

O PRIMADO DA CONSTITUIÇÃO *

Pelo Prof. Doutor Rainer Wahl **

A ideia de que a Constituição constitui a autoridade máxima de um dado ordenamento jurídico positivo é tão antiga como a própria ideia de Constituição e a luta para a fixação expressa de *normas fundamentais*. Um conceito dogmático específico sobre o primado da Constituição formou-se apenas quando dele passaram a depender efeitos jurídicos concretos, ou seja, a derrogação do direito anterior contrário e a inconstitucionalidade de leis futuras contrárias à letra e ao espírito da Constituição. Estes efeitos não estiveram, porém, sempre e de forma imediata ligados, na sua evolução histórica, à existência de uma Constituição. As figuras da *inconstitucionalidade* e da *hierarquia* das normas jurídicas não foram desde o início devidamente consideradas no pensamento jurídico-constitucional. Pelo contrário, a tradição constitucional na Alemanha nasceu em grande parte com base em uma outra perspectiva. Os efeitos materiais da violação da Constituição tornaram-se «interessantes» e transcendentés do ponto de vista jurídico, na

* Tradução do texto «Der Vorrang der Verfassung» [in.: *Der Staat* 20 (1991), 485-516], segundo a versão do Dr. António Francisco de Sousa, investigador no Instituto de Direito Público da Universidade de Freiburg, R.F.A.

** Responsável pela cadeira de Ciência da Administração e Presidente do Instituto de Ciência da Administração da mesma Universidade

altura em que puderam ser determinados de forma certa e juridicamente compulsiva, por conseguinte, em estreita ligação com a formação de *jurisprudência constitucional*. O controlo normativo pressupõe teoricamente o conceito de hierarquia das normas; assim como a doutrina da hierarquia do ordenamento jurídico busca os seus princípios, na relação da Constituição com a lei, apenas com o aparecimento da jurisprudência constitucional⁽¹⁾. Este fenómeno tem amplas consequências para a discussão do problema do *primado da Constituição* (sobre este ponto, ver I).

I

O primado da Constituição envolve não apenas o princípio da *colisão formal* em sua manifestação considerada seja como nulidade originária, seja como nulidade superveniente⁽²⁾, mas exprime-se na ordem constitucional, mais fortemente e de forma mais decisiva, na *vinculatoriedade, normatividade e executoriedade* da Constituição perante a legislação ordinária⁽³⁾.

(1) Não restringindo a ligação temporal entre a formação da teoria da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico e o aparecimento de uma jurisprudência constitucional, cfr. na Austria (1920), Th. Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, 1975, 10 e 32; com pormenor sobre a evolução cfr. H. Haller, *Die Prüfung von Gesetzen*, 1979, págs. 1-72.

(2) Com pormenor, cfr. Ch. Böckenförde, *Die sog. Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, 1966, págs. 27 e ss., e Ch. Moench, *Verfassungswidrige Gesetze und Normenkontrolle*, 1977, págs. 118 e s. 142 e ss., cada um com crítica à ligação lógico-jurídica da doutrina do ordenamento com a hierarquia de normas e nulidade *ipso-jure*. Comparar às conclusões recentes de J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980.

(3) Moench (nota 2), pág. 143 sob citação de Hesse. Sobre o primado da Constituição, a par da indicação na nota 2: J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1976, pág. 155; E. Campiche, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, 1978, págs. 17 e segs.

Para a ordem constitucional, é decisiva a relação da ordenação material da Constituição com a execução processual através da jurisprudência constitucional: a Constituição não é apenas a autoridade máxima, ela tornou-se no padrão jurídico para uma jurisprudência. Este fenómeno não só deu origem a um novo destinatário das normas materiais do Direito Constitucional mas, desta forma, a Constituição foi confortada, de modo anteriormente desconhecido, com os efeitos jurisdicionais. *O Direito Constitucional tornou-se eficaz através da jurisprudência constitucional*, ao mesmo tempo que o carácter jurídico da Constituição aumentou; isto é aceite como factor positivo, e sobre isto não é necessária maior problematização (*). Deve aqui referir-se, pelo seu interesse, uma outra consequência não menos importante: a introdução e o desenvolvimento de uma ampla jurisprudência constitucional apoia e concentra o significado da Constituição, primeiramente nos aspectos jurídico e jurisdicional. Assim, as observações que se possam fazer sobre a Constituição têm de tomar em consideração o facto de que todas as afirmações sobre o significado da Constituição e sobre o seu conteúdo são afirmações que se referem a um padrão jurídico e a uma jurisprudência especialmente sensível. Das múltiplas consequências dessas circunstâncias devem ser, aqui, três delas analisadas.

Como padrão de um processo constitucional, o Direito Constitucional tem de receber a maior clareza e exactidão possíveis quanto ao âmbito das normas constitucionais. Por isso, o «padrão» tem de ser expressamente distinto do seu factor

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

oposto e tem de ser interpretado perante o direito ordinário de forma distinta. No caso de se examinar a constitucionalidade da lei, os conceitos jurídico-constitucionais necessitam de «autonomia» (*Selbstand*) (5).

O primado da Constituição exige distanciação e diferenciação no plano das normas; o primado da Constituição correlaciona-se a um conceito de separação e não de indistinção (6). Este princípio, que está intrinsecamente ligado à jurisdição constitucional não permite que, através da interpretação, as fronteiras e diferenças entre o direito constitucional e o direito ordinário se esvaíam. A opinião de que todo o direito ordinário se apoia de uma forma ou de outra no direito constitucional é uma afirmação mas que, por si, não tem efeitos bastantes para a realização da jurisprudência constitucional.

Em segundo lugar, o primado da Constituição diz respeito não apenas a uma relação de derivação entre duas normas jurídicas mas contém, ainda, uma relação institucional funcional. O seu alcance resulta claro se nos expressarmos de outra forma: *o primado da Constituição significa a secundarização da lei*. Esta significa por sua vez a secundarização do legislador (7) e, não só perante as instituições jurídico-constitucionais históricas ou perante o Legislador de revisão da Constituição, mas também perante as actuais instâncias que interpretam a Constituição de forma vinculatória. Isto corresponde ao desejo da Lei Fundamental. O problema não é o de se desta secundarização do legislador democrático mas o do seu alcance. Se do primado da Constituição se segue a executoriedade contencioso-constitucional e a secundarização prática do legislador, então tor-

(5) Com razão W. Leisner, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, 1964, págs. 5, 8 a., 61 e s. Leisner formulou o problema — que haveria de ser discutido noutros textos — de que a subsunção da Constituição pela Lei ameaça a hierarquia das normas e a jurisprudência constitucional.

(6) Para as necessárias concretizações desta afirmação, cfr. abaixo IV 1.

(7) Para uma formulação diferente, comparar este Texto I com nota 16.

na-se questionável o princípio da interpretação que aspira à optimização do direito constitucional material. Uma interpretação que proporcione ao direito constitucional um aumento significativo da sua densidade material não está apenas justificada por permitir servir a ambição material da Constituição como autoridade máxima através da expansão desta ambição; ela contém uma afirmação sobre as relações entre Tribunal Constitucional e legislador que, do mesmo modo, tem de ser legitimada.

Em terceiro lugar, o desenvolvimento de uma ampla jurisprudência administrativa é decisivo para o significado da Constituição dentro do processo político. A jurisprudência constitucional tem por efeito o aumento da jurisdicionalização parcial do processo político no qual ela concretiza vinculações jurídicas desse mesmo processo político. Podemos dizer que a jurisprudência constitucional conduziu, de acordo com a Lei Fundamental, a uma consciencialização da Constituição no dia-a-dia e ao seu avivamento, o que fez de qualquer particular *recorrente* um iniciador e participante do processo jurídico constitucional^(*). Esta conclusão, de que a Constituição pode servir de instrumento de direito, pode também apresentar um reverso, ou seja, que a Constituição se possa tornar primeiramente *apenas* num instrumento de direito. Coloca-se assim a questão de saber se funções programáticas ou político-apelativas decorrentes da Constituição podem ser mantidas numa ordem política na qual é permitido que questões constitucionais sejam acompanhadas com a possibilidade de um processo jurisdicional-constitucional. Será que existem no processo político directivas insusceptíveis de jurisdicionalização, mas com carácter orientador, que sejam, como tal, directivas programáticas as quais, todavia, não possam ser tomadas como meio exequível jurisdicional-constitucional?

