

Teoria da Constituição sem Direito Natural*

PETER HÄBERLE

Jurista Alemão, Especialista em direito constitucional.

SUMÁRIO: I — A tese inicial; II — O seu desenvolvimento em pormenor; III — Duas reservas em relação à “adopção” do direito natural; IV — A relevância da controvérsia teórico-científica e teórico-social para a teoria e a prática constitucional democrática; IV.1 Como é que a teoria da Constituição assimila as teorias científicas e sociais? IV.2 Teoria da Constituição prática como instância crítica; IV.3 A Constituição como objecto das teorias científicas e sociais; V — Abordagens a uma teoria constitucional dos processos e alternativas práticas.

I — A TESE INICIAL

A “coisa” e a função Constituição da *res publica* deveria ela própria desenvolver-se, afirmar-se e suportar-se a si mesma, de tal maneira que não precise de “recursos” jusnaturais. A alternativa “direito natural ou direito positivo”¹ tem de se tornar supérflua para a teoria constitucional, isto é, uma teoria e uma prática constitucionais da comunidade política deveriam conseguir, seja acima ou abaixo do direito natural, mas em todo o caso independentemente dele, desenvolver problemas, argumentos e correlações de fundamentação, princípios materiais e processuais, *princípios constitucionais* “próprios” e *autossuficientes*. Trata-se de uma teoria constitucional democrática e moderna para além do direito natural. Trata-se de uma dogmática que também carrega e continua a carregar os textos constitucionais imutáveis.

II — O SEU DESENVOLVIMENTO EM PORMENOR

Sem dúvida que há “pontos de penetração” do direito natural no direito constitucional positivo: por exemplo, no art. 1º, nº 1, frase 1, no art. 6º, nºs 1

* Tradução de António Francisco de Sousa (FDUP) e de António Franco (FLUP).

1 Da doutrina: Böckle, Böckenförde (ed.), *Naturrecht in der Kritik*, 1973; Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* 1962; Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, 1972; A. Kaufmann, Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, espec. p. 16 e ss.; Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2. ed., 1969, p. 198 e ss.; P. Schneider, in: *FS für Gebh. Müller*, 1970, p. 435 e ss.; Kriele, *JuS* 1969, p. 149 e ss.; Henkel, in: *Ged.-Schr. für Marcic*, 1974, p. 63 (78).

e 2, nos arts. 19, nº 2, e 79, nº 3, da Lei Fundamental (em particular também nas Constituições dos Estados federados)². No processo do acto constituinte³ de 1949, o direito natural foi uma “força reguladora” indispensável, historicamente poderosa, como reacção ao despotismo do Estado da época anterior. Entretanto, o direito constitucional, com um toque de direito natural, e especialmente os direitos fundamentais, autonomizaram-se tanto face ao processo de positivação conduzido pelo pensamento jusnatural, graças a este processo e graças ao processo político e à dogmática constitucional, e integraram-se tanto no todo da Constituição e no seu carácter público, que ele se suporta “a si próprio”, isto é, já não carece de legitimação jusnatural.

Um exemplo é dado pela dogmática relativa aos arts. 19, nº 2, e 79, nº 3, da Lei Fundamental. O art. 19, nº 2, da Lei Fundamental tem importância declarativa porque (e na medida em que) é interpretado a partir dos direitos fundamentais como parte do todo da Constituição⁴. Também o art. 79, nº 3, da Lei Fundamental pode agora ser fundamentado a partir de correlações materiais e funcionais da Constituição⁵. Isto é tanto mais evidente quanto é certo que já a dogmática constitucional da época de Weimar, isto é, C. Schmitt, tinha, independentemente de postulados jusnaturais, antecipado o art. 79, nº 3, da Lei Fundamental⁶. Mas, em concreto, isto significa também que o art. 79, nº 3, da Lei Fundamental⁷ tem de continuar a ser cuidadosamente “actualizado” na história. Ele é parte integrante de uma Constituição “aberta”. De resto, a mais recente dogmática dos direitos fundamentais vive menos de impulsos jusnaturais do que de considerações “especificamente jurídico-constitucionais”, “liberais” e “de Estado social” ou teórico-sistemáticas⁸. Também a controvérsia fundamental não vive da discussão com posições jusnaturais, mas com a dogmática de um Forsthoff⁹ ou com a reflexão da filosofia axiológica¹⁰.

2 Sobre o assunto, Beutler, *Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945*, 1973.

3 Cf., sobre a função “dirigente” do direito natural, E. Zacher, *Der Begriff der Natur und das Naturrecht*, 1972, p. 141.

4 Sobre o assunto, Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 GG*, 1. ed., 1962, p. 234 e ss. e 2. ed., 1972, Prefácio, p. V e s. (no que se segue: *Wesensgehaltsgarantie*), Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 7. ed., 1974, p. 139 (no que se segue: *Grundzüge*).

5 Cf. o carácter declaratório que lhe foi, em parte, atribuído por Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, p. 90 e ss., espec. p. 99 e s.

6 Sobre o assunto, H. Schneider, in: *FS für C. Schmitt*, 1959, p. 159 (170, nota 28).

7 Sobre ele, mais recentemente: Hesse, *AöR* 98 (1973), p. 1 e ss.

8 Ver, por exemplo, Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1965; além disso, Podlech, *Der Staat* 6 (1967), p. 341 e ss. Sobre o estado de desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, cf. o debate in: *VVDStRL* 30 (1972), p. 142 e ss. Um balanço intermédio foi tentado no meu artigo in *AöR* 95 (1970), p. 617 e ss. Novos impulsos partem do Comentário ao art. 3º da Lei Fundamental de Dürig (Maunz-Dürig-Herzog, *GG*, fascículo complementar de 1973).

9 Especialmente in *VVDStRL* 12 (1959), p. 1 e ss.; *Rechtsstaat im Wandel*, 1964; *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971 (sobre o assunto o meu comentário in: *ZHR* 136 [1972], p. 425 e ss.

10 O Tribunal Constitucional Federal é tão reservado face à argumentação jusnatural (cf. *BVerfGE* 1, p. 14 [61]; 3, p. 225 [p. 233 e ss.]), como é aberto face ao “sistema de valores”. (Referências agora em Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973), cujo significado meramente verbal é não raramente evidente.

De futuro, tratar-se-á, por exemplo, de activar o conteúdo “jusnatural” da liberdade jurídico-fundamental¹¹ para trabalhadores migrantes e suas famílias¹² com o instrumental do Estado de prestação social, sendo que se deve relativizar a distinção tradicional entre direitos humanos e direitos cívicos^{12a}, ou seja, relativizar a nacionalidade como instituto. Neste ponto, os aspectos dos direitos humanos previstos na Convenção sobre os Direitos Humanos e o novo Pacto sobre os Direitos Humanos deveriam produzir os seus efeitos. Manifesta-se aqui uma nova parte da matéria direito natural, já abordada na Lei Fundamental, no art. 1º, nº 2. A teoria da Constituição não se pode eximir a esses desenvolvimentos e tem de, à sua maneira, proporcionar aos direitos fundamentais nacionais a nova componente de legitimidade, de modo que também aqui o direito natural possa passar para segundo plano. Também alguns “aspectos comuns de direito comum” europeus¹³ podem, a longo prazo, ganhar a força de princípios europeus comuns¹⁴.

Nos trabalhos de Scheuner¹⁵, de Herbert Krüger¹⁶ e de Hesse¹⁷, assim como de Ehmke¹⁸ e Badura¹⁹, surgem os contornos de uma teoria da Constituição que não é capaz nem necessitada de uma salvaguarda jusnatural. Também as posições contrárias teórico-constitucionais não são formuladas ao nível do direito natural²⁰. Outras contribuições teórico-constitucionais essenciais “sob” a

-
- 11 Sobre o debate acerca dos direitos fundamentais, mais recentemente: Hollerbach, “Aspekte der Freiheitsproblematik im Recht”, *Philosophische Perspektiven* 5 (1973), p. 29 e ss.; J. P. Müller, “Soziale Grundrechte in der Verfassung?” *Schweizerischer Juristenverein*, 107 (1973), p. 707 e ss.
 - 12 Cf. Doehring, Isensee, “Die staatsrechtliche Stellung des Ausländers in der BRD”, *VVDStRL* 32 (1974). Além disso, Pestalozza, *AöR* 99 (1974), p. 111 e ss. No meu entender, deve-se começar aqui ainda mais no fundo, isto é, no entendimento alterado de Estado (Estado prestacional). Além disso, os direitos fundamentais para estrangeiros devem diferenciar-se em três áreas, em que eles progressivamente ganham força: na área pública do Estado, na área social (art. 9º, nº 3, da Lei Fundamental) e na área privada (p. ex., art. 6º da Lei Fundamental): nesta área, os direitos fundamentais estão inteiramente garantidos.
 - 12.a Cf., sobre esta problemática, Dolde, *Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik*, 1972, p. 45 e ss. Sobre o art. 1º, nº 2, da Lei Fundamental: *BVerfGE* 35, p. 382 (407).
 - 13 Sobre este conceito, cf. o meu artigo in *AöR* 92 (1967), p. 259 e ss. (p. 269, 271, 279 e s.).
 - 14 Sobre o direito da União Europeia, com carácter fundamental, Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972; *idem*, in: *FS für Scheuner*, 1973, p. 211 (p. 216 e ss.).
 - 15 Especialmente: *VVDStRL* 25 (1965), p. 1 e ss.; o artigo “Verfassung”, *Staatslexikon*, 6. ed., 1963, v. VIII, coluna 217 e ss.; “Staatszielbestimmungen”, in: *FS für Forsthoff*, 1972, p. 325 e ss.; “Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext”, in: *FS für Scupin*, 1973, p. 323 e ss.
 - 16 Herbert Krüger, in: *FS für Smend*, 1962, p. 151 e ss.; “Der Verfassungsgrundsatz”, in: *FS für Forsthoff*, 1972, p. 187 e ss.; “Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen”, in: *FS für Scheuner*, 1973, p. 285 e ss.
 - 17 Especialmente: *Grundzüge*, *loc. cit.* (ver nota 4) (1. ed., 1967). Em Hesse não aparece o conceito de “direito natural” (porém, ver a remissão para os direitos humanos e os direitos civis como “princípios jurídicos suprapositivos” (“überpositive Rechtsgrundsätze”), *ibid.*, p. 119).
 - 18 *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 e ss.; *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 1-87.
 - 19 Cf. o artigo “Verfassung”, *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, coluna, 2343 e ss.; “Verfassung und Verfassungsgesetz”, in: *FS für Scheuner*, 1973, p. 19 e ss.
 - 20 Cf., por exemplo, W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3. ed., 1970; E.-W. Böckenförde, in: *FS für Hefermehl* 1972, p. 11 e ss.; Quaritsch, “Kirchen und Staat”, *Der Staat* 1 (1962), p. 175 e ss.

Lei Fundamental²¹ desenvolvem-se também independentemente do direito natural. O mesmo se aplica à discussão em torno da revisão da Lei Fundamental²².

