS

As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional”

---

popular. Recepções e adaptações de Popper na discussão sobre democracia sob a Lei Fundamental de Bonn já se realizam de forma mais ou menos indireta: especialmente no julgamento sobre a proibição do Partido Comunista (KPD-Urteil – BVerfGE 5, 85): processo of Trial and error (I. B. Talmon) (p. 135), “permanentes e recíprocos controles e críticas como a melhor garantia para uma linha política (relativamente) justa” (p. 135). As relações e formas de pensamento podem ser aperfeiçoadas e reclamam melhorias no contexto de um esforço contínuo e infundável (p. 197). A recusa da concepção segunda a qual o desenvolvimento histórico é determinado por uma “finalidade cientificamente reconhecida” (p. 197), “compromisso social” (p. 198), “abertura” da ordem jurídica (p. 200), “relativa consistência racional de todas as opiniões políticas” (p. 206). Ver, também, E12, 113 (125): Formação de opinião pública pluralista – E20, 56 (97): processo de formação de opinião e de vontade livre e aberto. Da literatura: Von Simson, VVDStRL 29 (1971), p. 3 (9 s.); Düring, idem, p. 127: “Regras do jogo imanentes de corrigibilidade e revogabilidade” (“*immanente Spielregeln der Korrigierbarkeit und Revozierbarkeit*”); idem, in: Maunz/Düring/Herzog. K., art. 3 (I), nº 210 (para obtenção do direito). Não é difícil reconhecer aqui novamente o princípio da falsificação de Popper (“*trial and error*”), sua tese sobre a forma indireta e o caráter não absoluto do conhecimento (“*conjectures and refutations*”), a sua permanente preservação, que há de continuar uma humilde “*piece-meal social engineering*”, apta a ser corrigida, com a sua recusa à técnica do planejamento global, sua crença relativa na razão, seu entendimento experimental na política, sua defesa, para uma reforma gradual e consequente, sua advertência em favor da paciência e da tolerância e seu engajamento por uma sociedade aberta enquanto “racional e crítica”, em favor da concorrência de diferentes ideias e interesses graças a liberdade de crítica e de pensamento, e, assim, em favor da liberdade do ser humano, de suas responsabilidades e de suas decisões, mas também sua luta contra a onisciência e a pretensão de onipotência da sociedade “fechada”. No mais, subsiste a tarefa fundamental de desenvolver a teoria da ciência de Popper de uma perspectiva teórico-constitucional e prática, no contexto de uma Teoria da Democracia e, ao mesmo tempo, na teoria da norma e da interpretação (Cf. referências em minha contribuição AöR 99 (1974), p. 434 [448 s.]).

72 Ver a referência de Esser ao método de “*Trial-and-error*” de Popper, Vorverständnis, p. 151, agora a opinião divergente dos juízes Rupp – v. Brünneck e Dr. Simin sobre o julgamento relativo à questão do aborto de 25.02.1975 (JZ 1975, 205 [215] = NJ 1975, 582 [583]).

(*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública;

3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, automaticamente, direto constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*)<sup>73</sup>. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas<sup>74</sup>, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto<sup>75</sup>. O raio de interpretação normatiza amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*Trial ad error*”, de descoberta e de obtenção do direito<sup>76</sup>. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecede os textos constitucionais ou sub-

73 A jurisdição constitucional esforça-se para, mediante utilização de obter dieta, preparar, para além da decisão pontual, a futura interpretação constitucional, submetendo-se, assim, previamente à crítica (Crítico, a propósito, a partir de outro conceito de Constituição, Kull, FS für Forsthoff, 1972, p. 213, nota de rodapé 2).

74 Expressão utilizada por Hebermas, Legitimations probleme im Spätkapitalismus, 1973, p. 148.

75 Essa ideia encontra respaldo nos conceito de “pré-compreensão” (*Vorverständnis*) e de “pré-compreensão” (*Nachverständnis*), P. Häberle, ZfP 21 (1974), p. 111 (126 s.). Leis constitucionais são adotadas não apenas de pré-história, mas também de pós-história.

76 Cf., a propósito, Esser, Vorverständnis, p. 23, 151 s.

jazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto<sup>77</sup>.

Assim como o processo de interpretação constitucional se afigura disciplinado e disciplinador pela utilização de métodos “jurídicos”, assim também se afiguram variados e difusos os eventos que precedem a esse processo: relativamente racionais se afiguram os processos legislativos, desde que se trate de interpretação da Constituição. E isto se dá frequentemente; o bem-estar (*interpretierende (Gemeinwohl-) Verwaltung*)<sup>78</sup> opera de forma racional; outras formas de atuação estatal devem ser consideradas. A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os “filtros” sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*)<sup>79</sup> atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.