Com estas considerações coloca-se não apenas a questão da possível perda de posições de uma maior jurisdicionalização do processo político mas, principalmente a questão de saber se

(*) Wahl/Rottmann (nota 4), capítulo I 4.

e primado da Constituição fortificado, do ponto de vista jurídico e jurisdicional, não se distingue, em geral e afinal, de Constituições sem jurisdição constitucional e sem os, com ela ligados, institutos jurídico-materiais. Esta mesma questão deve ser analisada de imediato. Um esboço (II), comparativo e histórico-evolutivo, oferece material de consulta para a teoria da diferença das ordens constitucionais *com* e *sem* jurisdição constitucional (III). Depois, discutem-se os dois problemas dogmáticos já citados: o da delimitação precisa e suficiente da primazia do direito constitucional relativamente ao direito ordinário, e a questão do âmbito da primazia ou primado do Direito Constitucional (IV e V).

II

1. É de todo o interesse verificar que, no começo do moderno Estado Constitucional, *na evolução constitucional norte-americana* do último quartel do século XVIII, constituiu-se, por assim dizer, um modelo perfeito de uma Constituição primordial e prototípica. Esta concepção da Constituição exprime-se correctamente na, várias vezes citada, expressão do presidente do *Supreme Court*, John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, do ano 1803:

«Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the legislative repugnant to the constitution must be void (°).»

Da evolução anterior a esta decisão, apresentada com brilho pelo constitucionalista norte-americano GERARLD STOURZH (10), deixam-se retirar conclusões decisivas para a problemática aqui em apreço.

(°) Texto p. ex. in: Documents of American History, 1, edição de H. St. Commager, 7. ed. 1963, pág. 193.

(10) G. Stourzh, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Sobre o problema de jurisprudence constitucional no séc. 18,

A distância entre *Constituição e Direito ordinário*, imposta pelo primado da Constituição, é clara na evolução constitucional norte-americana, dada a sua formação institucional. Existem, no longo processo de reestruturação das ex-colónias em Estados constitucionais autónomos, convenções constitucionais para o exercício do poder constituinte do Povo ⁽¹¹⁾. Esta diferenciação, relativamente ao poder legislativo constitucional, «foi importante porque determinou a identidade do poder legislativo e soberano no início da época moderna». A institucionalização do *poder constituinte* é completada através da formação do *poder de revisão* da Constituição (Verfassungsänderungsgewalt) ou «amending power». Esta evolução em direcção a um processo próprio na alteração da Constituição, a qual representou uma admirável novidade no fim do séc. XVIII ⁽¹²⁾, acentuou também a autonomia e destrinchabilidade da Constituição perante a lei ordinária. A declarada proibição implícita da violação da Constituição é extremamente importante para a garantia da identidade da Constituição e da sua substância interna.

O passo teórico decisivo consistiu, todavia, na evolução lenta da ideia de inconstitucionalidade em violação da primazia material da Constituição como *paramount law*. Todavia, quer o significado, quer as dificuldades desta evolução não devem ser sobrevalorizadas ⁽¹³⁾. O primado da Constituição

KI. Arbeitsreihe d. Instituts f. Europ. und Vergl. Rechtsgeschichte, Graz, 1974, ali também pág. 26 sobre Marbury vers. Madison.

⁽¹¹⁾ Stourzh (nota 10), pág. 18 (ali também a citação literal); com pormenor, W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, 1973, págs. 68-91.

⁽¹²⁾ Stourzh (nota 10), pág. 19.

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

tem de ser entendido historicamente e sócio-psicologicamente de forma mais precisa do que a consciência da secundarização da legislação e da limitação do legislador (14). Este passo fundamental *pressupõe* contacto com um Legislador soberano: nas colónias norte-americanas, nas décadas que precederam a sua independência, não foi apenas admitido teoricamente, mas também sentido na prática, que um Parlamento também pode cometer injustiças. O grande contributo da evolução constitucional norte-americana consistiu em ter transmitido para a sua própria Constituição a experiência vivida num Parlamento «estranheiro» (15). Por um lado, esta decisão foi o resultado da aceitação de declarações anteriores respeitantes ao problema da inconstitucionalidade e ao problema do primado do ordenamento fundamental (16). Por outro, foi também o resultado de uma reflexão profunda do problema das fronteiras dos poderes do Estado numa ordenação estadual que quer assegurar a democracia e os direitos dos particulares como fins do Estado (17). Stourzh chamou à atenção para um artigo de jornal daquele que viria a ser membro do *Supreme Court*, JAMES IREDELL. Neste artigo o autor, servindo-se de um caso concreto, enumerou as possibilidades de defesa contra a actuação inconstitucional do legislador, ou seja, o *direito de petição*, o *direito de oposi-*

(14) Stourzh (nota 10), pág. 20.

(15) Sobre este aspecto cfr. Stourzh (nota 10), pág. 17; em especial págs. 20 e seg. sobre a forte tensão dos casos judiciais práticos depois de 1776, nos quais os juizes declaravam leis como inconstitucionais. Em alguns destes casos os juizes reenviaram leis para a Assembleia Legislativa que, em parte, não foram reaprovasadas.

(16) Stourzh, *Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*, in: Fürst, Bürger, Mensch, edição de Engel-Janosi, entre outros, 1975, págs. 97/120. Ele indica o Ordenamento Fundamental de West New Jersey 1677, onde foi dado pela primeira vez o passo para o primado do Ordenamento Fundamental e para a limitação do legislador.

(17) O problema cai num ordenamento que se coloca exclusivamente sobre a base da legitimidade *monista* da soberania popular, com a «necessidade lógica» da discussão constitucional de Cromwell. Comparar com Jellinek (nota 13), págs. 511 e seg.

ção e o recurso ao poder judicial que, a par dos direitos dos particulares, tem também por objectivo a protecção da Constituição⁽¹⁸⁾. Estas alternativas esclarecem o alcance do horizonte teórico naquela época. Elas mostram, ao mesmo tempo, a medida da inovação que significou a descoberta teórica e a execução prática da jurisprudência constitucional. Não se desenvolveu apenas uma instituição ou um elemento jurídico-constitucional que pode ser ou não posto em pé de igualdade com outros institutos. Pelo contrário, a jurisprudência constitucional é, originariamente, nos Estados Unidos, parte de uma *constelação de elementos intrinsecamente conexos* que é caracterizante e definidora de uma importante forma de manifestação do Estado Constitucional moderno. Em resumo: *primeiro* — a Constituição como autovinculação da soberania popular a favor dos direitos fundamentais dos particulares; por isso, *segundo* — uma Constituição escrita, com propriedade, na criação e alteração, assim como com primado da Constituição; *terceiro* — daqui resultando, necessariamente, a subordinação do legislador aos direitos fundamentais; e, *quarto* — uma jurisprudência constitucional como complemento do direito de oposição e como transposição da situação fronteiriça da oposição, na normalidade de um processo⁽¹⁹⁾.

2. Considerando este fundo intelectual do «modelo» norteamericano do *Estado Constitucional com jurisprudência constitucional*, não se torna necessário acentuar que na Alemanha do século XIX não se encontrou nada de semelhante, nem isso seria possível em países ocidentais com outra situação global, quer do ponto de vista político, quer do ponto de vista jurídico-constitucional. É indiferente referir qual o elemento particular

(18) (Nota 10), págs. 23 ss.

(19) Locke pôde ainda admitir em 1689 a subordinação da actuação do legislador, apenas através do direito de oposição. Cfr. Stourzh (nota 10), págs. 31 e seg. e E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, págs. 142 e seg.

da acima mencionada configuração constitucional dos Estados Unidos pois em qualquer um deles existem diferenças. Neste sentido apontam-se também as pesquisas de SCHEUNER ⁽²⁰⁾ que lhe permitiram concluir que na Alemanha não foi reconhecido o primado da Constituição perante a lei. Por isso, não se pôde afirmar o direito de controlo jurisdicional e, pela mesma razão, faltou a base teórica para um controlo normativo jurisdicional-constitucional. Por falta da validade de efeitos jurídicos perante a lei, os *direitos fundamentais* tiveram um alcance jurídico limitado ⁽²¹⁾. Eles não constituíram qualquer limite jurídico para o legislador; foi fraca a sua força derogatória perante a situação legal existente ⁽²²⁾. Eles foram absorvidos no direito existente e não foram pré-ordenados juridicamente em relação a novas leis emitidas.