Questões controversas candentes da actualidade, por exemplo a relação Estado/sociedade, Estado de direito e Estado social, separação de poderes, publicidade e interesses públicos (bem comum) e o conceito de lei²³, assim como questões de interpretação da Constituição, continuam a ser discutidas sem a influência de considerações jusnaturais, e isso também nos pontos em que o direito natural as tinha uma vez tematizado, por exemplo no caso do bem comum²⁴ e da “lei”. O que é surpreendente é a esterilidade das teorias jusnaturais para todas essas questões²⁵. E isso surpreende tanto mais quanto o efeito crítico muito autorizado do direito natural, “passando ao lado” do direito positivo ou “antecipando-se” a ele, foi no passado, repetidas vezes, historicamente enorme, no sentido de um direito natural “prospectivo” e não meramente retrospectivo. Tão importante é aprender a partir da história social, da história dos problemas e dos dogmas do direito natural²⁶, em particular dos seus erros ou parcializações – por uma série de razões, uma teoria e uma prática constitucional democrática da *res publica* tem de ser alcançada independentemente de testemunhos jusnaturais²⁷:

-
- 21 Especialmente Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961; idem, in: *Festg. für Maunz*, 1911, p. 285 e ss.; Hollerbach, “Ideologie und Verfassung”, in: *Ideologie und Recht*, 1968, p. 37 e ss.; Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. ed., 1967; Grimm, “Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform”, *AöR* 97: (1972), p. 489 e ss. Na Suíça: H. Huber, *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971; Bäumlin, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961.
- 22 Sobre o assunto, cf. o Relatório Provisório da Comissão de Inquérito da Câmara Baixa Alemã, 1973; Stern, in: *Festg. für Maunz*, 1971, p. 391 e ss.
- 23 Cf. a intervenção no debate de Hollerbach, *VVDStRL* 24 (1966), p. 232 e ss., sobre a categoria política e teórico-constitucional da generalidade da lei. Da doutrina: Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970; Roellecke, *Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz*, 1969 (sobre o assunto, cf. a minha recensão in *JZ* 1970, p. 110 e s.).
- 24 Sobre o assunto, Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970; mais recentemente, Stolleis, *Verwaltungsarchiv* 65 (1974), p. 1 e ss. Sobre a questão do direito de oposição, Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, 1969, p. 105, que considera o art. 20, nº 4, da Lei Fundamental como declaratório e qualifica o direito de oposição como direito suprapositivo.
- 25 Com razão observa E.-W. Böckenförde, loc. cit. (cf. nota 1), p. 96 e ss. (111), um “balanço passivo do direito natural eclesialístico no potencial reformista político e social concretizado em termos de conteúdo”; ibid., p. 116 e ss., sobre a esterilidade da doutrina jusnatural para o regime da propriedade. Sobre o “conceito de natureza da tradição de velha Europa” e de “invariância e indisponibilidade” transmitido por esse conceito ao direito natural: Luhmann, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), p. 175 (p. 180 e s.); exacta a sua definição (p. 181); “direito natural significa [...] negação da prestação interna do sistema social da sociedade na continuação do direito”.
- 26 Mas também a experiência histórica em geral (teoria da Constituição como “ciência experimental”). Com razão, Hesse, *Grundzüge*, loc. cit. (ver nota 4), p. 10 considera como critérios da justeza “a tradição comprovada, mas também o seu oposto [...] princípios jurídicos, que se formaram na experiência jurídica das gerações”.
- 27 Com reservas, H. Zacher, *Freiheitliche Demokratie*, 1969, p. 56: o direito natural pode contribuir apenas pouco para a concretização do Estado de direito democrático. Segundo Habermas, *Theorie und Praxis*, 4. ed., 1971, p. 89 (118), o direito natural carece actualmente de toda a justificação filosófica vinculativa, os “sistemas atraídos” não são de modo nenhum apenas controversos, mas ficam “em geral eles próprios abaixo do nível da filosofia contemporânea”. Cf. ainda a nota 105.

1. O conceito de “direito natural” está negativamente marcado, em último lugar, especialmente por uma abordagem unilateralmente individualista, “pré-estatal” e “pré-política”, que exclui ou omite a comunidade política democrática, e pelo seu puro carácter preventivo. Mas o conceito também é ambivalente e equívoco, marcado por uma variedade interminável de noções diferentes e até opostas²⁸, perdeu em encanto e perdeu em clareza. Tais conceitos fortemente onerados e “cambiantes”, a respeito dos quais (já) mal será possível estabelecer um consenso que suporte a comunidade, deviam ser abandonados. “Constituição”, “princípios constitucionais”, “teoria constitucional” da *res publica* – esses são conceitos que estão muito menos negativamente marcados. Eles conseguem designar a “coisa” de maneira mais útil para o consenso.

2. Uma conservação ou “cultivo” de rudimentos jusnaturais na totalidade da Constituição actual faz com que esta “se divida” em duas constituições: em partes ou núcleos (imutáveis) jusnaturais – “transcendentes à Constituição” – e em normas constitucionais “históricas” ou “positivas” – imanentes à Constituição. Isso poderia conduzir a ênfases naquela à custa desta, à “construção” de diferenças hierárquicas²⁹, que não fariam justiça à matéria homogênea “Constituição da *res publica*” e à sua realidade. Um tal desdobramento em “duas constituições” ameaça trazer para a Constituição valorações que poderiam pôr em perigo o seu desenvolvimento próprio – público – imanente e não transcendente. As relações íntimas entre direito natural, por exemplo o art. 1º da Lei Fundamental, e a organização política da democracia, ficariam ocultadas³⁰. Também por isso se deveria falar a favor de uma “separação umbilical” das “fontes” jusnaturais. Abstraindo disso, tem de se tornar claro que as respostas oportunas a questões (constitucionais) actuais são tão importantes como as respostas às chamadas questões “eternas”, muitas vezes apenas retrospectivas. Os problemas do (dia a dia), que se colocam *hic et nunc* a uma Constituição concreta, são tão importantes como os problemas “eternos”. Isto é particularmente evidente para um entendimento constitucional acentuadamente *político* e “aberto”. Mas o direito natural não raramente esqueceu o hoje perante a eternidade.

28 Cf. a panorâmica geral em E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. ed. 1964. Crítica já no meu livro *Wesensgehaltsgarantie*, loc. cit. (ver nota 4), p. 44, 89 e s., p. 145 e ss., p. 159, 217.

29 Nestes termos em Langner, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, 1959, p. 159 e ss., espec. p. 164. Sobre Langner, cf. a recensão de Hollerbach, *Phil. Jahrbuch* 69 (1961/62), p. 192 e ss.

30 Sobre o “poder de emancipação” da determinação da dignidade humana, cf. o meu artigo in: JZ 1,971, p. 145 (151). Ver ainda P. Schneider, *VVDStRL* 20 (1963), p. 1 (p. 35 e s.): “Esta discussão (isto é, sobre uma teoria da interpretação da Constituição) fica, no entanto, comprometida, se se tentar introduzir na Lei Fundamental, por via do art. 1º, nº 1, uma concepção jusnatural determinada em termos de conteúdo e actualizar este sistema jusnatural como base da interpretação da Constituição”. Segundo Dreier, “Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft”, *Rechtstheorie* 2 (1973), p. 37 (53), embora não haja “um direito natural eternamente válido e nenhuma teoria da boa sociedade que se tenha furtado à crítica”, o direito existente e a sociedade existente precisam do “controlo constante do grau de emancipação e da justiça social, que do ponto de vista histórico [...] são objectivamente possíveis” (com referência a Habermas).

3. “Constituição da *res publica*” – isto implica uma relação com o público, que “o” direito natural não pode tematizar. O direito constitucional não existe num mundo e numa transcendência “ideais”, mas no presente e no futuro, ele tem de ser – publicamente – defendido, criado e desenvolvido por pessoas³¹. Ele tem de dar provas de si, *hic et nunc*, em diversos processos públicos, ele próprio organiza processos públicos e é um processo público³². Ele tem de vigorar em concreto, tem de ser justificado e vivido em concreto, por pessoas e grupos, sob o signo da justiça pública, e não precisa e mesmo não pode sequer ser trazido das “estrelas” para a realidade³³. Compreender princípios constitucionais como “*law in public action*” está vedado ao direito natural tradicional. Essas perspectivas só podem ser abertas por uma “teoria constitucional republicana”. A referência ao carácter processual do direito constitucional torna também possível integrar o “princípio da esperança” na teoria da Constituição³⁴; ele tem de ser transformado em teoria da Constituição, por exemplo, por via de um entendimento “aberto” de interpretação, por via de questões de política constitucional (desenvolvimento de alternativas “de reserva”, soluções reexamináveis de problemas). Um entendimento *ontogénico* da Constituição pode abri-la ao futuro por meio de conceitos como “pós-entendimento” (enquanto “pré-entendimento do futuro”)³⁵ e tematizar o problema do tempo, por exemplo por meio de uma inclusão *interna* de possíveis e necessárias revisões constitucionais, por meio da adopção do conceito autónomo de “alteração da Constituição”³⁶, por via do efeito antecipado das leis, legitimado e limitado teórico-constitucionalmente, assim como por via de cláusulas reformistas ou experimentais. Este amplo e público quadro de referência da Constituição da *res publica* permite também recuperar a mais recente discussão teórico-científica e teórico-social: teoria da Constituição como teoria social reportada teórico-cientificamente. A Constituição estrutura não só o Estado, mas também a sociedade; ela tem uma relação com a realidade de que muitas vezes se sente a falta nas doutrinas jusnaturais; o mesmo se aplica ao pensamento processual. O direito consuetudinário constitucional, uma manifestação muitíssimo “normal” do direito constitucional na medida em que a maior parte das vezes é um problema de interpretação em relação ao direito escrito³⁷, não pode igualmente, a partir do direito natural,

31 A teoria da Constituição tem de trabalhar mais fortemente em termos antropológicos do que até agora. Sobre antropologia jurídica, cf. Th. Würtenberger, in: *FS. für E. Wolf*, 1972, p. 1 e ss. Sobre a teoria da Constituição enquanto “ciência crítica de integração”, ver adiante IV 2.

32 Sobre o assunto, cf. o meu artigo “Öffentlichkeit und Verfassung”, *ZfP* 16 (1969), p. 273 e ss.

33 Cf. a imagem em J. H. Kaiser, (artigo “Staatslehre”, *Staatslexikon*, 6. ed., 1962, v. VII, coluna 589 (602)).

34 Sobre o assunto, Häberle, *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (p. 110 e ss. e *LS* 40) e *DÖV* 1972, p. 729 (732).

35 Sobre o assunto, cf. o meu artigo “Zeit und Verfassung”, *ZfP* 21 (1974), p. 111 (p. 126 e ss.).

36 Sobre a sua problemática, mais recentemente, Hesse, “Grenzen der Verfassungswandlung”, in: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 e ss.; Fiedler, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972. Há não só efeito prévio, mas também “efeito ulterior” das leis (formalmente revogadas).

37 Do ponto de vista de um entendimento “aberto” de interpretação, o “direito consuetudinário” (constitucional) deve ser posto em dúvida enquanto instituto autónomo. Considerado a mais longo prazo, ele é o resultado da

ser devidamente tematizado. A teoria constitucional democrática suporta-se a si própria, entre outras coisas, pelo facto de envolver conscientemente o *factor tempo*, por exemplo através de um entendimento de interpretação que se desenvolve para além da questão “estabilidade ou mudança” e que se preocupa com as condições para a estimulação da “mudança”.

Depois de tudo isto, a teoria constitucional democrática consegue hoje produzir mais do que o conglomerado de várias ideias jusnaturais. O Tribunal Constitucional Federal³⁸ referiu-se a estas na sua formulação muitas vezes citada da “diversidade das doutrinas jusnaturais”, que, no seu entender, surge logo que é abandonado o âmbito dos princípios jurídicos fundamentais.