## 2 DIMENSÃO E INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL — DIFERENCIAÇÃO EM FACE DA MEDIDA DE PARTICIPAÇÃO

Uma teoria da interpretação constitucional que pretenda contemplar, em um mesmo contexto, a questão dos objetivos e métodos de interpretação e a questão referente aos participantes da interpretação constitucional há de tirar consequência dessa situação para o método da hermenêutica constitucional. Algumas possíveis consequências devem ser enunciadas aqui em forma de tese.

Uma Corte Constitucional como o *Bundesverfassungsgericht*, que afere a legitimidade de interpretação de outro órgão, deve se valer de diferentes métodos, tendo em vista exatamente os participantes da interpretação submetida à sua apreciação<sup>80</sup>. Isto já foi contemplado, superficialmente, de uma perspectiva jurídico-funcional: os tribunais devem ser extremamente cautelosos na

77 Cf., também, sobre a problemática do texto enquanto limite da mutação constitucional, Hesse, FS für Scheuner, p. 123 (139 s.). Sobre o pouco significado da expressão literal para concretização dos direitos fundamentais, GS für Imboden, 1972, p. 191 s.

78 Cf., s propósito, meu “Öff. Interesse”, p. 475 s., 678; Ossenbühl AöR 92 (1967), p. 1 s. Ver, também, discussão do pleno do Superior Tribunal de justiça (JZ 1972, 655 s.), bem como do Tribunal Superior Administrativo (JZ 1972, 204 s.) (Bachof JZ 1972, 64 s. e 2085 s. Ossenbühl DöV 1972, 401 s.; Erichsen Verw Arch. 1972, 337 s.; Bullinger NJ 1974, 769 s.).

79 Referências típicas da jurisprudência da Corte Constitucional in: AöR 95 (1970), p. 260 (287 s.); por último, v.g., E34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 s.); 32, 111 (124 s.); 31, 229 (242 s.); 30, 173 (191); em geral, em meu Öff. Interesse, p. 304 s.; 419, nota 31, 558 s., 572 s., 583 s., 594, bem como in: Th. Württen Berger (nota 93), p. 36 (39s.).

80 Semelhante contexto é resultado por Geitmann (Bundesverfassungsgericht und “offene Normen”, 1971): a exigência de determinação que o Bundesverfassungsgericht estabelece para as chamadas “normas abertas” é diferenciada, dependendo de quem edite a norma (Cf., a propósito, especialmente p. 22 s.) e de quem tenha de lhe conferir conteúdo. (p. 149 s.).

aferição de legitimidade das decisões do legislador democrático<sup>81</sup>. O mesmo raciocínio se aplica à aferição da legitimidade do direito estadual pela Corte Constitucional<sup>82</sup>. No desenvolvimento dessa orientação, algumas considerações devem ser feitas: existem leis – a lei sobre ensino superior (*Hochschulgesetz*), as reformas do Código Penal, como aquela referente ao § 218, que descriminalizava parcialmente o aborto, a lei que disciplina o funcionamento do comércio (*Ladenschlussgesetz*) – que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar a legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional (*am demokratischen Prozess der Verfassungsauslegung*). Em relação àquelas leis menos polêmicas, isso poderia significar que elas não devem ser submetidas a um controle tão rigoroso, tal como se dá com as leis que despertam pouca atenção, porque são aparentemente desinteressantes (v.g., normas técnicas) ou com aquelas regulações que já restam esquecidas.

Peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade. Considere-se o “consenso constitucional” (*Verfassungskonsens*) a respeito do § 218 do Código Penal ou em relação a algumas disposições da lei sobre ensino superior, ou, ainda, relativamente à lei sobre cogestão paritária (*paritätisch Mitbestimmung*). Nesses casos, deve a Corte exercer um controle rigoroso, utilizando generosamente a possibilidade de concessão de liminar (§ 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*)<sup>83</sup> (Cf., a propósito, *infra*, nº 3). É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que não perca o mínimo indisponível da função integrativa da Constituição.

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis)<sup>84</sup>. Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidor ou a defesa do meio ambiente. Aqui se manifestam

81 Diferentemente das leis pós-constitucionais, as leis pré-constitucionais não devem ser considerados como interpretação constitucional do legislador. Assim, elas reclamam não só um tratamento processual diferenciado (cf. art. 100 da LF), como também exigem um exame mais rigoroso quanto ao seu conteúdo.