Diferença característica encontra-se portanto no instituto conexo da *primazia material* da Constituição, e não foi reconhecido um poder específico de revisão constitucional. E o facto de não existir diferença entre o poder de alteração da legislação ordinária e o da legislação constitucional, não proporcionou uma protecção da Constituição contra a sua violação implícita.

O primado da Constituição foi abordado por certos autores já no início do constitucionalismo, autores esses que como

⁽²⁰⁾ U. Scheuner, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FS BVerfG, Vol. I, 1976, pág. 40, com notas 141 e 142.

⁽²¹⁾ Scheuner, in: FS E.R. Huber 1973, págs. 139/147 e seg. e 164 e seg. (= do mesmo, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, págs. 633/642 e seg. 651, 653) e, do mesmo, in: Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit, Beihefte zu «Der Staat», 4, 1980, págs. 105/108 e seg.

⁽²²⁾ R. Wahl, Der Staat 18 (1979), págs. 321/328; em geral sobre a questão das relações dos direitos fundamentais (anteriormente) de «constituições inconstitucionais» transformados em lei ordinária, págs. 328 e seg. e 335 e seg..

WELCKER⁽²³⁾ e em especial MOHL, referindo-se aos Estados Unidos, caracterizaram a Constituição como o tipo superior de normas e desenvolveram explicitamente a ideia de «hierarquia das normas» com o objectivo de proteger a Constituição contra alterações ou derrogações do poder legislativo⁽²⁴⁾. Foi assim que Mohl concluiu de forma consequente pela nulidade das leis inconstitucionais e pela limitação da obediência do particular à «pura obediência da constitucionalidade»⁽²⁵⁾. Mas no direito constitucional posterior manifesta-se, pelo contrário, com clareza, a recusa do primado da Constituição, no contexto do então dominante reconhecimento da violação implícita da Constituição (no *Kaiserreich*)⁽²⁶⁾. LABAND falou de Constituição — sem atender à sua alteração dificultada em

(23) C. Welcker, Art. «Gesetz», in: *Das Staatslexikon*, vol. 5, 1847, págs. 695, 702, 704; contra, Welcker no seu Art. «Staatsverfassung» in: *Das Lexikon*, vol. 12 (1848), págs. 363 e seg. e págs. 373 e seg. não admitiu expressamente a ideia de primazia. — As investigações histórico-dogmáticas de Ipsen (nota 2), págs. 23-37, baseiam-se *quase exclusivamente sobre a violação formal da Constituição* («Fehlen der ständischen Mitwirkung»). Claro que a afirmação de que a primazia da constituição foi pela maioria dos autores, pelo menos implicitamente, pressuposta não é inteiramente correcta (págs. 37 e 59); falsa interpretação também na pág. 59, na posição apolada na WRV (Constituição de Weimar).

(24) R. von Mohl formulou a sua posição da forma mais clara no seu artigo «Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze» in: «Staatsrecht, Völkerrecht und Politik», vol. 1, 1860, págs. 66 e seg., em especial 81 e seg. e 88 e seg. (pág. 89 «Abstufung der Normen»). Comparar ainda, do mesmo autor, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2.^a ed. 1840, vol. I, págs. 90 e seg. e, ainda, do mesmo: *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, 1824, págs. 101 e seg. 133-140.

(25) Mohl, in: *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* (nota 24), págs. 93 e seg.; do mesmo, *Staatsrecht des Königreichs* (nota 24), págs. 323 e seg.; *sfr. ainda M. Köhler, Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen Konstitutionellen Staatsrechtstheorie der ersten Hälfte des 19. Jhs.*, 1873, págs. 82 e ss.

(26) G. Meyer/G. Anschütz, *Lehrbuch des Deutschen und Staatsrechts*, 7 ed. 1919, págs. 661 e seg. e 743; P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. 2, 5.^a ed., 1911, pág. 39. Esta doutrina tomou em plena consideração o que, na aceitação da violação implícita

rigidez de revisão — como sendo uma lei que não contém qualquer autoridade superior relativamente às outras leis, porque não poderia haver uma vontade mais alta no Estado do que a do Soberano na qual, quer a validade da Constituição, quer a da lei em geral, estão enraizadas. «A Constituição, não é nenhum poder místico que paire sobre o Estado mas, como qualquer outra lei, um acto de vontade do Estado e, assim, alterável pela vontade desse mesmo Estado». Laband pôde assim concluir, numa fórmula tipicamente positivada na frase de RÖNNE, que a lei deve estar sempre em consonância com a Constituição, mas que isso seria apenas um — desejado — postulado da política legislativa e não um princípio de direito (27).

Também ANSCHÜTZ sustentou de forma decidida a opinião de que o primado da Constituição seria um instituto estranho ao Direito alemão e típico do Direito constitucional norte-americano: «A Constituição não está acima do poder legislativo mas à sua disposição. Por conseguinte, a Constituição é, na realidade, apenas uma lei como qualquer outra» (28). «A Constituição é para a instância aplicadora da lei, assim

da Constituição, são cláusulas (na teoria de Franckenstein) fundamentais para o direito público federal do *Kaiserreich*. Sobre isto: E. R. Hubert, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 3, 2.ª ed, 1970, págs. 950 e ss.); também normas negociais continham desvios essenciais relativamente ao texto da Constituição. Para os exemplos, cfr. Jellinek (nota 13), págs. 538 e seg.

(27) Laband (nota 26), págs. 39 e seg. (ali também a citação referida na pág. 39). Num comentário feito in: *AöR* vol. 9 (1894), págs. 271 e seg. considera Laband a diferença entre o plano constitucional e o do poder legislativo como um «axioma lógico não vinculatório».

(28) Meyer/Anschütz (nota 26), págs. 743 e seg; para a citação literal cfr. Anschütz, *Die Verfassungsurkunde des Preussischen Staates*, 1912, pág. 66; a passagem aludida encontra-se ainda referida in: o mesmo, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14.ª ed., 1933, n.º 4 relativo ao art. 70, pág. 371; Nr. 1 ao artigo 76 pág. 401; n.º 3c ao art. 102, pág. 476. A função de intervenção reconhecida por Anschütz na continuação de afirmações jurídico-estaduais centrais do *Kaiserreich*, para a constituição de Weimar, ganha uma apresentação pormenorizada.

como para o Tribunal, nem mais nem menos do que uma simples lei em sentido formal». Em caso de colisão aplicam-se os princípios gerais da derrogação, isto é, o princípio de que a lei mais recente prima sobre a (Constituição) anterior. Entendimento algo diferente é, porém, o de GEORG JELLINEK; a primazia da constituição foi por ele admitida mas, em todo o caso, dependente da «efectivação» (*Effektuierung*) pelo Tribunal ⁽²⁹⁾.

O reconhecimento da violação constitucional implícita foi assim defendido com sucesso: não se admitiu em termos absolutos a ideia da *primazia originária material da Constituição*. Devido à possibilidade de violação, as atenções não se voltaram contra uma lei que viole, em primeira linha, a Constituição *material*, mas sobre a questão prévia de saber se a lei nova obteve a maioria exigida ⁽³⁰⁾ para alterar a Constituição. A violação da Constituição neste ponto prevalece ao princípio do primado da Constituição; *a identidade da Constituição escrita não foi assim assegurada*. Daqui resultou a não aplicação de sanções contra uma lei, emitida em observação dos pressupostos formais da revisão da Constituição, que altere materialmente a Constituição no seu conteúdo. O juiz é chamado ao exame do respeito pelos pressupostos *formais* para alteração da Constituição ⁽³¹⁾. Jellinek entendeu sobriamente que, sem um tal *direito*

⁽²⁹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.^a ed., 1905, pág. 96 e págs. 101 e seg.; do mesmo, cfr. Gesetz und Verordnung, 1887, pág. 263. — A jurisprudência recusa o direito de controlo, cfr. RGZ 9, 232 e seg. (v. 17.02.1883). Sobre este ponto cfr. ainda Huber (nota 26), págs. 1055 e seg. e 1058 e seg.

⁽³⁰⁾ Que para a alteração da Constituição segundo o art. 78 RV não era exigida qualquer maioria qualificada (no Bundesrat tinham 14, entre 58, um direito de veto). A diferença entre alteração da Constituição e a alteração da lei ordinária era mínima; apesar disso valia como característica jurídica essencial da lei constitucional a força de validade formal da Constituição, Jellinek (nota 13), pág. 534. A crítica de C. Schmidt (in Verfassungslehre, 1928, pág. 16) a esta posição indicia uma nova ideia constitucional.