4. A teoria da Constituição moderna tem de definir sempre de novo os limites *jurídico-funcionais* dos órgãos constitucionais entre si³⁹. Sobre eles, o direito natural nada diz. Assim, as fronteiras da cooperação funcional e diferenciada, por exemplo entre o legislador democrático e o Tribunal Constitucional

interpretação do direito escrito *hic et nunc*, servindo, em primeiro lugar, como substituto de fundamentação. No processo interpretativo ulterior, isto é, mais dilatado no tempo, o direito consuetudinário pode, a maior parte das vezes, incluir-se numa norma jurídica (constitucional) escrita, ou no seu “pós-entendimento”. Pense-se no “princípio não escrito” da fidelidade à Federação. Ele é hoje expressão de um determinado entendimento de Estado federado (sobre o assunto, Hesse, *Grundzüge, loc. cit.* [ver nota 4], p. 107 e ss.; *BVerfGE* 34, p. 9 [20]). O “sacrifício” e a ingerência de efeito equivalente à expropriação (sobre o assunto, Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 439 e ss.) podem atribuir-se hoje aos arts. 14 e 20, nº I, da Lei Fundamental (ou ao art. 3º, neste sentido se exprimiu Dürig em relação ao sacrifício, *in*: Maunz-Dürig-Herzog, *GG*, (art. 3, nº 1, número de margem 58). A fonte auxiliar e a muleta de uma construção do direito consuetudinário podem ser suprimidas. O pretense direito consuetudinário é uma forma da “*law in public action*”. Na óptica de um pensamento positivista, ele precisa da técnica “direito consuetudinário”. O que não parece “derivável” do direito escrito precisou desta ponte. Num entendimento ulterior daquilo que a interpretação pode e quer fazer, o direito consuetudinário pode, a maior parte das vezes, ser atribuído a uma norma jurídica escrita – interpretada (isto contra *BVerfGE* 28, p. 220 [224]). Mas a interpretação não pode estar unilateralmente fixada à jurisprudência (constitucional), a legislação e a administração não “interpretam” menos. Também aqui se mostra como o tempo “trabalha” *ex post*, revela-se como interpretação (alterada), o que *ex ante* ou *ex nunc* se apresenta como criação de novo direito. Uma análise histórica dos problemas teria de demonstrar que o direito consuetudinário (constitucional) foi aceite onde o positivismo entendeu a “interpretação” de maneira demasiado restrita. (Posição crítica em relação ao direito consuetudinário constitucional, mas a partir de outros pressupostos mentais: Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?* 1972, espec. p. 143 e ss.). Especialmente no direito orgânico, a prática factual e a expectativa de conduta dos órgãos do Estado assim surgida e estabilizada actuam de maneira especialmente forte como “material” no processo de interpretação. A teoria da interpretação constitucional tem de tematizar mais fortemente do que até agora a relevância da prática factual e coisa semelhante, para a interpretação do direito “escrito”, isto é, tem de atribuir ao processo *normal* de interpretação muita coisa que até agora foi considerado como “tipicamente de direito consuetudinário”.

38 *BVerfGE* 10, p. 59 (81). O Tribunal Constitucional Federal pode agora, depois da “normalização” de princípios especificamente constitucionais (espec. jurídico-fundamentais) graças à racionalização progressiva dos métodos interpretativos, e depois da criação de jurisprudência aperfeiçoada sobre o bem comum – comprovantes *in AöR* 95 (1970), p. 86 e ss., 206 e ss.; mais recentemente, *BVerfGE* 33, p. 1 (p. 10 e s.), 23 (p. 29 e s.), 52 (p. 66 e ss.), 125 (p. 158 e ss.), 171 (p. 186 e ss.), 232 (p. 234 e s.), 303 (p. 338 e ss.), 367 (377); 34, p. 71 (78), 204 (p. 209 e s.), 238 (p. 245 e s., 248 e s.); 269 (283), 384 e ss.; 35, p. 1 (p. 9 e s.), 35 (p. 39 e s.), 79 (p. 122 e ss.), 185 (190), 202 (p. 220 e ss.), 307 (309), 311, (321); 36, p. 47 (59), 212 (p. 219, 223), 264 (269), 281 (293) – “repelir” rudimentos jusnaturais, da mesma maneira que pode e deveria abandonar o pensamento do sistema de valores (sobre o assunto, Goerlich, *loc. cit.* (cf. nota 10), e a minha recensão *in*: *JR* 1974 [i. E.]).

39 Sobre o assunto Hesse, *Grundzüge, loc. cit.* (cf. nota 4), p. 32 e ss.

Federal – sobre o qual a teoria da Constituição se torna diversamente prática –, são flexíveis⁴⁰, variáveis e abertas. Numa Constituição viva, elas modificam-se. Isto é simultaneamente expressão e consequência do “processo de crescimento” – alheio ao direito natural – da Constituição, processo em que os textos também se podem “regenerar”.

A abordagem jurídico-funcional tem de se apoiar numa abordagem sociológico-orgânica. A orgânica do Tribunal Constitucional Federal (o estatuto dos seus juízes, o seu procedimento) está dependente das suas funções; ao contrário, são estas que codeterminam a sua orgânica. Em termos teórico-sistemáticos: as relações do sistema com a sua envolvente têm efeitos sobre a orgânica do sistema. As ciências sociais⁴¹ devem ser chamadas aquando da averiguação das condições para o funcionamento dos órgãos constitucionais.

III – DUAS RESERVAS EM RELAÇÃO À “ADOPÇÃO” DO DIREITO NATURAL

O que se disse está sob duas reservas. Por um lado, partes do direito natural “de que não se duvida”, por exemplo aspectos do art. 19, nº 2 (dignidade humana) e do art. 79, nº 3, da Lei Fundamental, deveriam – apesar de toda a qualificação como normas meramente declarativas – permanecer na sua função de “travão de emergência” e *também* de consciência dogmático-constitucional fundamentável em termos de direito natural. A teoria da Constituição não pode sobrestimar as suas possibilidades; ela tem de avaliar realisticamente os limites da capacidade das constituições. Pode haver situações(-limite) em que o recurso ao direito natural face à arrogância do poder do Estado e da sociedade é mais eficiente do que a subtil fundamentação teórico-constitucional. A teoria da Constituição tem de dar provas de si no processo *político* e desse modo também na luta⁴², ela tem de exercer influência nas forças e nos interesses políticos e

40 Sobre o assunto, cf. a minha recensão de Haller, “Supreme Court und Politik in den USA”, 1972, in: *DVBl.* 1973, p. 388 e s., a “*preferred-freedoms-doctrine*” americana (sobre o assunto: Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 437 e ss.) tem, no entanto, de ser modificada tendo em conta factores económicos actuais que prejudicam fortemente o processo político. Da doutrina, agora Schuppert, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt*, 1973.

41 Elas teriam de averiguar se, e se necessário, com base em que estruturas orgânicas o Tribunal Constitucional Federal tem de observar reservas, mais em determinadas questões, menos noutras (eventualmente direitos fundamentais, em especial os referentes à personalidade e à democracia). A abordagem orgânico-sociológica e jurídico-funcional mostra que o direito processual constitucional (tal como o direito parlamentar) é “meio direito constitucional”: porque prejudica materialmente a interpretação da Constituição (sobre o assunto, Häberle, *JZ* 1973, p. 451 [p. 452 e s.] a crítica de Ek. Schumann, *JZ* 1973, p. 484 [p. 488 e s.] não se dá conta da questão fundamental).

42 Tem de se advertir contra a sobrevalorização do efeito do trabalho de filigrana teórico-constitucional. (Contudo o “efeito a longo prazo” de tal trabalho também não pode ser subestimado – pense-se nos trabalhos fundamentais da época de Weimar). Precisamente agora, está em curso uma grande luta em torno da obtenção ou do “preenchimento” dos conceitos políticos e político-constitucionais (é sugestivo o título de Kull “*Verfassung als Parteiprogramm*”, in: *FS für Forsthoff*, 1972, p. 213 e ss.). A teoria da Constituição tem de tematizar, mais que até agora, as questões do poder, sem se deixar corromper, consciente ou inconscientemente, por esse poder. Ela tem de examinar, enquadrar e limitar os centros de poder, como empregadores e sindicatos, de todos os lados científicos e tem especialmente de reflectir sobre como poderá conseguir a atenção por parte

ser tendencialmente apreensível na consciência *cívica*. Formulando de maneira exagerada: é nas salas de aula que se decide que teoria da Constituição nos podemos permitir. O ensino constitucional tem de começar aqui. É já aqui que se tem de praticar a tolerância – aquela tolerância que é uma declaração constitucional⁴³ essencial. Quer dizer, concretamente: a teoria da Constituição tem de se assegurar da cooperação das ciências da educação.

Por outro lado, temos de reflectir: contra a teoria da Constituição aqui aludida, apenas visível nos seus contornos e certamente (demasiado?) exigente, poderia levantar-se a acusação de que seria “teologia constitucional”. Mas desde o princípio nós temos de opor a isso. A teoria da Constituição não pode ser erguida e “canonizada” como “novo” direito natural, substituindo o direito natural. O campo de forças político em que ela actua, a relação com a realidade e com o público em que se encontra e a crítica científica a que se tem de expor têm de impedir isso. A virtude da comparação constitucional no âmbito dos Estados constitucionais democráticos do ocidente⁴⁴ e da “comparação sistemática” com Estados do oriente⁴⁵ produz efeitos na mesma direcção.

A teoria da Constituição tem de ser e de continuar a ser discutível – ela tem de se (poder) tematizar a si própria. Ela tem de abrir e *manter* abertos caminhos para o dissenso e para o consenso. É da história do direito natural que se pode, neste sentido, precisamente aprender: por exemplo das suas absolutizações, da necessidade de “fixar” concretamente o direito (natural) (direito natural como material empírico), das diversas funções do direito natural, que deveriam ser analisadas com vista a eventuais paralelos com a função da teoria da Constituição.

A teoria constitucional democrática tem de estar pronta para responder à questão de saber *quem* concretamente a impõe no processo político e como

deles. Pense-se na discussão em torno da “cogestão e repartição de lucros” (sobre o assunto, cf. Mestmäcker, *FAZ* de 21.07.1973, p. 15; Scholz, *Der Staat* 13 [1974], p. 91 e ss.). A questão dos custos, “custos” no aspecto social, financeiro e político(-constitucional), aqui em particular no aspecto jurídico-fundamental, tem de ser tratado orientado para as consequências, no sentido do racionalismo crítico (cf. por exemplo Albert, *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, 1971, p. 71; Popper, “Zur Theorie der Politik”, *Rechtstheorie* 4 [1973], p. 88 e s.). A importância que tem o tratamento científico “plural” é ilustrada pela tese de Biedenkopf “Entwertete Währung – entwertete Demokratie” (“moeda desvalorizada – democracia desvalorizada”) (*FAZ*, de 26.06.1973, p. 20). Sobre ele apenas se pode discutir no sentido do texto (adiante sob IV). Aqui é desafiada a “economia nacional”, sobre cujo “objecto e métodos” informa o volume publicado por Jochimsen e Knobel, 1971. A discussão em torno da “organização económica”, lei da estabilização e crescimento da economia e “tarefas comuns”, mostrou quão relevantes podem ser as ciências económicas para questões parcelares da teoria da Constituição.

43 Sobre o assunto, a minha recensão de Listl, “Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland”, 1971, in: *ZevKR* 19 (1974), p. 206 (p. 212 e ss.); *BVerfGE* 33, p. 23 (32).