82 C., a propósito, Ehmke VVDStRL 20 (1963), p. 53 S. (75); Klumpp, Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG. 1969, p. 179 s. Para a relação entre a Corte Constitucional e a dogmática civilista (doutrina) ou o Superior Tribunal de Justiça (BGH), ver BVerfGE 34.269 (281 s.).

83 Profundo dissenso, apresentado mesmo um perigo para o “consenso constitucional”, revela-se o fundamento de “interesse público” (*gemeinwohlgrund*) no sentido do § 32 (1) da Lei do Bundesverfassungsgericht, que trata dos pressupostos para a concessão de cautelares no processo constitucional.

84 Aqui se mostra uma mudança da função da proteção judicial. Em razão do crescente significado da atividade planificadora e conformadora do Estado, deve a proteção judicial efetivar-se não por meio de um controle *a posteriori*, mas mediante a participação em procedimentos prévios (*Vorverfahren*) (P. Häberle, VVDStRL

os “interesses públicos” ou, segundo a terminologia de Habermas<sup>85</sup>, os interesses aptos a serem generalizados (*verallgemeinerungsfähigen Interessen*).

Um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação.

### 3 CONSEQUÊNCIAS PARA A CONFORMAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informações dos juízes constitucionais<sup>86</sup> – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação<sup>87</sup> no processo constitucional<sup>88</sup> (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa<sup>89</sup> sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de

30 (1972), p. 4 (86 s., 125 s.); Schmitt Glaeser VVDStRL 31 (1973), p. 179 (204 s.). A observância do processo “correto” deve ser examinada pelos Tribunais.

85 Habermas, op. cit., especialmente p. 153 s.

86 Revelam-se exemplares o instrumento de informação previsto no § 82, IV, da Lei Orgânica do Bundesverfassungsgericht (BVerfGG), assim como a prática da Corte Constitucional de assegurar a órgãos e instituições o “direito de manifestação”, as mais das vezes nos “grandes processos”: E 35, 202 (213 f.). Tem-se, assim, um “pedaço” de representação da sociedade pluralista no processo constitucional. Sintomática mostra-se a pesquisa realizada pelo Bundesverfassungsgericht (2º Senado) junto ao Parlamento Federal, aos parlamentos estaduais e aos partidos políticos a propósito dos subsídios parlamentares, FR de 10,3, 1975, p. 1. Cf., ainda, o exemplar da matéria no § 48 da Lei orgânica da Corte Constitucional de Baden Württemberg (Bad. – Württ. StGHG).

87 Cf., a propósito, P. Häberle AöR 98 (1973), 119 (128 nota 43). Altamente controversa afigura-se a participação do Parlamento Federal (ou de sua maioria) na controvérsia constitucional instaurada pela minoria a propósito da legitimidade do § 218 do Código Penal (Cf. a propósito, Woche im Bundestag vom 18.09.1974, edição nº 156, p. 3). O desenvolvimento em maioria governista e minoria fala a favor de que se reconheça essa divisão de tarefas também no direito constitucional processual. Esse seria um argumento para a participação do Parlamento Federal mediante simples intervenção no processo (cf., também, § 77 da Lei Orgânica do Bundesverfassungsgericht, que confere ao parlamento um “direito de manifestação”, quando um terço de seus membros instaura processo de controle abstrato de normas; ver, ainda, §§ 82 (II), 83 e 94 da Lei Orgânica da Corte Constitucional). Os processos parlamentar e constitucional interferem-se e se sobrepõem aqui de forma evidente (um outro exemplo, a propósito: BVerfGE 27, 44 [51 s]). Seria consequente “constitucionalizar” a oposição enquanto tal no processo constitucional, assegurando-se-lhe o direito de participação perante o Bundesverfassungsgericht, uma vez que ela se não confunde, necessariamente, com o terço do Parlamento Federal. *De lege lata*, deveria o Parlamento, na sua manifestação, incorporar o voto minoritário.

88 Winter und Schumann (Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, in: Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, v. 3, 1972, p. 529 s.) consideram a oralidade e a imediatamente da interação nas audiências judiciais como “uma bela e quase anacrônica ilha do agir comunicativo concebida de forma racional-burocrática em uma Constituição da sociedade”. Talvez, ofereça-se, no processo constitucional, mais do que em outros setores, a oportunidade de se obter uma comunicação não distorcida no sentido de Habermas (cf., também, Bachof op. cit., supra, nota 47).

89 Existe uma relação contextual entre os instrumentos de investigação e de prognose à disposição da Corte Constitucional e a intensidade de aplicação do parâmetro jurídico-material por ele estabelecido: enquanto

posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui<sup>90</sup>.