⁽³¹⁾ Meyer/Anschütz (nota 26), pág. 744.

de controlo judicial, «que pode ser sempre afirmado pela teoria jurídica», não haveria qualquer garantia no sentido de que a lei ordinária, que não contrarie o direito constitucional, altere a Constituição no seu conteúdo. (82).

3. O «sistema» decisivo e radical que distingue a evolução norte-americana da alemã no séc. XIX é apenas visível, se se colocar no centro das atenções a constelação dos elementos em conjunto e os tomarmos como expressão de uma situação constitucional específica e de uma compreensão específica do entendimento constitucional. Assim, como sucede com a maior parte dos problemas do direito constitucional alemão, a estrutura dualista da Constituição — que é frequentemente subestimada — constitui a chave para a solução do problema. Pois o dualismo coloca, necessariamente, limites à possibilidade do primado da Constituição e da jurisprudência constitucional (83).

Um ordenamento dualista não pode, já pela sua definição, satisfazer à necessidade objectiva imanente de uma instância tipicamente neutral: a falta de uma ampla base fundamental conjunta de *legitimidade* limitou necessariamente a possibilidade de concretização. O último entendimento da Constituição no interesse da solução das questões em aberto conduz, não a um ponto de referência único, mas a uma duplicação insolúvel que fundamenta as posições autónomas da *Coroa* e da *Representação popular*. Por isso, para certos aspectos acaba aqui, na realidade, o Direito Constitucional (84). O espaço para a *decisão política* das diferentes posições foi necessariamente

(82) (Nota 13), pág. 536.

(83) Wahl/Rottmann (nota 4), II 2; Wahl, *Der Preugische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreichs*, in: E.-W. Böckenförde (edição de), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, 2 ed., 1981, págs. 208/211-215.

(84) Assim, a conhecida e justa pretensão de Anschütz in: Meyer/Anschütz (nota 26), pág. 906.

e relativamente grande ⁽³⁵⁾; o espaço para este desenvolvimento foi criado pelo ponto de fricção entre os dois factores legislativos. Este embate levou à necessidade da decisão política e, assim, do estabelecimento de um compromisso entre eles. O reconhecimento da primazia material da Constituição perante a lei teria significado que, neste processo central de compromisso político, poderia haver intervenção do «exterior» ⁽³⁶⁾.

O primado da Constituição é, todavia, em si conclusivo e admissível apenas nos casos em que, perante o plano dos conflitos de leis, exista uma instância e uma base material que cubra o conflito político em conjunto. Isto é possível porque o plano da Constituição é a base conjunta e exclusiva das competências e poderes das partes em conflito. Todavia, este significado não foi suficiente para exigir uma «Constituição constitucional» (*Konstitutionelle Verfassung*). O Monarca é tomado pura e simplesmente como «monarca por graça da Constituição» ⁽³⁷⁾. Mesmo o recurso à legislação constitucional — como no constitucionalismo norte-americano — teria levado: ou 1) a

⁽³⁵⁾ Num dos mais significativos estudos de G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, 1885*, pág. 63, sustenta Jellinek que uma decisão judicial entre Governo e Representantes do Povo constitui uma competência muito para além da medida desejada. Neste caso uma solução feliz só é de esperar dos factores participantes do «pacto político» e não de uma pretensão judicial. Em suma, aconselha Jellinek (págs. 17 e seg.) a edificação de um Tribunal Constitucional com competência de controlo normativo para a protecção dos direitos dos cidadãos com propostas dirigidas ao futuro. Cfr. ainda Haller (nota 1), págs. 25 e seg.

⁽³⁶⁾ Nesta ordem de ideias é importante que também qualquer questão de direitos fundamentais possa ser potencialmente transformada numa confrontação entre a Coroa e a Representação popular, se por exemplo o governo monarca considerou uma limitação dos direitos fundamentais como indispensáveis ao interesse do Estado.

⁽³⁷⁾ A monarquia baseava-se numa legitimidade apenas histórica que foi levada para a Constituição e que dali não se queria despartar. Cfr. sobre este ponto Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie*, in: o mesmo, (nota 33), págs. 146/150 e seg. e 149 e seg. e 155.

condições de desenvolvimento constitucionais precárias, como por exemplo na Carta Constitucional prussiana, caracterizada pelo seu outorgamento e posterior revisão parcial; ou 2) à origem, igualmente problemática, da Constituição de 1867/71 ⁽³⁸⁾.

Deve-se, assim, partir da impossibilidade histórica da jurisprudência constitucional ⁽³⁹⁾ e, por isso, da recusa, no quadro do sistema constitucional, da primazia material da Constituição. Deste modo, colocam-se ao mesmo tempo os pontos fracos do entendimento constitucional possível, como se segue: É excluído o entendimento da Constituição como um ordenamento jurídico «perfeito», que esteja munido dos instrumentos necessários para a sua execução. Porém, é frequentemente admitido um entendimento alternativo que vê nos princípios materiais da Constituição — e, em especial, nos *direitos fundamentais* — directivas para o *processo político*, directivas essas que não se realizam na via «quase automática» do Direito, mas sim, no conflito da legislação com o processo político. Um tal entendimento constitui o ponto central da determinação da Constituição *num sentido apelativo-programático*. Direitos fundamentais e determinação material, transcrevem o *stan-*

(*) Que atrás do primado da Constituição e da autoridade máxima da Constituição se escondem problemas de soberania, resulta claro da polémica observação de C. Bornhak, *Preugisches Staatsrecht*, vol. I, 1888, pág. 527 nota 1: «O Rei, como autoridade máxima, deveria ter acima de si o Rei que ordena em harmonia com o Parlamento e com o consentimento do Parlamento, o Rei que ordena com fundamento em duas fases, com o espaço intermédio de pelo menos 21 dias dados pelo consentimento do Parlamento! Isto é, o ...espírito daquele homem de ofício que se informa e se determina a si mesmo, mas apenas em diferentes horários de trabalho».

(*) Cfr. Wahl/Rottmann (nota 4) II 2. A tese formulada baseia-se no controlo normativo e controversia orgânica; isto significa que competências judiciárias não teriam qualquer possibilidade de ostentação real neste sistema imanente, independentemente de intervenções de confirmação formal ou de considerações teóricas. Em que nome deveria decidir um tribunal constitucional no caso de conflito entre Monarca e Representação popular: em nome do rei, do povo ou da Constituição?

dard da cultura política, o consenso básico da política; eles realizam-se, na e pela Política, na e pela opinião pública.

Este entendimento da Constituição cruza-nos com o século XIX. As fontes dele encontramos-las com detalhe, não apenas e não em primeiro lugar, no Direito Constitucional e na Teoria do Estado, mas, também e desde logo, nos discursos políticos nos parlamentos e na publicística da opinião pública.

A doutrina do Estado não fez uso, em todas as fases da sua evolução no séc. XIX, desta oportunidade para a ostentação de tal entendimento constitucional; na fase posterior do constitucionalismo positivo, os direitos fundamentais tornaram-se justificação para o delimitado significado jurídico dos princípios materiais da Constituição (40). Anschütz sustentou, inclusivamente, um certo entendimento do *significado político dos direitos fundamentais* quando ele, com razão, viu neles «directivas» e «promessas da lei com novo conteúdo» (41). Mas ele aderiu ao mesmo tempo à doutrina positivista, quanto ao acento negativo da falta de ligação com as leis, ao referir que estas directivas não são mais do que um monólogo e uma espécie de «bons propósitos» do legislador (42). A mesma ideia resulta de um discurso proferido pelo deputado centrista (e posteriormente *Reichskanzler* de Weimar) Marx, aquando de um debate conduzido com paixão na Câmara dos Deputados da Prússia, em 1908, em que ele concluiu que o *princípio da igualdade* na Constituição prussiana «tem um significado extremamente amplo; não se baseia apenas na aplicação da lei, mas orienta-se por factores legislativos; e deve constituir uma directiva para o futuro no que concerne à legislação a

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

(41) Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt...* 2 ed., 1901, págs. 51 ss.; do mesmo *Verfassungsurkunde* (nota 28), págs. 94 e seg. 135 e seg. e 138 e seg.