44 Sobre a comparação no direito público: *ZaöR* V 24 (1964), p. 391 e ss., com os contributos de J. H. Kaiser, Strebel, Bernhardt e Zemanek; agora Mössner, *AöR* 99 (1974), p. 193 e s

45 Por exemplo os materiais relativos ao “Estado da Nação”, 1972, *BT-Drucks.* VI/3080.

ela se afirma e desenvolve no processo político⁴⁶. Ao contrário do que sucede com o direito natural, ela pode reagir contra o perigo permanente da dogmatização. No entanto, deve-se providenciar para que os conteúdos jusnaturais não sejam simplesmente substituídos pelos conteúdos jurídico-constitucionais: no sentido de uma fraude de rótulos, encoberta ou a descoberto. A função, tanto crítica como estabilizadora (descongestionante), da teoria da Constituição tem de permanecer conhecida.

Mas honestamente devia confessar-se que, como toda a teoria, também a teoria científica acerca da “matéria Constituição” não consegue, de modo nenhum, resolver a maior parte ou até todos os problemas, apenas adiando não raramente esses problemas. Aqui se tornam visíveis os limites da capacidade do conhecimento científico: determinadas questões são ocultadas, consciente ou inconscientemente.

Se a teoria constitucional prática pode ou tem de trabalhar, no sentido esboçado, *sem* o direito natural, então ela está hoje perante uma tarefa que exige muito dela, mas à qual não consegue furtar-se: ela tem de assimilar a actual controvérsia teórico-científica e teórico-social.

IV — A RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA TEÓRICO-CIENTÍFICA E TEÓRICO-SOCIAL PARA A TEORIA E PRÁTICA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Impõem-se perguntas em três direcções-alvo: como é que a teoria da Constituição assimila as actuais teorias científicas e sociais? E, vice-versa: o que é que a teoria da Constituição faz por estas? Finalmente: Em que medida as teorias da ciência e da sociedade têm de tematizar a Constituição? Em relação a tudo isso, só se podem fazer aqui considerações esquemáticas. Elas servem muito especialmente para a legitimação da Constituição democrática como Constituição da liberdade em geral. A teoria da Constituição devia fazer uso do fascínio que a ideia de “Constituição” continua a ter na consciência pública: não no sentido de política de base de poder científico introvertido, mas por razões da causa “*res publica*”.

46 A Constituição não só não é um “seguro de vida político” (Ehmke), como também não é um seguro de vida *jurídico*, isto é, a jurisprudência não pode, só por si, assumir a garantia de que a Constituição seja “correctamente” interpretada e desenvolvida (“vívida”). A controvérsia em torno do tipo e qualidade dos métodos de interpretação nunca poderá ser “definitivamente” dirimida. A questão é apenas saber como é que o pluralismo de métodos pode ser, em dado momento, abertamente “organizado”. Também o todo social que o condiciona tem de ser organizado, isto é, a *publicidade pluralista* tem de ser organizada – em todas as áreas e planos que se tornem directa ou indirectamente relevantes para a interpretação constitucional (na área da formação profissional jurídica diversidade pluralista das orientações científicas), assim como na área da rádio e televisão enquanto “escola nocturna da nação” (através de leis do pluralismo, sobre elas o meu artigo *in: FS für Küchenhoff*, 1972, p. 452 [465]), e finalmente na composição dos juizes do Tribunal Constitucional Federal. A abertura pluralista exige a maior amplitude possível dos interesses e ideias que nela se manifestam. A “autonomia do juiz” muitas vezes mencionada deve ser considerada como estando no meio desta publicidade pluralista. Esta tem de ser “projectada” na interpretação da Constituição.

IV.1 COMO É QUE A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ASSIMILA AS TEORIAS CIENTÍFICAS E SOCIAIS?

A teoria constitucional democrática tem de ser “esclarecida” em termos teórico-científicos, porque ela própria tem carácter científico e se torna socialmente relevante⁴⁷.

A teoria da Constituição de hoje⁴⁸ tem de se prontificar para a discussão teórico-científica e teórico-social de uma maneira aberta e em toda a extensão e profundidade⁴⁹. Isso tem sucedido até agora apenas embrionariamente, pontualmente, por exemplo na discussão sobre democracia⁵⁰ e planeamento⁵¹, assim como na área educacional e, raramente, mediante clarificação da questão de princípio como questão *preliminar*. Todavia, a teoria da Constituição não pode, pura e simplesmente, “pendurar-se” na “carruagem da moda” de umas quantas teorias científicas e sociais, por mais que ela esteja condicionada pelo tempo⁵². Pelo contrário, ela tem de assimilar diferenciadamente (“filtrando-os”)⁵³ os resultados delas, de acordo com o seu próprio objecto e tarefas específicos. Ela deveria, no entanto, aproveitar a oportunidade para, adicionalmente, de modo consciente e aberto, tornar inseguros e alicerçar, através das teorias

-
- 47 A teoria científica é também sempre um pedaço de teoria social. Ao invés, a teoria social tem implicações na teoria científica. Em relação à interacção entre teoria científica e filosofia social em geral e em especial em Popper. Flohr, *Rechtsrheorie* 3 (1972), p. 62 e ss. (71), que, com razão, chama a atenção para a produtividade do pensamento de Popper, por exemplo para uma teoria da democracia (p. 65 e ss.) e que lamenta que o racionalismo crítico de Popper seja demasiado pouco testado em questões concretas, p. ex., na discussão sobre parlamentarismo (p. 73). Cf. a réplica de Popper, *Rechtstheorie* 4 (1973), p. 88 e s., e a sua firme opinião de que não conhece nenhuma sociedade razoável, mas sempre uma “que é mais razoável do que a existente e, por isso, nos devemos ambicionar”.
- 48 Ela tem de procurar contacto com a discussão teórico-científica geral, directamente e não por via (indirecta) da “teoria política geral” (como, em parte, em Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, p. 15 e ss.; sobre o assunto, cf. Häberle, *AöR* 98 [1973], p. 119 e ss.), da teoria administrativa (em König, *Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft*, 1970), das teorias do sistema e da decisão (importante: W. Schmidt, *AöR* 96 [1971], p. 321 e ss.; Schmitt Glaeser, *VVDStRL* 31 [1973], p. 179 [p. 193 e ss.]). Na discussão do métodos e na teoria jurídica, o estado de discussão interdisciplinar está mais adiantado e é mais intenso do que na teoria da Constituição: cf. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970; Dreier, in: *FS für H. J. Wolff*, 1973, p. 3 e ss.; A. Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie*, 1971; H. P. Schneider, in: *FS für E. Wolf*, 1972, p. 108 e ss.; para a dogmática do direito administrativo, Brohm, *VVDStRL* 30 (1972), p. 245 e ss.; meritório é agora o volume editado por Grimm *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, 1973, v. 1.
- 49 Isto pode também ser continuado e eventualmente relativizado por alguma controvérsia à volta das posições clássicas de Smend, C. Schmitt, Kelsen e Heller. Os primeiros exemplos da assimilação de conhecimentos teórico-científicos na jurisprudência: Lüderssen, *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972; Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973; Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen Gleichheitssatzes*, 1971.
- 50 Sobre o assunto, Denninger, *Staatsrecht* 1, 1973, p. 55 e ss., espec. p. 58 e ss. Acertadamente H. Maier, *SZ* de 26. 27. 5. 1973, p. 142: “A democracia não navega na onda da moralidade exaltada, mas desliza sobre o óleo da sociabilidade humana”.
- 51 Sobre o assunto, cf. N. Kewenig, *DÖV* 1973, p. 23 e ss.; Jochimsen, “Zur Philosophie staatlicher Planung”, *Bol.*, n. 133, de 18.10.1973, p. 1309; E.-W. Böckenförde, in: *Der Staat* 11 (1972), p. 429 e ss.
- 52 Especialmente a teoria do sistema nem sempre ficou preservada de alguma recepção meramente verbal na literatura jurídica, o que também depende da sua própria pretensão de expansão.
- 53 Uma tentativa especial neste sentido é o meu *tratamento da problemática “Effizienz und Verfassung”* (“Eficiência e Constituição”), *AöR* 98 (1973), p. 625 e ss.; cf. anteriormente o meu artigo, “Öffentlichkeit und Verfassung” (“Publicidade e Constituição”), com referência a Habermas, *Zfp* 16 (1969), p. 273 e ss.

científicas e sociais, os seus “próprios” conhecimentos adquiridos até agora. Não há uma maneira “relativamente correcta” de a teoria da Constituição se ver e apresentar, sem tais “maneiras de os outros as verem” controlando-as⁵⁴.

Alguns exemplos poderão ilustrar isto mesmo. O entendimento (também) funcional dos direitos humanos⁵⁵ pode ser alicerçado, por exemplo, pela abordagem de Luhmann⁵⁶; o carácter aberto da Constituição (no sentido de Hesse e Ehmke) pode sê-lo pelo racionalismo crítico⁵⁷. Este último fornece especialmente também pontos de vista para o desenvolvimento de factores de separação de poderes, por exemplo nos domínios públicos (palavra-chave: separação de poderes publicística), para a preservação do lado “privado” dos direitos fundamentais, assim como para a interpretação constitucional e para uma teoria da revisão (e da mudança) constitucional que conduz à confirmação da Constituição⁵⁸.

A teoria constitucional prática, que se sabe vinculada ao racionalismo crítico⁵⁹, tem a missão de desenvolver alternativas “para reserva”. Ela não conhece verdades absolutas, mas procura verdades relativas (o consenso) em processos, cuja organização se torna no problema decisivo (*teoria constitucional dos processos e alternativas*). Ela pode fazê-lo graças ao art. 5º, nº 3, da Lei Fun-

-
- 54 Produtiva é a definição de Hentig de “política” (“Politik”) como “regulação comum e flexível de questões comuns”, *Die Wiederherstellung der Politik*, 1973, passim, espec. p. 10, 58, 97, 119 e s., 151.
- 55 Häberle, *Wesensgehaltsgarantie*, loc. cit. (cf. nota 4), passim, espec. p. 8 e ss. Crítica em H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, passim, espec. p. 60 e ss. (sobre o assunto, cf. a minha recensão in *DÖV* 1974, p. 343 e ss.). O entendimento actual dos direitos fundamentais determina e modifica a própria qualidade do Estado.
- 56 Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1965. Sobre o assunto, cf. a minha crítica in: *JZ* 1966, p. 454 e s.
- 57 Cf. uma boa descrição do racionalismo crítico em Schwerdtner, *Rechtstheorie* 2 (1971), p. 67 e ss., p. 224 e ss., com a importante referência à “relatividade de todo o entendimento” (p. 224), ao pluralismo teórico (p. 225) e ao “raciocínio em alternativas” (p. 243). Albert, in: *Logik der Sozialwissenschaften*, ed. de Topitsch, 1967, p. 181 (199): o racionalismo crítico “orienta-se para a investigação das condições sociais, das relações de governação e relações de poder, para a crítica da sua mascarada ideológica e do seu confronto com factos desagradáveis”. Cf. recentemente Popper, *Rechtstheorie* 4 (1973), p. 88: “Eu sou pluralista, isto é, acredito que todo um espectro de opiniões diferentes, mesmo de natureza metodológica e de princípio, têm lugar lado a lado e que devem encontrar-se em concorrência intelectual umas com as outras”. *Idid.*, p. 88 e ss. Encontram-se também observações consequentes sobre a política (reformista) (“O político deve...), na perspectiva da teoria científica de Popper.
- 58 Sobre o assunto, cf. o meu artigo “Zeit und Verfassung”, *ZfP* 21 (1974), p. 111 e ss. (p. 129 e s.). A censura ao “ecletismo” não faltará. A abertura da teoria constitucional confirma-se, no entanto, no facto de ela conseguir integrar partes de diversas abordagens teórico-científicas e teórico-sociais: tendo em conta a “questão jurídico-constitucional” da *res publica* liberal. Elas constituem em conjunto o “espectro” da teoria constitucional. A “questão jurídico-constitucional” reduz a arbitrariedade dos critérios de escolha pelos quais se avalia se, por exemplo, afirmações da teoria crítica ou da hermenêutica podem ser tornadas produtivas. É que a Constituição exige confirmação *prática*. Cada “teoria” tem de mostrar aqui se e em que medida se pode transformar numa teoria da prática: através da teoria e da prática constitucionais (crítica a partir da prática). Isso exige “economia mental”, isto é, o grau de abstracção não pode ser demasiado aumentado.
- 59 Sobre o assunto, os meus “Anläufe”, in: *AöR* 98 (1973), p. 119 (p. 129 e ss.); *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (p. 72 e s.; 102); *AöR* 98 (1973), p. 625 (p. 629 e ss.). Cf. a defesa apaixonada de Dürig (Maunz-Dürig-Herzog, *GG*, (art. 3º, in: 1, número de margem 210), de “*trial and error*” como método de aplicação da lei em Constituições liberais (abertura à “reforma da reforma). Ver também *BVerfGE* 34, p. 269 (p. 287, 288 e s.) sobre a variação da norma graças à interpretação.

damental – liberdade científica. Ela sabe que também os seus conhecimentos não são neutros em relação a interesses. O art. 5º, nº 3, da Lei Fundamental é a instância autocrítica da teoria constitucional prática. Esta está à frente de toda a teoria científica⁶⁰, pelo facto de, por via do art. 5º, nº 3, da Lei Fundamental, se manter aberta, ou de manter aberta a comunidade a *todas* as teorias científicas. Graças a esse espírito de abertura, ela desenvolve-se a si mesma, acompanha o tempo.