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador<sup>91</sup>. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de democracia.

## V — NOVAS INDAGAÇÕES PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL

### 1 SOBRE A EXISTÊNCIA DE DIFERENTES OBJETIVOS E UTILIZAÇÃO DE DIVERSOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Da associação das questões sobre objetivos, métodos e participantes da interpretação constitucional resultam novas indagações não apenas para a jurisdição constitucional e seus métodos, mas também para a teoria constitucional que deles se ocupa.

Já de referiu a possível objeção relativa ao fato de a “dissolução” (*Auflösung*) da interpretação constitucional não se converte, sem tensões, em uma teoria constitucional que busca a produção do consenso e a obtenção da unidade política como fim do processo constitucional e do próprio processo político<sup>92</sup>, essa teoria constitucional não deve ser, todavia, simplificada e (mal-) entendida como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que resultam de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (*Konflikt-und Kompromissrecht*). Afigura-se evidente que

---

nas novas leis instituidoras de reformas econômicas (especialmente naquelas leis de conjuntura) tem-se aplicado um critério de adequação (*Geeignetheit*) extremamente benevolente (BVerfGE 29, 402 (410.); 36, 66 (71)), procurou o Tribunal, na decisão sobre a limitação de farmácias (*apothekenueiteil*) (E7, 377 s. [= JZ 1958, 472 s.]), adotar investigação e prognose calcadas em dados empíricos bem fundamentados (cf., Philippi, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, p. 57 s.). Isso lhe permitiu estabelecer parâmetros jurídico-materiais mais rigorosos.

90 Cf., a propósito, minha contribuição in: JZ 1973, 451 s.; no mesmo sentido, Zuck JZ1974, 360 (364). Importante foi a preservação da cláusula que permite o exercício do cargo de Juiz da Corte Constitucional por professores universitários (§ 3, IV, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*).

91 A questão sobre o dever diferenciado do legislador de fundamentar e produzir o material necessário deve ser repensada. Também aqui tem-se um contexto ainda não plenamente diferenciado entre o direito parlamentar e o direito constitucional processual.

92 Cf. Hesse, *Grundzüge*, p. 5 s., p. 28.

requerentes e requeridos perseguem objetivos diversos no processo constitucional e, por isso, hão de eleger métodos diferenciados de interpretação, procurando abrigar o conteúdo da controvérsia dentro desses diferentes modelos ou métodos. O mesmo se aplica a representantes de diferentes interesses em *hearing* perante Comissões do Parlamento. Isso vale, igualmente, para os partidos majoritários e para a oposição no processo parlamentar<sup>93</sup>. Nesse ponto, existem similaridades entre o processo constitucional e o direito parlamentar.

Disso resultam repercussões dos princípios de hermenêutica de caráter jurídico-funcional para a interpretação constitucional de material (*materielle Verfassungsinterpretatio*)<sup>94</sup>. Elas devem ser mais fortemente discutidas do que vinham sendo até então, em consonância com as repercussões dos pressupostos processuais sobre a interpretação material da Constituição<sup>95</sup>. O direito constitucional, material – vivido –, surge de um número enorme de funções “corretamente” exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão funcional da interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.

## 2 FUNÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL

É legítimo indagar se se poderia cogitar, ainda que de forma relativizada, de uma interpretação correta (*Richtigkeit der Auslegung*). Para a teoria constitucional, coloca-se a questão fundamental sobre a possibilidade de vincular normativamente as diferentes forças políticas, isto é, de apresentar-lhes “bons” métodos de interpretação.

Deve-se indagar sobre a amplitude que se há de emprestar ao círculo de interlocutores da doutrina constitucional, que, segundo o seu próprio entendimento, atuou, até agora, como crítica e conselheira, como *partner* da discussão e do consenso da Corte Constitucional.

Evidentemente, a resposta a essa indagação também poderia produzir consequências para a conformação do processo constitucional.

Sem dúvida, uma fixação exclusiva na jurisdição há de ser superada. É possível cogitar de uma opinião pioneira, qual a doutrina constituição íntegra

93 Sobre a democracia parlamentar como uma “transposição do pensamento sobre o processo judicial para o processo político da legislação”: Kriele, VVDStRL, 29 (1971), p. 46 (50).

94 Corretamente, cogita Ehmke (vvdStRL 20 (1963), p. 53 (73) de um contexto indissociável de princípios materiais e processuais de interpretação. Ver, também, p. 76: bilateralidade (Doppelseitigkeit).