(42) Anschütz, *Gegenwärtige Theorien* (nota 41), pág. 52.

produzir a partir da Constituição prussiana» (43). Com base neste entendimento apoiaram-se as partes oposicionistas e, recusaram, com razão, a caracterização como inconstitucional da Lei da Colonização (*Ansiedlungsgesetz*) de 1908 (44). Esta objecção não pôde sancionar o resgate ou remição da inconstitucionalidade, neste como em outros casos. Nos debates parlamentares e nas discussões públicas, aquela objecção chegou a ter importante peso; todavia, isto apenas pôde ser esclarecido com clareza através da análise do conflito político, até àquele momento por fazer (45). O papel da argumentação jurídico-constitucional foi especialmente claro — apesar dos últimos resultados negativos — no que concerne ao conflito da luta entre culturas.

A permanente censura da inconstitucionalidade da Lei de Combate (*Kampfgesetz*) obrigou o Governo da Prússia em 1873 a modificar os artigos 15 e 18 da Constituição, e em 1875, à sua completa revogação. A permanente censura política da

(43) *Debates da Câmara dos Deputados* 1907/08, vol. 1 Sp. 729 (13. reunião de 18-1-1908). As três leituras para este projecto de lei (Sp. 35-103, 106-155; Sp. 630-707; Sp. 709-740) transpassam de argumentações jurídico-constitucionais. A censura da inconstitucionalidade, Sp. 41, 62 e seg., 86 e seg., 130 e seg., 651, 682 e seg., 691, 729 e seg.; para a tradicional interpretação do ministro da justiça, Besler Sp. 72 e seg., 151 e seg., 673 e seg. e, relatório da Comissão, Verh. d. pr. AH, Anlagen 1907/08, vol. 1, n. 42: A lei (assim foi formada a consciência de que, na prática, apenas poderia atingir polos opostos) estaria ligada ao princípio da igualdade, porque cada prussiano atingido pela lei seria, segundo os seus preceitos, tratado de igual modo.

(44) Comparar E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 4, 1969, págs. 504 e seg.; para leis que, de igual modo, violam o princípio da igualdade, *ibid.*, págs. 487 e seg.

(45) De modo semelhante, as orientações protectoras dos direitos fundamentais perante a Administração não são procuradas apenas no processo judicial (administrativo). O grande significado de instituições com carácter apelativo de órgãos com competência política revela-se no direito de petição e no poder de reclamação das câmaras (na Baviera, como em outros Land) (a partir da iniciativa do cidadão); Cfr. importante e elucidativo material em M. v. Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, vol. 1, 2. ed., 1896, págs. 356-398.

inconstitucionalidade não se pôde resistir, apesar da falta de efeitos jurídicos ⁽⁴⁶⁾. Os efeitos produzidos por estes artigos até 1873/75 foram qualificados pelas partes em conflito (estando nos seus resultados de acordo, embora naturalmente nas valorizações tenham sido caracterizados de modo diferente), por um lado, como *Paladium* da liberdade e última barreira contra a inundação da legislação estadual sobre o campo da Igreja, e, por outro, como fio com o qual o Estado ata as suas mãos ⁽⁴⁷⁾.

Prova deste significado programático da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais, para a política legislativa, encontra-se em todas as fases do séc. XIX ⁽⁴⁸⁾. A preocupação conjunta do movimento constitucional anterior e posterior à revolução de Maio de 1848 (*Vormärz*) foi a de modificar algo no campo da Constituição com vista ao preenchimento da essência programática dos direitos fundamentais. Neste esforço toma a referência aos direitos fundamentais a ênfase típica de uma *argumentação político-apelativa*. Não poucos teóricos do direito constitucional do *Vormärz* enfileiraram na então característica ligação das considerações dogmáticas e jurídico-políticas, no sentido retórico-político da Constituição. O que foi considerado e proclamado nos manuais, nos artigos de léxico, no Parlamento, como na publicística — sobre os direitos fundamentais e a Constituição, enquanto protecção do particular perante o poder do Estado — necessita de uma explicação constitucional para a fixação

⁽⁴⁶⁾ Comparar Huber (nota 44), págs. 710, 737 e seg. e a rica fundamentação do projecto do governo impressa por E. R. Huber/W. Huber, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert*, vol. 2, 1976, n. 311 págs. 660 e seg.

⁽⁴⁷⁾ *Verh d. pr. AH 1875*, vol. 2 (reunião 46 de 16-4-1875), pág. 1261 r. Sp. e 1266 l. Sp. (Abg. Reichensperger vom Zentrum) e pág. 1281 (ministro da cultura, Falk).

⁽⁴⁸⁾ *Wahl* (nota 22). Indicações sobre o significado político dos direitos fundamentais nos debates do Parlamento austriaco, em Jellinek (nota 35), págs. 20 e seg.

vinculatória na Carta Constitucional. Sabia-se que a transformação e o resgate das reformas esperadas só poderiam acontecer através de discussões políticas e não através de automatismos jurídicos. Assim, as referências à Constituição e aos direitos fundamentais revestiram-se, por vezes, de uma certa ênfase retórico-política, meramente formal, sem atingirem a precisão dogmática de uma pequena figura jurídica trabalhada.

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

O exemplo exposto do constitucionalismo alemão torna isto bem claro: o princípio do primado da Constituição assenta em pressupostos próprios, entre os quais o mais importante é a *passagem da estrutura dualista para a do monismo democrático* (49). Mas que isto apenas é necessário, e não constitui condição suficiente, mostra a situação de Weimar: Weimar esteve neste caminho da interpretação constitucional (50), mas ainda

(49) Comparar ainda K. Schlaich, VVDStRL 39, 1981, Leitsatz 2.

(50) A primazia da constituição permaneceu controversa em Weimar; recusando-a, a par de Anschütz (nota 28), também Hatschek, Deuts-

não no objectivo. Enquanto a Áustria o já havia alcançado em 1920: com a doutrina da hierarquia do ordenamento jurídico (*Stufenbau der Rechtsordnung*), tornou-se exacta a precisão teórico-jurídica, como também político-constitucional, dos conceitos existentes de Democracia ⁽⁵¹⁾.

III

O primado da Constituição e a instituição da jurisprudência constitucional caracterizam uma variante do Estado Constitucional. Pois não são pura e simplesmente a coroação do Estado Constitucional mas, como frequentemente se tem escrito ⁽⁵²⁾, a coroação do Estado de Direito com um ordenamento político que coloca *especial ênfase nas vias de direito*. A comparação com ordenamentos constitucionais sem este instituto é elucidativa. *Uma Constituição sem este instituto jurídico «perfeito» vive especialmente do apoio que tem na opinião pública*. O facto de a realização da Constituição ser parte do processo político pode ter a desvantagem de nalguns casos de inconstitucionalidade material, devido à falta de uma decisão vinculatória, as questões jurídico-constitucio-

ches und preußisches Staatsrecht, 1922, pág. 27; mas em sentido diferente A. Hensel, in: Anschütz/Thoma, HbDStR II, 1932, págs. 313 e seg. 315 e seg., e RGZ 111, 320/322 e seg.. Cfr. ainda Ipsen (nota 2), págs. 57 e seg. e W. Henke, Der Staat 3 (1964), págs. 433 e seg.

⁽⁵¹⁾ Para a evolução na Austria, cfr. Haller (nota 1), págs. 1-72; Stourzh (nota 10), pág. 24, págs. 31 e seg.; R. Walter, in: FS Hellbling, 1971, págs. 743 e seg.; do mesmo, in: Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, ed. de K. Vogel, 1979, págs. 4-17, págs. 61 e seg. — As etapas na Austria são: a garantia de «direitos políticos» (= direitos fundamentais) e de uma protecção jurídica contra a violação da lei pela Administração (1867); Tribunal Constitucional com poder de controlo das leis (1920), desde o fim dos anos 20, controlo das leis no que concerne à sua harmonia com as leis fundamentais e com o princípio da igualdade.

⁽⁵²⁾ Indicação em Wahl/Rottmann (nota 4), nota 1.

nais permanecerem pendentes e o poder político mais forte se impor com uma interpretação preponderante embora não totalmente definitiva. Por outro lado, um tal ordenamento constitucional pode ter a vantagem de, na discussão política e perante o público em geral, sobre quem tudo se conclui, predominar a argumentação político-constitucional como seria de esperar de uma sentença judicial ⁽⁵³⁾. Uma outra vantagem desta ordenação constitucional é a de que no pensamento jurídico constitucional podem ser introduzidas valorações políticas que levem ao entendimento da Constituição como um programa e como um chamamento para o preenchimento de conceitos materiais, sem que esta solicitação programatizada possa ser questionada imediatamente sobre a sua convertibilidade jurídica e propriedade, como padrão num processo judicial. Um ordenamento constitucional com jurisprudência constitucional coloca, pelo contrário, exigências específicas na formulação e interpretação da Constituição. Já em 1929 concluiu HANS KELSEN que um tal ordenamento constitucional teria de ser tão preciso quanto possível. «Seria altamente perigoso se a Constituição tivesse demasiadas referências a princípios gerais como justiça, liberdade e equidade»; em seu lugar, a Constituição teria de reduzir, conter, toda aquela «fraseologia» ⁽⁵⁴⁾.