De forma especial, a capacidade do racionalismo crítico tem os seus *limites*. Se a característica principal da teoria crítica (e da sua versão moderna da transmissão de teoria e prática) consiste no facto de, por um lado, ela reflectir a correlação de constituição dos problemas e das situações de interesses a que ela própria pertence e de, por outro lado, analisar a correlação de acção que ela pode influenciar de maneira orientadora da acção⁶¹, então a teoria da Constituição tem de ser, neste aspecto, “teoria crítica”. A teoria da Constituição tem de se considerar a si própria como grandeza questionável – a categoria dos “interesses orientadores do conhecimento” é precisamente aqui um autêntico benefício. As condições prévias das Constituições democráticas têm de ser discutidas sem que a Constituição em dado momento em vigor possa e tenha o direito de ser o ponto de Arquimedes. De tais condições prévias fazem parte – como o mostrou o materialismo histórico⁶², mas de maneira demasiado unilateral – as bases económicas, mas também, por exemplo, os problemas de consenso⁶³.

60 A teoria da Constituição não tem, porém, de antemão, esta vantagem, mas tem primeiro de trabalhar para a conseguir. Toda a teoria poderia, se quisesse, tomar a liberdade de se questionar a si própria – a teoria da Constituição é desafiada a fazê-lo por força do art. 5º, nº 3, da Lei Fundamental.

61 Habermas, *loc. cit.* (cf. nota 27), p. 10. Efeitos declarados de Habermas sobre análises jurídico-constitucionais por exemplo em Stock, *Pädagogische Freiheit und politischer Auftrag der Schule*, 1971, p. 291 e ss.; Denninger, *Das Hochschulrahmengesetz – Kernstück einer Bildungsreform?* 1972, p. 50 e s., 71; Rinke, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem*, 1971, por exemplo p. 217, 264 e s.; Schuppert, *loc. cit.* (ver nota 40), p. 188 e ss. É produtiva a interpretação de Habermas dos direitos fundamentais como “princípios de uma ordem jurídica global de Estado social” (*loc. cit.*, p. 118 e ss.), que resultou precisamente de uma crítica das tradições jusnaturalistas. Mas, em geral, terá de se partir de que, em consequência do elevado grau de abstracção das teorias científicas e sociais, os seus conhecimentos só lentamente entrarão na argumentação jurídica correcta. A sua principal importância residirá provisoriamente ainda no facto de neles estarem contidas referências sobre onde e como estão escondidos os problemas, por exemplo, na democracia. A ocupação com as teorias científicas e sociais tem um efeito sensibilizador na consciência dos problemas e desenvolve assim, subconscientemente, um efeito sobre o direito constitucional.

62 Um exemplo clássico de como a abordagem marxista pode ser, por um lado, assimilada e, por outro, apesar disso criticada, encontra-se na *Staatslehre*, de Heller, 1934, cf. p. 112 e s., p. 166 e ss. e p. 212 e ss.

63 Tem de se conseguir um consenso, porque a prática jurídica se encontra sob pressão decisória e tem de resolver conflitos. Os processos de criação de consenso, as condições de constituição do consenso, por exemplo a maioria ou a “maioria dominante”, “convenções” ou a “razão” têm de ser analisadas. Neste aspecto, a teoria da Constituição precisa da hermenêutica. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 2. ed., 1965, p. 311, qualifica a hermenêutica jurídica como exemplar; encontra-se um paralelo em Popper, na medida em que ele compara a Constituição das normas básicas com o veredicto dos jurados no processo do tribunal de jurados (*Logik der Forschung*, 4. ed., 1971, p. 74 e s.).

Além disso, a teoria da Constituição não pode, em questões práticas como a dogmática dos direitos fundamentais sociais⁶⁴, a discussão sobre o Estado social em geral, mas também, por exemplo, no problema da liberdade interna de imprensa, passar ao lado dos contributos da teoria crítica, mesmo que não aceite as suas premissas. E é obrigada a não fugir à discussão, quando a teoria crítica “põe a descoberto” “estruturas de poder” de uma sociedade e os interesses que estão por detrás de cada instituto constitucional.

A referência a conflitos e interesses⁶⁵ é imprescindível, mas a teoria da Constituição não pode deter-se nessa referência. Ela tem também de mostrar onde e como nas instituições constitucionais estão instalados interesses razoáveis⁶⁶, que razão obtida por experiência – “razão constitucional” – está institucionalizada e onde está instalada a possibilidade de desenvolver contrarrazão: isto é, sobretudo no processo. Em resumo, tem de se proceder de modo relativamente pragmático⁶⁷ e tem de se questionar o que a respectiva teoria dá a favor das, respectivamente, diferentes áreas problemáticas da Constituição. Assim, da “oferta” das diferentes teorias científicas têm de ser obtidos pontos de vista para os problemas jurídicos⁶⁸.

Torna-se, por conseguinte, na mais importante função da teoria da Constituição criar todos os pressupostos materiais e processuais para que se tornem possíveis a “comunicação sem entraves” e a “ponderação pública” no sentido de Habermas, mas também no sentido de Popper e de Albert. A teoria da Constituição tem, neste aspecto, de, em relação às teorias científicas e sociais, desenvolver ela mesma uma “técnica de obra imperfeita” no sentido de Popper, e isso em todas as suas áreas de trabalho: na tarefa da interpretação, assim como nas emendas constitucionais. Ela⁶⁹ torna-se, assim, em teoria constitucional das

-
- 64 Sobre o assunto, Häberle, in *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 e ss. (espec. p. 69 e ss., 90 e ss.); J. P. Müller, “Soziale Grundrechte in der Verfassung?”, *Schweizerischer Juristenverein*, 1973, p. 707 e ss. Uma tentativa de argumentação científico-social para o “direito à educação” é o artigo de Heymann e Ek. Stein, *AöR* 97 (1972), p. 185 e ss. Pertinentes são também questões da protecção do consumidor.
- 65 Cf. Badura, in: *FS für Scheuner*, 1973, p. 19 (20), que fala, com razão, de uma lição da teoria política e da jurisprudência por parte do “materialismo da economia política” (em relação à dependência de grupos e de interesses do processo político), mas que, ao mesmo tempo, limita esta “lição”: as pessoas têm não só interesses, mas também esperanças”.
- 66 Cf. a crítica de Willms, *Kritik und Politik*, 1973, p. 151 e ss., 183 e ss. a Habermas. A “acumulação” pragmática, à maneira de mosaico, das mais diversas abordagens teóricas – em mutação – no campo de forças da teoria da Constituição é necessária para esta, porque é o fórum da *res publica*, isto é, das pessoas e dos grupos, o seu pensamento e conduta numa determinada época.
- 67 Eventualmente também sem assunção das premissas teóricas, quando os problemas estão formulados de maneira transmissível. A disponibilidade para aprender das teorias constitucionais não pode ser maior.
- 68 De modo diferente, o exagero espiritual de Henke, “Die Lehre vom Staat”, in: *Der Staat* 12 (1973), p. 219 (p. 224 e s.): “Este processo (isto é, a formação de conceitos e de teorias) não se encontra em Popper ou em Opp, nem em Kant ou em Hegel ou Habermas, mas, até tempos melhores – em Sattelmacher”.
- 69 A ciência constitucional é ciência de acção (política) *par excellence* (Wieacker, *JZ* 1957, p. 701 [704, 706]) (qualifica a jurisprudência como doutrina da ética da acção; ver também *idem*, *Hermeneutik und Dialektik*, 2. ed. [1970], 5.311 e ss., espec. p. 319 e s.; Maihofer, in: *Rechtstheorie* [ed. Jahr/Maihofer], 1971, p. 427 [p. 431 e s.]: ciência jurídica como ciência de acção).

reformas imperfeitas, com o objectivo de uma Constituição da *res publica* relativamente mais moderna: através de aperfeiçoamentos progressivos graças às garantias constitucionais, que dão às teorias a possibilidade de refutação⁷⁰.

À luz dessas teorias, a teoria da Constituição tem de formular de raiz ou eventualmente reformular os seus problemas – com a consciência permanente de que ela, como qualquer teoria, tem os seus fracos, que há que reconhecer e constantemente corrigir. A teoria da Constituição não pode e não pretende reclamar ser ela própria uma qualquer espécie de garantia da verdade. Mas ela tem de ver como se mantém ou mantém a *res publica* aberta a inovações, especialmente ao entender a pluralidade como “tarefa político-jurídica”⁷¹, e como cria instrumentais sensíveis para evitar consequências reformistas não intencionais.

IV.2 TEORIA CONSTITUCIONAL PRÁTICA COMO INSTÂNCIA CRÍTICA

Mas a teoria constitucional prática tem também de ser instância crítica para com as teorias científicas e sociais: como actualmente estas podem inesperadamente tornar-se (ou ser transformadas em) programas políticos – elas estão sujeitas, nesse caso, a uma “responsabilidade pelo risco” –, a teoria da Constituição tem de criticar e relativizar o mais cedo possível toda a teoria científica e social nova e, por maioria de razão, toda a nova ideologia. É nisso que ela dá provas de si, científica e politicamente⁷². Reivindicações de carácter absoluto das várias teorias têm de ser rejeitadas de antemão, por via do art. 5º, nº 3, da Lei Fundamental, o postulado da democracia (protecção das minorias), em virtude da estrutura aberta de princípios constitucionais e da subjectividade humana: especialmente também com o auxílio de aspectos *parcelares* de outras teorias⁷³. Este encargo da teoria da Constituição não pode ser de modo algum sobrestimado: é que as teorias, como quase nunca sucedeu anteriormente, são hoje testadas quanto à sua utilidade prática, isto é, são aplicadas politicamente. Onde isso ainda não acontece, a teoria da Constituição tem agora já de ponderar aonde determinadas teorias científicas e sociais poderão conduzir em termos político-práticos. Ela tem de “antecipar” e chamar a atenção para a responsa-

70 Mais recentemente, Popper, *Objektive Erkenntnis, Ein evolutionärer Entwurf*, 1973: Deixem que “as hipóteses morram em vez de nós” (p. 271, 274, ver também p. 140).