95 Cf., a propósito, P. Häberle, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), p. 111 (118 s.); idem, LZ 1973, 451 (452 s.); DVBl. 1973, 388 s.



também a teoria da legislação, isto é, seja admitida como uma interlocutora do legislador<sup>96</sup>.

A relevância da questão sobre os diferentes objetivos e métodos dos diferentes participantes demonstra-se com base em alguns exemplos: a *preferred-freedoms-doctrine*<sup>97</sup> e o postulado da *self-restraint* aplicam-se tão somente à jurisdição, e não à legislação. Nesse aspecto, o problema já foi contemplado por Hesse e Ehmke: se a interpretação constitucional está submetida ao princípio da “correção funcional”, então o órgão que interpreta com base em uma competência específica deve fazê-lo de maneira diversa de outro órgão, dotado de outras competências.

Teoria constitucional enquanto teoria de legislação deveria pesquisar – o que até então não foi feito – as peculiaridades da interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador (contemplar-se-ia, assim, a alta relevância do Direito Parlamentar). Essa questão tem sido apreciada até aqui de forma perfunctória: a partir da jurisdição constitucional, isto é, de seus limites jurídico-funcionais, v.g., com o auxílio da *preferredfreedom-doctrina*, da presunção de legitimidade da atuação legislativa<sup>98</sup>, da liberdade de conformação do legislador nos limites do “sistema axiológico” (“*Wertsystem*”) da Constituição<sup>99</sup> ou mediante utilização de fórmula negativa (negação de uma atuação arbitrária) (*Kein wirkürliches Handeln*)<sup>100</sup>. Cuida-se, agora, de descrever “positivamente” a interpretação constitucional realizada pelo legislador: a partir de seu processo (em particular do Direito Parlamentar), de suas funções<sup>101</sup>. Não se pode mais avaliar a questão apenas de um prisma negativo, isto é, sob a ótica dos limites jurídico-funcionais do intérprete constitucional (juiz). Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-fórmula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo constitucional (Cf. §§ 77, 88, II<sup>102</sup>, 88, 94, IV, V, da Lei da Corte Constitucional).

96 Sobre a Teoria da Legislação: P. Häberle, in: Th. Würtenberger (editor) *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 (38 s.); H. P. Schneider, idem p. 76; Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

97 Cf., a propósito, H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 437 s.; Haller *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, p. 40 s., 164 s.

98 Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 33.

99 BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97, (207); 14, 288 (301). Crítico, a propósito, Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973. Sobre isso, ver minha crítica in: JR 1974, 487 s.

100 BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudência, cf. BVerfGE (46). Sobre o assunto, ver o meu trabalho in: AöR 95 (1970), p. 86 (104 s.), 260 (281 s.) e para a relação entre jurisdição e a administração no que se refere ao âmbito da discricionariedade: Öff. Interesse, p. 647 s.

101 Importante se afigura a tentativa de Noll (*Gesetzgebungslehre*, 1973) no sentido de desenvolver um “método de legislação” que não seja apenas uma “questões de valor” (p. 63) e conceba formas de proceder orientadas pelo racionalismo crítico (cf., especialmente, o capítulo o desenvolvimento de alternativas e o processo de sua especialidade, o capítulo desenvolvimento de alternativas e o processo de sua crítica, p. 107 s.). Porém, Noll não concebe a legislação exatamente como uma forma de interpretação constitucional (cf. apenas, p. 103).

102 Pela aplicação do disposto no § 82, II, da Lei do Bundesverfassungsgericht ao processo de controle abstrato de normas (mediante alteração legislativa), Friesenhahn, JZ 1966, 705 (709). A propósito da aplicação

Afigura-se, igualmente, difícil a questão sobre se e em que medida outros participantes, singular ou coletivamente considerados ou em grupos, devem ser normativamente constitucionalizados. Essa questão deve ser respondida de forma diferenciada.

Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos, isto se aplica de forma limitada. Fundamentalmente, o processo político deve ser (e deve permanecer), tanto quanto possível, aberto, devendo, também, uma interpretação “diversionista” ter oportunidade de ser sustentada em algum momento. É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo a sua função enquanto instância crítica<sup>103</sup>. Porém, a ausência (*ein Zuwenig*) de *academical self-restraint* pode levar a uma perda de autoridade. A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

---

compreensiva do § 77 da Lei do Bundesverfassungsgericht pela Corte Constitucional, ver Lechner, BVerfGG, 3. ed., 1973, esclarecimento 2 sobre o § 77.

103 P. Häberle, *verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR99 (1974), p. 437 (453 s.).