O problema pode ser descrito como se segue: — Será um preço exigido, pela execução da Constituição e pela possibilidade de decisão vinculatória, que hoje (não mais como outrora) conceitos não vinculatórios e concepções de conjunto e abstractas da Constituição e, em especial, dos *direitos fundamentais* ⁽⁵⁵⁾ (a forma mais característica da função da Constituição como padrão no processo jurisdicional-constitucional) tenham de ser

⁽⁵³⁾ Isto pode representar uma vantagem perante o ordenamento constitucional com jurisprudência constitucional, no qual a discussão rápida, às vezes demasiado rápida, segue-se a possibilidade de decisão judiciária-constitucional e a verificação da constitucionalidade.

⁽⁵⁴⁾ VVDStRL 5, 1929, págs. 30/68 e seg.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. E.-W. Böckenförde, Die Methoden der verfassungsinterpretation, NJW 1976, págs. 2069/20/90, nota 6.

interpretados em direcção à precisão jurídica? Poderão os preceitos da Constituição, frequentemente nela escritos com função programática e postulatória, ser formulados como parte determinada do Direito Constitucional, ou constituirão eles os pressupostos e a medida de «justiciabilidade» das normas constitucionais, os limites de um entendimento jurídico possível num tal ordenamento constitucional?

A resposta a esta indagação alternativa contém, ao mesmo tempo, o fundamento para a tese da diferença entre um *ordenamento constitucional com primado da Constituição e com jurisprudência constitucional* e um *ordenamento constitucional sem estas características*. Mas, daqui, deve-se concluir que não resultou para a Lei Fundamental nenhum problema jurídico-constitucional a partir da competência do Tribunal Constitucional Federal. Deve igualmente concluir-se que da competência de um órgão constitucional não resultou nenhum direito fundamental para o cidadão, mas que apenas ficou aberta, pelo controlo normativo abstracto, a possibilidade de um *processo jurisdiccional-constitucional*. A possibilidade de decisão judicial como questão abstracta de direito constitucional está cheia de consequências. Um direito constitucional como o da Lei Fundamental que não tenha de orientar as suas afirmações à aplicabilidade daquele processo, remete para o *caso concreto* as questões de constitucionalidade ou da inconstitucionalidade⁽⁵⁶⁾. A Lei Fundamental é motivada pela susceptibilidade de decisão sobre todas as questões. A decisão material da violação da Constituição tem uma inseparável ligação com a possibilidade de declaração vinculatória da nulidade (por inconstitu-

(56) Deve-se aqui ainda acrescentar que, num tal ordenamento constitucional, do ponto de vista jurídico, apenas pode ter lugar a decisão «constitucional» positiva, mas não a *gradação qualitativa* com maior ou menor constitucionalidade, como próxima da Constituição ou ainda mais próximo de si, como bom ou ainda melhor preenchimento e complementarização da Constituição; do mesmo modo, a decisão negativa só pode ser «inconstitucional», e não «levemente inconstitucional» ou «gravemente inconstitucional».

cionalidade) através de uma decisão judicial. Uma lei que não foi declarada por um Tribunal Constitucional como inconstitucional é constitucional, sem que exista a possibilidade de uma outra qualificação no caso de não correspondência da lei nem com o espírito, nem com o programa da Constituição. Daqui resulta: o Direito Constitucional não se pode dissociar de uma estreita ligação com a jurisprudência constitucional, com o entendimento da Constituição na Teoria do Estado e da Constituição, com a teoria política e com a prática em geral.

A opinião apresentada deve ser examinada na tentativa de não fazer esgotar o direito constitucional às fronteiras da sua função de padrão na jurisprudência constitucional. Antes de mais, na discussão em torno da tarefa constitucional também são de reconhecer na Lei Fundamental programas legais não justiciáveis e tarefas legais⁽⁸⁷⁾. Em ligação com o princípio da igualdade, é cada vez mais sustentada a tese de que o conteúdo das normas jurídico-constitucionais não significa o mesmo que o âmbito do controlo jurídico-constitucional; isto é, de que *normas — padrão e normas de controlo podem não coincidir*⁽⁸⁸⁾. Não é por acaso que o princípio da igualdade está tão intrinsecamente ligado a ideias de justiça e não se contenta com a dogmática constitucional de compreensão

(87) Cfr. E. Friesenhahn, *Der Wandel des Grundrechtsverständnis*, Verh. d. 50. DJT II, 1974, pág. G 13: «Verfassungsaufträge, deren Realisation, obwohl Verfassungsnormen, aber besonderer Art, nicht der Kontrolle des Gerichts anheimgegeben ist». De modo semelhante P. Häberle, DÖV 1972, págs. 729/734. Comparar também H. Zacher, in: Nawasky/Leusser/Schweiger/Zacher, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 2 ed. 1976, art. 151, número de margem 8.

(88) K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12 ed. 1980, § 12 II 3, pág. 179 (com indicação de inúmeros outros casos); H. H. Rupp, *Vom Wandel der Grundrechte*, AöR vol. 101 (1976), págs. 161/176; a diferença encontra-se já em Forsthoff, *Über Maßnahmegesetze*, in: *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1975, págs. 221/232 e seg. (= o mesmo, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, págs. 78/93 e seg.

(técnica) como a proibição da arbitrariedade ⁽⁵⁹⁾. Como solução jurídico-constitucional fica proposta a distinção: entre a tarefa constitucional do legislador de criar leis apropriadas e justas e o controlo judicial em que o legislador está submetido, apenas, aos limites exteriores de proibição da arbitrariedade (*Willkürverbot*) ⁽⁶⁰⁾.

Esta solução de duplicidade do conteúdo constitucional não é nem lógica, nem teoricamente impossível, mas com certeza que não é sustentável perante a estrutura constitucional da Lei Fundamental. Dito de forma mais clara, esta opinião teria de conduzir a que o Tribunal Constitucional Federal caracterizasse uma lei com um conteúdo injusto — mas sem violação do princípio de proibição da arbitrariedade — como constitucional. Também, se se concluir que o Tribunal Constitucional evitaria uma afirmação tão absurda, permanecem todavia algumas questões por esclarecer: uma delas consiste em saber se, com base na letra dos direitos fundamentais, os poderes de controlo estão submetidos às condições materiais de fundamentação. No texto da Lei Fundamental não existem pontos concludentes sobre esta questão. Por outro lado, coloca-se a questão de saber se a combinação da essência e da valorização pode ser acompanhada na consciência dos participantes. A rica e permanente prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional tem sublinhado, permanentemente, a estreita ligação entre a inconstitucionalidade material e a sua executoriedade judicial; ela tornou-se parte da consciência do Direito (*Rechtsbewußtsein*). E sendo certo que se pode achar que esta jurisprudência (de há 30 anos permanente) é *consciência jurídica*, violada a figura da Constituição material mas não a da Constituição processual, então essa consciência jurídica

⁽⁵⁹⁾ Häberle revoltou-se contra o «atrofiamento» do art. 3 GG de aplicação da pura proibição da arbitrariedade, VVDStRL 30, 1972, pág. 139 LS 42; cfr. ainda Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz, Art. 3. número de margem 278.

⁽⁶⁰⁾ Hesse (nota 58), § 12 II 3, pág. 179.

imane do sistema e da sua justiça (que é originária dos direitos fundamentais) poderia dificilmente ser entendida como limite ultrapassável de uma distinção entre o excesso de conteúdo normativo e o seu restrito controlo jurisdiccional.