71 H. Zacher, in: *Der Staat* 9 (1970), p. 161 e ss.

72 A ciência e a política não são, é claro, “domínios próprios”, mas apenas aspectos distintos da acção humana. Cf. Popper (cit. de acordo com Flohr, *loc. cit.* [ver nota 47]), p. 65): a objectividade científica “não é o resultado da imparcialidade do cientista concreto, mas o resultado do carácter social ou público do método científico”. Na ciência e na política tem de haver pluralismo crítico, ou não o há mesmo. As teorias científicas e sociais têm de poder concorrer livremente. Contra uma “amarração demasiado apertada” da ciência política à Constituição: Bull, *JZ* 1974, p. 160 (164).

73 A conversão de Popper da regra “multiplica a felicidade” na “regra negativa” “reduz o sofrimento” é produtiva para princípio e fim de uma teoria constitucional do Estado de direito social como Estado de prestação.

bilidade pelas consequências⁷⁴. A teoria da Constituição vive da cooperação e do conflito, do consenso e do dissenso, da controvérsia e divergência de muitas teorias científicas e sociais. Exactamente graças a isso ela torna-se moderna. A sua estrutura pluralista indispensável⁷⁵ providencia para que, no conjunto, continue a existir potencial suficientemente crítico face às diferentes teorias⁷⁶.

A teoria da Constituição tem, claro, de abarcar todas as pessoas e grupos, todas as ideias e interesses, expectativas e aspirações de uma determinada comunidade numa determinada época, mesmo que seja como pano de fundo para o dissenso reconhecido (legitimação da ordem política). Na medida em que muitas ideias sociopolíticas diferentes tenham feito um compromisso numa Constituição concreta, esta tem também de ser suportável e tolerável para todos. É que os cidadãos têm de se poder identificar com a sua Constituição em liberdade. Esta é a abordagem social e antropológica. Esse carácter de compromisso da Constituição concreta tem continuação na teoria da Constituição. Ele é não só uma necessidade, mas uma virtude. A mesma ideia encontra-se na base do antigo conceito de “constituição mista”. A Constituição democrática, com o seu mecanismo da maioria/minoria, com as suas garantias jurídico-fundamentais e procedimentais, com a sua abertura a alternativas, vive do facto de nenhum modelo social ser estabelecido como o único correcto e “absoluto”⁷⁷ e de que não se chega a formas de um “domínio da sociedade”. Por isso, a teoria da Constituição tem de rejeitar as pretensões totalitárias das teorias sociais, por mais que ela, por seu lado, esteja condicionada em termos político-sociais. Onde quer que a sociedade “aberta” seja posta em causa, a teoria da Constituição tem de pôr termo a isso. Toda a teoria pode apenas proporcionar pontos de

74 Um contraconsenso aparente consiste em que precisamente a teoria constitucional visa a ser uma instância crítica que carece ela própria de trabalho “preliminar” teórico-científico, da inovação por meio das teorias científicas e sociais e que neste sentido tem de estar “pronta para aprender”. Ela continua a actualizar-se a si mesma precisamente com o auxílio das teorias científicas e sociais, no presente e no futuro. Mas isto não é uma verdadeira contradição.

75 Cf. ainda Popper, “Die Logik der Sozialwissenschaften”, in: *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, ed. Adorno *et alii*, 1972, p. 103 (p. 112 e s.), bem como *supra*, nota 57 *in fine*, e agora *Objektive Erkenntnis*, 1973, p. 26 e ss., p. 94 e ss., p. 139 e s.; p. 172 e ss., p. 233, 292, 327 e s.

76 Toda a “teoriza da obtenção do direito” (Kriele, 1967, posição crítica para com o seu “cálculo de interesses jurídico-constitucional”: F. Müller, *Juristische Methodik*, 1971, p. 83 e ss.), obtenção do direito por via da interpretação ou da legislação parlamentar pressupõe obtenção de dados e exige instrumentos de prognóstico. Também para isto tem de ser feito trabalho preliminar: em especial por meio da teoria da informação (crítica em Popper, *Objektive Erkenntnis*, p. 75 e s., 369 e ss., 377). A urgência é evidente desde Philippi, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971.

77 A própria Constituição aberta proíbe tais pretensões totalitárias e monopólios de métodos: ela é a Constituição da tolerância prática. Embora alguns princípios constitucionais sejam um fragmento da teoria social “consolidado” da época da sua formação, eles não se encaixam para formar uma teoria superior única. (É importante a frase polémica de Adorno: “O todo é o errado”). Além disso, eles são mutáveis. A liberdade das Constituições consiste precisamente em que elas não se comprometem (não se podem comprometer) com um determinado modelo de sociedade. Onde isso acontece, é, de acordo com a experiência histórica feita até agora, à custa da liberdade. A “crítica não tem de se dirigir, por definição, contra o que existe, também pode proteger este contra coisas futuras. Cf. ainda nota 109.

vista *parcelares*⁷⁸ – sujeitos a revisão; se se quiser, este é um “princípio-base” da teoria da Constituição que aqui se propõe.

A teoria da Constituição⁷⁹ torna-se no fórum para o *confronto* e a *integração* de teorias sociais e científicas, perante problemas práticos. Este fórum não tem ele próprio qualquer modelo inalterável – ele é um pedaço de história –, mas vive precisamente da abertura alcançada pela discussão com as teorias, mas ele é, afinal, o palco – público. Também as convergências sobre o *background* da teoria da Constituição são mais evidentes, porque aqui os endurecimentos e posições frontais ideológicos podem ser mais facilmente relativizados. De resto, abrem-se, desta maneira, campos para a cooperação funcional “diferenciada” entre ciências jurídicas e sociais⁸⁰. No entanto, as teorias sociais e as científicas devem primeiro ser obrigadas a uma “acção concertada” sobre questões constitucionais, no sentido do *Hic Rhodos hic salta*⁸¹ [Aqui é Rodes, salta aqui ≈ aqui está a dificuldade]. As teorias sociais não podem, todavia, sufocar a teoria constitucional⁸². Se esta perder a força de comando, a liberdade e o espírito de abertura já não têm hipóteses.

Esta função crítica e condutora da teoria constitucional prática é hoje tanto mais importante quanto menos as teorias *políticas* tradicionais se tornaram dignas de crédito, não se mostrando à altura das actuais teorias científicas e sociais, e quanto mais o próprio Estado não é senão um aspecto *parcial* da *res publica* instituída pela Constituição. À decadência política e científica do

78 A teoria constitucional tem de impedir um monopólio de definições das várias ciências. Sobre as características de uma “sociedade aberta”, cf. Popper, mais recentemente *in: Objektive Erkenntnis*, p. 233 (forma de governo democrático, liberdade de associação, formação de subsistemas livres, que têm todos opiniões diferentes).

79 Admite-se, apesar disso, que tal teoria da Constituição – realmente não sem pretensões – ainda está por desenvolver. No entanto, e graças aos trabalhos atrás citados (nas notas 15-21), são perceptíveis alguns esboços. Cf. a exigência de Bachof, *VVDStRL* 30 (1972), p. 193 (217), para de novo se tomarem mais em conta as ciências sociais para o direito administrativo e para a jurisprudência. Friauf, *VVDStRL* 27 (1968), p. 111, recomenda que se volte a aspirar mais fortemente à amplitude da velha ciência política. Ver também Ipsen, *AöR* 97 (1972), p. 375 (409): A teoria do direito público tem, segundo ele, a responsabilidade de esclarecer, a tempo, o quadro constitucional (face às ciências económicas); p. 376 e s.: visão do Estado *inteiro* na sua forma jurídica, na sua situação histórica, nas suas estruturas compreensíveis em termos científico-sociais. Oppermann, *JZ* 1967, p. 721 (p. 725 e ss.): “Staatswissenschaftliche Orientierung des öffentlichen Rechts”.

80 “Pontos de conexão entre a ciência jurídica e as ciências sociais” são matéria de que fala Suhr, *Rechtstheorie* 3 (1972), p. 149 (160), que formula a função principal das ciências sociais teóricas, concebida por Popper (“determinação dos efeitos retroactivos sociais involuntários das condutas humanas intencionalmente orientadas”), no sentido da teoria da Constituição: a Constituição e a prática constitucional não podem conduzir a uma *suicidal constitution*, acto constituinte como tentativa de definir a situação política e social processual de uma comunidade de uma maneira o mais possível duradoura e que se autorrealiza. Quando Suhr, apesar de Popper, adere à dialéctica (“o ser social é em si contraditório”, p. 149), isto é uma prova da simultaneidade de diversas concepções teórico-científicas e teórico-sociais.

81 A prática de direito constitucional, para a qual a teoria da Constituição tem de fazer trabalho preparatório, encontra-se – ao contrário das teorias científicas e das teorias sociais – sob pressão de decisão, como o juiz (sobre o assunto, *BVerfGE* 34, p. 269 [p. 291 e s.]).

82 Henke, *loc. cit.* (ver nota 68), p. 219, lamenta que com a euforia do social a sociedade esteja pronta para se libertar do Estado, ao renegá-lo. Contra a preponderância de um conceito omniabsorvente sociedade: H. Maier, *Bergedorfer Prorokoll n. 41*, 1972, p. 7.

conceito de Estado, evidente, por exemplo, na decadência das doutrinas sobre o fim do Estado⁸³, corresponde um avanço demasiado forte das teorias sociais⁸⁴; há que impedir esse avanço por meio da teoria da Constituição, que constitui o Estado indispensável como *parte da res publica*. Tanto quanto se depreende, as teorias científicas e sociais ainda não tematizaram até ao presente a posição hierárquica da Constituição, tal como lhe compete em geral⁸⁵.

IV.3 A CONSTITUIÇÃO COMO OBJECTO DAS TEORIAS CIENTÍFICAS E SOCIAIS

Face à decadência da teoria política e à ascensão de diversas teorias sociais que se permitem várias coisas transversais e que na sua interpretação omitem o Estado, especialmente sob o rótulo “sociedade global”, chegou o mo-

-
- 83 Sobre o assunto, Hesse, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehren in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1964. Ver agora Saladin, que integra a título de exemplo problemas científico-económicos na teoria da Constituição: “Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe”, in: *FS für Scheuner*, 1973, p. 541 e ss. Uma panorâmica sobre “problemas e métodos” com vista à teoria geral do Estado em Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 4. ed., 1974, p. 1 ss. Com razão, H. Maier, *SZ* n. 121, de 26/27.03.1973, volta-se contra a fórmula “quanto menos Estado, tanto mais democracia” e recorda o poder jurídico do Estado como parte integrante indispensável da liberdade democrática.
- 84 Por exemplo em Luhmann, “Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems”, *Der Staat* 12 (1973), p. I (5): regresso a uma teoria do sistema social amplo, que tem o Estado “não fora de si, mas dentro de si”. Também é problemática a sua qualificação da política e da administração como “grandes sistemas com leis próprias” (p. 10). De maneira demasiado geral, *ibid.*, p. 21: “Por tudo isso, o direito constitucional não é um programa de planificação, não contém o projecto de uma boa sociedade, de um futuro que se trate de escolher”. A Constituição oferece, no entanto, também aspectos planificadores, cf. por exemplo Badura, *loc. cit.* (ver nota 65), p. 33.
- 85 Luhmann, *loc. cit.* (ver nota 84): “Uma teoria da Constituição que corresponda ao estado de desenvolvimento da análise sociológica e política do sistema é um desiderato ainda por satisfazer” (p. 2). “O conteúdo jurídico de uma Constituição reside naquilo que ela procura excluir” (p. 3). Mas a prevenção do abuso é apenas um aspecto. Ao contrário de Luhmann, os entendimentos que Smend, Heller, Schindler, Schmitt têm da Constituição são mais que meras “disposições formais” do direito constitucional (p. 1). Como, nesta maneira de ver, a realidade da Constituição fica às portas da Constituição, pode-se facilmente falar de uma espécie de “perda de validade” (p. 3). Apesar disso, Luhmann sempre acaba por proporcionar questões importantes, por exemplo para a garantia de propriedade ou para a relação entre política e economia (p. 14 e ss., espec. 16 e s.). Contra a sua *teoria do sistema* (crítica em Schwerdtner: *Rechtstheorie* 2 [1971], p. 66 e ss. [73]; Bull, *JZ* 1974, p. 160 (p. 163 e s.)), e graças à tradição constitucional liberal “transformada” (L., p. 4, consegue considerar a cláusula de Estado social apenas como “intercalação assistemática”) e com o auxílio de pontos de vista do racionalismo científico e da hermenêutica, pode-se alegar que ela é aberta ao mundo apenas verbalmente. O preço pela sua pretensão de universalidade reside no seu carácter técnico-formal, que não faz a oposição eventualmente necessária contra a inumanidade, os conteúdos de processos por exemplo tornam-se arbitrários em L., chega-se a uma descrição das instituições “cega a interesses” (Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, p. 209). Em L., a responsabilidade pelas consequências e a orientação do intérprete para o futuro, que são empiricamente demonstráveis e teoricamente justificáveis, não têm qualquer lugar (ver *loc. cit.*, p. 20: “O processo decisório jurídico ficou parado na fase da aplicação das normas. Ele não dá qualquer contributo independente para a política jurídica”). A teoria de sistema de L. ameaça inesperadamente tornar-se em ideologia de justificação. Falta o *feedback* com instâncias e formas inovadoras como publicidade, pluralidade, conflito. Segundo L., os direitos fundamentais da conservação e estabilização do grau de diferenciação social (*Grundrechte als Institution*, 1965, p. 22 e ss.). Fica por referir que sem “interpretação da realidade dos direitos fundamentais” não se pode, de modo nenhum, definir o grau de diferenciação social existente. Além disso, o grau de diferenciação não é uma grandeza constante, mas uma grandeza aberta. Os horizontes das possibilidades da realidade futura ficam ocultos na teoria social, no fundo, conservadora e tecnológico-social de L., o *status quo* não é tornado inseguro por alternativas palpáveis. O cidadão, avaliado como (demasiado) limitado na sua capacidade de processamento de informação por razões antropológicas, é pouco desafiado, por exemplo no sentido do *status activus processualis*.

mento de colocar a Constituição no centro do interesse. Ela é o plano sobre o qual e acerca do qual se tem de discutir. Ela é o fórum da cooperação interdisciplinar⁸⁶ e está aberta para o “serviço de transportes combinados”. Ela, e não primariamente “o Estado” ou “a sociedade”, tem de ser escolhida para pano de fundo, objecto e banco de ensaio em particular também das controvérsias sobre métodos. Nem o que compõe a “Constituição” pode ser degradado a um subsistema de sociedade entre muitos outros, nem a Constituição pode ser em geral ignorada. A teoria científica tem de ser exercida “passando através da teoria da Constituição”, e tanto mais quanto esta for o âmbito para o concurso de ideias e interesses, que, só ele, torna possível a teoria científica. Pretensões totalitárias ou pretensões de hegemonia das teorias sociais devem ser impedidas *a limine*, na perspectiva da teoria da Constituição. É certo que a Constituição é também expressão (produto) das condições sociais, mas também não é apenas isso: ela também controla os desenvolvimentos sociais⁸⁷ e oferece protecção contra a prepotência social. Só com esta reserva a teoria da Constituição é também teoria social. A teoria da Constituição possui autonomia relativa face às teorias sociais⁸⁸.

Em resumo: por mais que a teoria da Constituição possa passar sem o direito natural, ela tem hoje, mais do que nunca, uma oportunidade, graças ao desafio teórico-científico^{88-a} e teórico-social, tendo em conta as possibilidades de cooperação interdisciplinar. Essa oportunidade deveria ser rapidamente aproveitada, para que possa desenvolver força normativa e contribuir decisivamente para a “realidade da Constituição”. É a teoria constitucional democrática que pode e tem de manter atractiva a ideia constitucional como tal.

V — ABORDAGENS A UMA TEORIA CONSTITUCIONAL DOS PROCESSOS E DAS ALTERNATIVAS PRÁTICAS

As reflexões feitas até agora tornam os processos e alternativas, os processos para alternativas, no principal problema do futuro do Estado constitucional

86 Abordagens em W. Schmidt, “Rechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft”, *in*: Grimm (ed.), *loc. cit.* (cf. nota 48), p. 89 (96): “Teoria da Constituição é teoria social reportada à Constituição”.

87 Sobre “uma tarefa referente à sociedade e a apontar para o futuro” e sobre a função da Constituição, cf. agora Badura, *loc. cit.* (ver nota 65), p. 24.

88 A tese de Willm é por isso parcial (*loc. cit.* [cf. nota 66], p. 161), do ponto de vista político, o “Estado ou a função do Estado é o pressuposto e a garantia fundamental de todo o desenvolvimento social” e isto quer dizer também ao mesmo tempo o “pressuposto de toda a autoconsciência subjectiva”. Deste modo, o Estado torna-se num sujeito sobrevalorizado acima da sociedade, numa instituição sobrevalorizada acima das pessoas. No entanto, no meio têm de estar as instituições que o homem criou para si no Estado e na sociedade: isto é, as instituições *constitucionais*.

88-a Uma boa “introdução à teoria da ciência” é fornecida pelos dois volumes com o mesmo nome de H. Seiffert, v. 1, 6. ed., 1973, v. 2, 4. ed., 1972, sem, no entanto, concederem ao racionalismo crítico o valor adequado. Um exemplo de como as ciências individuais se apresentam ao desafio actual é o artigo de W. J. Mommsen, “Die Geschichtswissenschaft in der modernen Industriegesellschaft”, *VJHZG* 22 (1974), p. 1 e ss.

democrático. Através de alternativas, a teoria da Constituição consegue satisfazer a problemática actual⁸⁹ no *fundo*, teriam de se verificar convergências entre as diferentes teorias científicas e sociais no âmbito da *teoria da Constituição*, menos nos pontos de partida teóricos do que em instruções práticas de acção.

1. O mínimo relativo de conteúdos materiais, que é característico de uma ordem aberta como a comunidade livre da Lei Fundamental, tem de encontrar a sua contrapartida num *grande número* de processos – públicos –, por exemplo em processos parlamentares e de planeamento, em processos relevantes para os direitos fundamentais, em processos administrativos e em processos judiciais, assim como nos processos científicos que se tornaram de interesse vital⁹⁰. Os processos são factores e resultados de processos de evolução social, que também são conflito de interesses reais. Especialmente a função de direitos fundamentais processuais tem de ser definida neste âmbito.

2. A Constituição deve ser analisada no sentido de saber que exigências ela faz e tem de fazer aos processos por causa do seu carácter aberto. Os processos abrem, como se sabe, o caminho a reais alternativas e tornam possíveis interpretações e revisões “actualizadas”. Esses processos têm de ser constantemente melhorados. Torna-se imprescindível uma boa “política processual” (política constitucional como política processual).

3. Entre as várias funções constitucionais, isto é, as funções que têm de ser desempenhadas pelos órgãos especificamente estruturados, e os correspondentes processos existem *relações de correspondência*: as funções jurisdicionais, por exemplo, só podem ser desempenhadas em determinados processos, os processos de expropriação têm de satisfazer certas condições processuais mínimas. O “*due process*” contém um pedaço de “razão constitucional”⁹¹. Os processos “bons” mantêm a *res publica* aberta a inovações.

4. Dos processos saem *processos de aprendizagem* para os directamente interessados e para os muitos indirectamente interessados. “Subsistemas”, como partidos, associações etc., aprendem a partir dos processos, graças à publicidade (força didáctica motivadora dos processos): estes não só estabilizam, mas também “desenvolvem” a comunidade política e têm de poder torná-la insegura. Nesse aspecto, são ambivalentes. Eles descongestionam o “sistema”, mas também o sobrecarregam (*status activus processualis*⁹²).

89 Sobre o assunto, cf. o meu artigo “Zeit und Verfassung”, in *ZfP* 21 (1974), p. 111 e ss.

90 Cf. Albert, *loc. cit.* (ver a nota 42), p. 73: “As condições de vida da sociedade pós-industrializada estão fundadas na ciência”.

91 “Bom senso” no sentido de Esser, *loc. cit.* (ver nota 85), p. 22 e s., como capacidade de consenso. Ver também o lugar-comum “função sensata” in: *BVerfGE* 34, p. 269 (288).

92 Sobre o assunto, Häberle, *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (p. 86 e ss.). “O juiz só chega a conhecer o direito material essencialmente no processo. Aqui se mostra a interacção entre o direito material e o direito processual. É no processo que desabrocha o direito. O processo tem manifestamente um efeito criador de direito. A realidade é preparada essencialmente nos processos. No entanto, esta preparação não pode ser

5. O direito processual é *direito de comunicação* específico. Os processos têm de criar condições ótimas de possibilidades de comunicação, de suprimir eventuais distorções na comunicação⁹³, por exemplo através do diálogo jurídico (A. Arndt) entre o juiz e todos os interessados – mesmo nos casos em que haja “donos do processo”. A introdução de um grande número de interesses antagônicos e a divulgação das fontes de conhecimento têm de estar garantidas do ponto de vista técnico-processual. A situação de entendimento (prévio) entre os interessados tem de ser tomada em conta nas suas implicações. A responsabilidade do juiz pelas consequências – evidente na interpretação constitucional orientada para as consequências – e tematizada em geral pelo racionalismo crítico como “questão das custas”⁹⁴ – tem de se tornar suportável e tolerável. Os processos têm estrutura final⁹⁵. Os processos têm uma força que activa os cidadãos e os grupos; essa força tem de ser desenvolvida através do aperfeiçoamento do “*status activus processualis*”.

6. O plano e respectiva forma do processo *determina* e prejudica, de maneira considerável, os *conteúdos* que forem produzidos como resultado.

7. Dentro do processo de interpretação, o racionalismo crítico tem de apoiar o trabalho da “desdogmatização” sempre nova. Ele tem, neste aspecto, de fazer, de tempos a tempos, um trabalho de depuração, ao “romper” dogmas”, que se instalam num texto jurídico, abaixo ou muitas vezes acima deste texto, o ocultam muitas vezes e tornam impossível a sua verificação em novos contextos. Os dogmas não só sustentam princípios jurídicos, mas também não raras vezes os enterram. A interpretação aberta tem de ser sempre feita *contra* os dogmas. “Interpretação aberta” é a interpretação que se interessa por alternativas possíveis e alternativas necessárias e práticas⁹⁶.

É certo que são necessárias estruturas dogmáticas, mas elas têm de ser sempre testadas quanto à sua solidez. Abstraindo disso, a dogmática jurídica não pode ficar apenas na dogmática jurídica⁹⁷.

pensada independentemente da interpretação (constitucional). Os processos são o resultado da política e fornecem o quadro para a política”.

93 Cf. a crítica (só em parte legítima) de Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, p. 146: comunicação judicial como “comunicação sistematicamente distorcida”.