IV

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

2. Numa posição primordial de delimitação pouco precisa está o «efeito executório» dos direitos fundamentais no direito simples e no pormenor do caso concreto, como se deduz dos efeitos dos princípios constitucionais. Aqui está a plasticidade do conceito: é indiferente falar-se de actuar para dentro ou para fora, ou tomar os direitos fundamentais como «elemen-

tos» do ordenamento objectivo. Nem sempre é claro quais os princípios do plano constitucional que pertencem à *solução* do problema (e sejam, por isso, em outros casos e outros sectores do problema, considerados pelo legislador como tendo primazia constitucional). No que concerne à legislação ordinária, ela é apenas um reflexo, não atingindo a dignidade dos direitos fundamentais. Deve-se aqui referir que a ideia importante subjacente ao efeito principal dos direitos fundamentais não pode ser ainda suficientemente dominada do ponto de vista dogmático. Isto está coberto pelas dificuldades e, em última análise, pela impossibilidade que existe de os poder identificar, na base desta concepção do «direito constitucional específico», como padrão exclusivo do controlo jurisdicional-constitucional⁽⁶¹⁾. A causa do problema está todavia na *interpretação* dos direitos fundamentais. Esta, nos casos de efeito irradiante, não pode determinar o conteúdo constitucional independentemente ou abstraidamente da ponderação concreta de todas as circunstâncias.

Se se recusar uma ampla crítica⁽⁶²⁾ à imagem do efeito transformador, então, deve-se aceitar a questão da relação existente entre direitos fundamentais e lei delimitadora como problema da *ordenação proporcional de duas qualidades*. Mas, também no caso de este princípio fundamental, precisamente como no caso da ideia da *concordância prática* e do *rigoroso*

(61) Consequência imanente foi ultimamente aprovada por R. Wank, *JuS* 1980, págs. 546 e seg. na busca de critérios jurídico-materiais para o «direito constitucional específico» e na competência de controlo do Tribunal Constitucional de determinadas tarefas com base na função judicial de revisão; de modo parecido, Schlaich (nota 4), II B 2. Aqui fica a função da reclamação constitucional como protecção jurídica individual; também não é esclarecido, porque é que no art. 93 I, n. 4a, os direitos fundamentais podem ser enumerados como específicos e exclusivos padrões de controlo se, como é sabido, cada violação da lei pelo poder público significa, no fundo, a violação de um direito fundamental. Cfr. as indicações de Wank, pág. 546, nota 8.

(62) P. ex., F. Ossenbühl, *NJW* 1976, págs. 2100/2107 e Hesse (nota 58), § 2 III, pág. 29.

equilíbrio (63), repete-se o plano realizado: apesar do proeminente significado em direito constitucional da Lei Fundamental, ela não parece objecto de reflexão definitiva relativamente ao conceito do primado da Constituição. KONRAD HESSE concluiu justamente que, com o princípio da interpretação da concordância prática, não está dito o que é adequado no caso concreto, mas está indicada, todavia, como directiva contida na Constituição, a orientação a seguir pelo único processo através do qual deveria ser procurada a solução constitucional (64). Nesta citação, podemos verificar com clareza que o *princípio da proporcionalidade* está ancorado no plano da Constituição. Ele pode solucionar a necessidade de decisão no plano primário sem confusão com o direito ordinário. Porém, isto é apenas possível com perda de critérios materiais. Eles revelam-se para o Tribunal Constitucional ou para a doutrina do Estado como uma reserva de decisão, decisão esta descoberta (ou mal coberta) por padrões materiais.

As dificuldades e problemas aumentam se a tarefa de uma «optimização» for perseguida a partir do *princípio da concordância prática* (65). Se duas qualidades constitucionais conflitantes puderem satisfazer do mesmo modo a eficácia óptima, então, só pode existir uma única solução. A tarefa de optimização, entendida a palavra no seu sentido estrito, significa um máximo possível em caso de necessidade de decisão (66); quem decide deve apresentar o máximo material da decisão (o que pode ser posto em questão no caso con-

(63) Hesse (nota 58), pág. 28; P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, págs. 125 e seg.: «Ambos os princípios experimentam na doutrina uma — não referida pelos originais defensores — excessiva e descomedida aplicação».

(64) Hesse (nota 58), pág. 29.

(65) Hesse (nota 58), págs. 28 e seg.

(66) Por isso deve ser também recusado o postulado da «metódica optimal da legislação como obrigação constitucional», Assim, G. Schwerdtfeger, in: FS H.P. Ipsen, 1977, págs. 173/176, e H.-J. Papier, *Der bestimmungsgemäße Gebrauch der Arzneimittel...*, 1980, págs. 35-40; cfr. criticamente ainda Schlaich (nota 4), II A. 1.

creto). Como poderá ser encontrada a *ordenação optimal* de duas faltas de qualidade ou de uma clara ordenação de valores da Constituição, senão através de uma — eventualmente correctiva — percepção de valorizações que se encontram no conflito político como um anel em torno do *equilíbrio* de interesses? A optimização — rigorosamente conduzida — tem de absorver necessariamente aquele campo de criação política. Este máximo possível no conteúdo da decisão (no qual a valorização política não pode ser isolada) teria de poder ser efectuado com respeito das directivas e dos princípios formalmente formulados da adequação, no máximo cuidado possível, ou no equilíbrio proporcional (67).

A ligação destes resultados com as considerações acima (em III) apresentadas manifesta-se como uma posição que crê não poder abdicar de uma *função apelativo-programática da Constituição*. Não apenas devido às exigências de uma boa política mas, também, devido ao direito constitucional, o legislador deve estar obrigado a uma solução optimal de conflitos e não apenas a um equilíbrio «defensável». BRISANZ sustentou esta posição pelo facto de ela tomar este postulado como ordem jurídico-constitucional; pois, no ordenamento constitucional esta afirmação não permanece no plano jurídico-material, mas embate na relação entre legislador e Tribunal Constitucional. Ela não é apenas, relativamente à reserva de decisão do juiz sobre o conteúdo, uma questão de valorização determinada. O postulado da *optimização*, entendido como comando jurídico-constitucional, torna incompatível uma ampla jurisprudência constitucional com a liberdade de criação do legislador parlamentar; elas formam, se se quiser, um «triângulo mágico».

Não é de esperar qualquer solução para a problemática citada do, frequentemente incómodo, princípio do *self restraint*

(67) É de presumir que são pressupostos das afirmações citadas limitações internas da «tarefa de optimização».

judicial, pois isso implicaria uma má colocação do problema que nos interessa aqui ⁽⁶⁸⁾. Não se trata de saber se o Tribunal Constitucional Federal não pode fazer uso, ou pode fazer uso apenas limitado, da sua competência de controlo mas, antes pelo contrário, de saber se o problema apresentado — o preenchimento material da Constituição com um conteúdo apelativo-programático — foi justamente apreciado. Seria um duplo erro pretender corrigir um excesso neste primeiro passo, através de um princípio de reserva, num segundo passo.

3. Como é evidente, no fundo desta problemática está a controvérsia em torno do *método de interpretação da Constituição* e, deste modo, em torno da ideia constitucional. Os efeitos transformadores (*Wechselwirkungen*) da interpretação da Constituição — entendimento constitucional — âmbito do conteúdo material da Constituição — âmbito de competência do Tribunal Constitucional — são, como tal, conhecidos. O ponto geométrico, que poderia proporcionar nesta estrutura de relações uma paragem, é um ponto de partida seguro de desvio que não foi todavia encontrado. A ampla discussão em torno do método da interpretação e entendimento constitucional deve ser aqui exercida apenas por partes. Ela pode ser caracterizada sob as designações de *interpretação ou concretização de direitos fundamentais da Constituição* ⁽⁶⁹⁾. Pela concretização deve ser entendido o que ainda não é claro, como conteúdo da Constituição, incluindo a realidade «a ser ordenada» ⁽⁷⁰⁾. A concretização apresenta-se como *consecução constitucional*, esgotamento e enriquecimento, como aperfeiçoamento do direito, através do preenchimento total de programas normativos ⁽⁷¹⁾.

(*) Sobre este ponto cfr. ainda Schlaich (nota 4), II A 2. Para o princípio no seu conjunto, cfr. W.R. Schenke, NJW 1979, págs. 1321/1324; do mesmo, Die Verfassungsorgantreu, 1977, págs. 119 e seg., e N. Achterberg, DÖV 1977, págs. 649 e seg., respectivamente m.w.N.

(**) Ossenbühl (nota 62), págs. 2105 e seg. m.w.N.

(***) Hesse (nota 58), § 2 III, pág. 25.

(****) Assim, Ossenbühl (nota 62), pág. 2006.

É objecto de controvérsia que este processo pode conduzir a uma crescente manipulação da Constituição que anule o seu carácter de ordenamento com o alargar do espaço de criação política do legislador ⁽⁷²⁾. Nesta controvérsia tem apenas interesse o aspecto central de que o enriquecimento da Constituição é considerado pelos críticos precisamente ao contrário.