94 Albert, *loc. cit.* (ver nota 42), p. 71; Popper, *Rechtstheorie* 4 (1973), p. 88, sob b e c. Para a “análise das consequências”, Kriele, *loc. cit.* (ver nota 76), p. 167 e ss., espec. p. 172 e ss.; Adomeit, *ZRP* 1970, p. 176 e ss. (179); Lautmann, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, 1972, p. 20. Sobre a interpretação orientada para as consequências, cf. o meu estudo “Öff. Interesse”, *loc. cit.* (ver nota 24), espec. p. 134 e s., p. 454, 686, 711.

95 Este aspecto é desprezado por Luhmann, quando ele descreve a justiça como condicionalmente programada (sobre o assunto com crítica, cf. W. Schmidt, *AöR* 96 [1971], p. 321 [espec. p. 329 e ss.]).

96 A frase muito citada de Smend (agora in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. ed., 1968, p. 411), “quando duas leis fundamentais dizem o mesmo, então isso não é a mesma coisa”, liberta a interpretação constitucional não só de determinações linguísticas muitas vezes sobrestimadas, mas também de dogmas veiculados pela tradição. Sobre a “interpretação aberta da Constituição”, cf. o meu artigo in *ZfP* 21 (1974), p. 111 e ss.

97 A “susceptibilidade de revisão” de soluções de problemas apoiados em dogmas, a obtenção de alternativas precisamente também dentro de um texto jurídico “dado” – essa é uma tarefa em que o racionalismo crítico

8. O racionalismo crítico pode contribuir com dados essenciais para delinear uma teoria da Constituição – “liberal-radical”. Ela será (terá de ser) uma teoria da Constituição das e para *alternativas*. Ela pode ser isso, porque a liberdade de informação e a liberdade científica estão protegidas de maneira singular na nossa Constituição aberta; elas constituem o núcleo do desenvolvimento das questões teórico-constitucionais.

Teoria da Constituição enquanto *teoria constitucional de alternativas* quer dizer que a teoria da Constituição tem de criar, manter e aperfeiçoar institutos, processos e instrumentos que, consoante o sector de vida, abram o caminho para alternativas praticáveis; o caminho para alternativas possíveis e necessárias⁹⁸ é institucionalizado. Refira-se, como exemplo, a liberdade de informação prevista no art. 5º, nº 1, da Lei Fundamental. Ela impede os monopólios de informação, que subitamente se podem tornar monopólios de interpretação⁹⁹. Mas a interpretação deve ser um processo gradual com divisão de trabalho, como a teoria da decisão o sugere. Manter a abertura a informações de modo algum apenas *conformes* ao sistema, mas também a informações *relevantes* para o sistema¹⁰⁰, é a garantia de abertura de uma Constituição e a possibilidade que a caracteriza de desenvolver alternativas a partir da teoria e da prática. Ela é a garantia de uma relação de concurso de ideias, de argumentos e de interesses.

O princípio jurídico-constitucional da “publicidade” não é menos constitutivo, por exemplo, para o juiz, visto que significa obrigação de racionalidade. O mesmo é válido para a obrigação de fundamentar. A publicidade do voto minoritário do juiz constitucional é a tentativa de uma institucionalização de alternativas – ela é uma fase preliminar para a obrigação de “diálogo jurídico”. A democracia vive de eleições, e estas tornam possíveis as alternativas¹⁰¹. A minoria pode tornar-se maioria; a oposição democrática é a alternativa. Outro tanto se aplica à democracia intrapartidária, no sentido do art. 21, nº 3, da Lei Fundamental, que consigna o “princípio da alternativa” no sistema partidário. O § 73, nº 3, do *GeschOBT* (Regulamento interno do Parlamento Federal alemão) – audições públicas – apresenta informações e, desse modo, também interpretações provenientes da área da “sociedade aberta” para o processo par-

pode fazer trabalho decisivo. Cf. Albert, *loc. cit.* (ver nota 42), espec. p. 71; encontra-se uma correspondência em Lautmann, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), p. 381 (p. 396 e ss.): “Fase da recolha de alternativas”. Sobre a estrutura lógica da alternativa, Rüdiger, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969; sobre o assunto Schlink e Luhmann, *Rechtstheorie* 1 (1970), p. 213 e ss. ou p. 219 e ss.

98 Sobre o valor posicional das alternativas, cf. Albert, *loc. cit.* (ver nota 42), espec. p. 16. Pensar em possibilidades é, no direito constitucional, tão importante como o pensar em realidades e necessidades.

99 Contra eles, Albert, *loc. cit.* (ver nota 42), p. 18.

100 Sobre o assunto, Albert, *loc. cit.* (ver nota 42), p. 23.

101 Badura, “Über Wahlen”, *AöR* 97 (1972), p. I (2): “Desta ideia jurídica democrática (isto é, da justiça social) deduz-se, como critério racional das eleições, que elas devam ser um método de reforma social, da evolução sem violência do progresso social”.

lamentar, especialmente para o legislativo. Também elas visam a proporcionar alternativas, assim como planificações alternativas¹⁰², que se tornam tanto mais importantes quanto a planificação poderia pôr em risco a abertura de alternativas. O art. 79, nº 2, da Lei Fundamental é um procedimento institucionalizado para alternativas dos próprios princípios constitucionais¹⁰³⁻¹⁰⁴. A função da dogmática constitucional é conceber condições prévias para alternativas (reflexão sobre possibilidades no direito constitucional).

O pensamento constitucional liberal e o racionalismo crítico encontram-se aqui¹⁰⁵. O pensamento liberal tem de ser “transformado” na sociedade pós-industrializada. A razão constitucional¹⁰⁶ tem de continuar sempre a realçar as questões radicais-liberais – se necessário contra o Estado e a sociedade.

Essa teoria constitucional das alternativas¹⁰⁷ é a teoria constitucional da reforma e, assim, também da “reforma das reformas” (Dürig)¹⁰⁸.

A liberdade daquele que pensa diferente, no sentido de Rosa Luxemburgo, é a liberdade da alternativa. Ela é tolerância praticada. E, no entanto, para a liberdade de alternativa e para alternativas, não pode haver alternativas, caso

102 Sobre o assunto: *Fragen der Verfassungsreform, Zwischenbericht der Enquête-Kommission des Dt. Bundestages*, 1973, p. 81. É sintomático que a ênfase do relatório intercalar recaia sobre questões de planeamento e de procedimento. Serve de exemplo do surgimento e do sucesso de alternativas práticas na política jurídica o projecto alternativo de um Código Penal, de Roellecke, in: Würtenberger (ed.), *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 11 (26), elogiado, com razão, como “um dos mais importantes trabalhos de filosofia do direito do pós-guerra”.

103 A alternativa torna-se assim no denominador comum das mais diversas instituições e processos ou princípios constitucionais: desde o art. 5º, nº 1, da Lei Fundamental, passando pelos arts. 79, nº 2, e 21, nº 3, da Lei Fundamental, até ao § 73 do *GeschOBT*. A partir de uma “teoria da Constituição das alternativas”, seria lógico exigir a obrigação de fundamentar aos legisladores parlamentares, para a tender à necessidade de informação do intérprete; também a oposição deveria ser “constitucionalizada”.

104 Abertura da Constituição no sentido de Hesse, discussão sobre pluralismo, pensamento liberal “transformado” conseguiram já muitos pontos de vista aqui referidos. Mas isso não impede, pelo contrário estimula a que, à luz do racionalismo crítico, sejam trazidos, numa perspectiva teórico-científica, para a teoria da Constituição. Luhmann, *Der Staat* 12 (1973), p. 165 (173), fala, agora, em relação ao parlamentarismo, que teria de ser mais bem fundamentado através de conceitos substitutos para a categoria da “representação” tornada “injustificável”, fala agora dele como instituição do “deixar abertas as possibilidades”.

105 Ver as indicações de Albrecht, *loc. cit.* (cf. nota 42), p. 70 e ss. – no sentido de um “pluralismo das tentativas de fundamentação”, podemos-nos, além disso, referir a Habermas, *loc. cit.* (ver nota 27), p. 123, “transformação de Estado social do Estado de direito liberal”, na qual o factor revolucionário da positivização do direito natural foi absorvido num processo a longo prazo da integração democrática dos direitos fundamentais”.

106 A ideia de separação de poderes, por exemplo, pode-se atribuir a esta “razão constitucional” (tópico: impedimento do abuso de poder por parte do Estado e da sociedade). A Constituição institucionaliza também os processos para a concretização de “contrarrazões”, para a correcção da razão tradicional, por exemplo no art. 79, nº 2, da Lei Fundamental; ver também § 30, nº 2, do *BVerfGG*.

107 Têm de ser clarificadas “áreas de condições” para alternativas, por exemplo a questão de saber até que ponto existem determinações linguísticas da linguagem artificial jurídica, que de resto é suportável por causa da publicidade (problema de lugar-comum). Lugares-comuns são a tentativa de uma aproximação da linguagem artificial jurídica e linguagem comum geral. A institucionalização de processos para alternativas é ao mesmo tempo a tentativa de escapar a limitações da experiência.

108 Maunz-Dürig-Herzog, *GG*, art. 3º, nº 1, número de margem 199 (fascículo complementar de 1973). O racionalismo em alternativas não pode ser agravado até à alternativa [única]; ele deve abrir o caminho à virtude do compromisso entre as alternativas.

contrário estaria estabelecida a “sociedade fechada”¹⁰⁹ Aqui se atinge o limite da tolerância – e com ele o limite de cuja divulgação e imposição a teoria da Constituição adquire ética política e força¹¹⁰.

109 Ver, mais recentemente, a crítica de Popper à política marxista, que só conduziu à ditadura de uma nova classe, enquanto os progressos do mundo ocidental em direcção a uma sociedade sem classes e a uma sociedade que possibilita a crítica livre deveriam impressionar fortemente todo o observador não-marxista (*Rechtstheorie* 4 [1973], p. 88 e s.).

110 “Interpretação aberta da Constituição” (Häberle, *JZ* 1971, p. 145), sugerida por “normas abertas” (sobre elas: Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und “offene” Normen*, 1971; cf. *BVerfGE* 13, p. 153 [161]; 35, p. 348 [358 e s.]; *BVerwG JZ* 1972, p. 204 [206: “possibilidade de decisão, que o direito pode, de igual modo, considerar como defensáveis”]), é precisamente interpretação constitucional com vista a alternativas possíveis e necessárias. Exemplos do raciocínio em alternativas: Goerlich, *loc. cit.* (cf. nota 10), p. 53 e s., 130, 170, 183 e s., Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, 1970, p. 353; Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, p. 182; W. Schmidt e Krüsselberg, in Grimm (ed.), *loc. cit.* (ver nota 48), p. 93 e s. ou p. 177 e s. 190. Habermas, *Legitimationsproblem im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148, fala de “justificações ricas em alternativas”, que conduzem a um consenso de normas. Todavia, a abertura à alternativa tem os seus limites, condicionados pela normatividade; por isso, tem de haver cláusulas experimentais ou de reforma (sobre o assunto, cf. o meu artigo *ZfP* 21 [1974], p. 111 e ss. [p. 132 e ss.]; Pirson, in: *FS für Jahrreiß*, 1974, p. 181 e ss.), eles não são uma forma de institucionalização do pensamento em alternativas. Seria também de reflectir sobre se, acerca das cláusulas experimentais, deverá ser possível uma “dispensa” de normas constitucionais (“processo preliminar” para alterações da Constituição). A condição prévia seria uma alteração do art. 79, nº 1, frase 1, da Lei Fundamental; pelo contrário, tem de ser mantida a exigência de uma maioria de 2/3, nos termos do art. 79, nº 2. Sobre isto, *BVerfGE* 35, p. 148 (165,170) – *Minderheitsvotum*.