Mas é certo que, através de uma ampla *jurisdição* e conseqüente esclarecimento do problema da interpretação, a norma ganha ao mesmo tempo no seu conteúdo. O BGB (Código Civil) também se apresenta, depois de 80 anos de jurisprudência, nos seus preceitos que permanecem formalmente inalterados, amplamente diferente do que era no ano de 1900; raciocínio correspondente vale para a Constituição depois de 52 volumes de jurisprudência constitucional. Do mesmo modo, existem grandes diferenças da extensão da manipulação de uma norma. Isto depende de modo decisivo da *intenção* com que é feita a interpretação, neste caso, a interpretação constitucional. Esta é — no caso da concretização — orientada, na medida do possível, para o *respeito de diferentes valores* e para o acolhimento de diferentes conteúdos da estrutura material das relações da realidade «a ordenar». Trata-se de uma orientação para um momento específico, com vista à ostentação do preenchimento jurídico de uma provisão constitucional ⁽⁷³⁾. Este processo não está justificado e coberto pelo respeito do conhecimento metodo-

(72) Böckenförde, NJW 1976, págs. 2089/2097, ali também, págs. 2099 e 2091 para a compreensão da Constituição como *Ordenamento-quadro* («Rahmenordnung»).

(73) Cfr. Hesse (nota 58), § 1 III, pág. 19 e § 2 III, pág. 27. — As conseqüências de uma acentuada interpretação da Constituição são que «no âmbito das normas» existem relações de natureza diferente e, por isso, a esfera de interpretação constitucional tem de resultar diferente; cada preenchimento da Constituição aumenta ao mesmo tempo o campo de aplicação da disposição constitucional. O problema decisivo consiste não na caracterização jurídico-material mas em que, depois de uma decisão vinculatória do Tribunal Constitucional Federal no sentido do

lógico num motivo criador de cada interpretação e, por conseguinte, também da interpretação constitucional. A questão dogmático-constitucional decisiva e genuína consiste em saber quem concretiza e qual a dose de criatividade que resulta de uma norma constitucional fragmentária. A ostentação «criadora» na norma constitucional pode significar duas coisas distintas: por um lado, concretização no sentido de interpretação de uma norma da Constituição, *através da interpretação do Tribunal Constitucional*; e, por outro lado, concretização no sentido de visão ampla do impulso jurídico-constitucional *através do legislador*. Como é evidente, pretende a doutrina da concretização abranger apenas o primeiro dos significados referidos. Mas o problema está na delimitação dos dois processos. Na caracterização da interpretação constitucional como processo de concretização, fica-se sob a ameaça de se perder esta diferença entre os dois processos criadores da «ostentação» da Constituição e, assim, de os motivos serem removidos a favor da complementação da Constituição na via de interpretação.

Na compreensão da Constituição como ordenamento espacial, o processo de preenchimento das normas constitucionais através da progressiva jurisdição acaba mais cedo. Também nele é naturalmente exigível uma *fixação vinculatória* sobre o conteúdo das normas constitucionais; mas, ao mesmo tempo que esta fixação do conteúdo se orienta à compreensão do «quadro», a *visão* orienta-se sempre também às alternativas que esta fixação abriu e deve abrir ao legislador. Uma «compreensão do quadro» (*Rahmenverständnis*) exige sempre uma dupla afirmação: sobre o que está fixado e sobre o que fica em aberto ⁽⁷⁴⁾. Uma «compreensão do qua-

reconhecimento jurídico da disposição verificada, o § 31 de BVerfGG acaba por reflectir determinados limites para o legislador e outras instituições. Segundo uma decisão do Tribunal Constitucional, a concreção constitucional resultante é, de certo modo, «administrada» pelo BVerfG.

(74) Por isso a Constituição está aberta, como é frequentemente dito, para o que é possível no quadro da Constituição. Ela pode hoje ser

dro» significa ter consciência de cobrir e de formular um *espaço de actuação*; o que fica dentro do quadro deve ser entendido como uma alternativa de entre as várias possíveis. Para que uma norma constitucional possa ser entendida como «quadro — padrão» de uma lei ordinária não nos chega a questão de saber se foi encontrado o «meio à altura» ou o «ponto optimal», mas, sim, se a lei em concreto cai «dentro do quadro».

No conceito de concretização pelo legislador está imanente, pelo contrário, uma tendência para a absorpção do campo de actuação no interesse da correcta concretização da Constituição. Segundo a ideia de concretização, a *Constituição penetra no tecido do direito ordinário* com impulsos jurídico-constitucionais pormenorizados irradiantes; é feita no interesse de uma execução material e no preenchimento, tão perfeito quanto possível, dos princípios e considerações de valor da Constituição. Mas são de esperar passos extremamente importantes no enriquecimento da essência da Constituição. Assim, apresenta-se cheia de consequências a acepção diferente dos dois conceitos, a qual está ligada com os diferentes entendimentos da Constituição de modo inevitável.

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

preenchida pelo legislador de uma forma, e amanhã de outra. Além disso pode acontecer que: o que pareça de certo modo incontroverso na verificação da Constituição represente uma alteração dela.

V

1. O âmbito e a delimitabilidade do primado da Constituição tornaram-se num conceito dogmático problemático que, apesar de toda a rejeição do Tribunal Constitucional, é sustentado frequentemente sob a designação de «constituição parcial» (*Teilverfassung*) como HERBERT KRÜGER ⁽⁷⁵⁾ formulou, em perfeita alusão à ideia de graduação de normas — pela doutrina das chamadas constituições subconstitucionais (*subkonstitutionellen Verfassungen*). No que concerne à constituição económica, o Tribunal Constitucional Federal rejeitou, desde a decisão de auxílio ao investimento (*Investitionshilfeurteil*), e com permanência, o conceito de constituição parcial. Esta jurisprudência foi reforçada pela «sentença de participação» (*Mitbestimmungsurteil*) como conceito que contém, autónoma e adicionalmente, padrões e conteúdo jurídico-constitucional ⁽⁷⁶⁾. A ideia sustentada, na doutrina, de um padrão de controlo relativamente a uma «coerência institucional da constituição económica» e a uma «coerência de protecção e ordenação (*Schutz- und Ordnungszusammenhangs*) foi objecto, do mesmo modo, de clara e decidida infirmação do Tribunal Constitucional Federal no sentido de lhe não encontrar qualquer «protecção na Lei Fundamental». Todavia, a doutrina continua a sustentar esta figura ⁽⁷⁷⁾, e isto por duas razões que devem ser aqui referidas: a primeira delas consiste em que, através de uma *série* de direitos fundamentais e de princípios fundamentais materiais, uma constituição parcial (*Teilverfassung*) revela, no que

⁽⁷⁵⁾ Subkonstitutionellen Verfassungen, DÖV 1976, pág. 613, com recusa decisiva do primado da Constituição relativamente a uma tal constituição parcial (*Teilverfassung*).

⁽⁷⁶⁾ Cfr. P. Badura, AöR 92 (1967), págs. 382 e seg.; do mesmo, in: FS Fröhler 1980, págs. 321 e seg.; F. Rittner, Wirtschaftsrecht, 1979, págs. 23 e seg. A citação literal provém do BVerfGE 50, 290/336.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. nomeadamente as indicações de R. Wegener, Staat und verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege, 1978, pág. 118 e Krüger (nota 75), pág. 615; recentemente, H. Hablitzel, Wirtschaftsverfassung und Grundgesetz, BayVerZ. 1981, 65 e seg..

concerne à essência e ao estabelecimento de padrões, mais do que resultaria de uma controlo pormenorizado dos preceitos em concreto. A doutrina apoia-se, por conseguinte, na ideia de que o conjunto é *mais* do que a soma das partes. Este princípio, cheio de tradição, suscita todavia problemas clássicos de grande envergadura entre os quais o facto de ele omitir quem desenvolve o *mais* em substância — que é, evidentemente, o respectivo intérprete. ⁽⁷⁸⁾

O segundo ponto da doutrina da «constituição parcial» consiste em que o «ordenamento parcial» (*Teilordnung*) se enriquece, de modo decisivo e na sua essência, *no plano da lei ordinária* ⁽⁷⁹⁾; a diferença entre direito constitucional e direito simples (legislação ordinária) cai expressamente na confusão. A discussão dos princípios da Constituição e do direito ordinário inscreve-se no processo de transformação com observância do plano constitucional, como é fácil de compreender. Este processo e este resultado evidenciam precisamente o contrário do que acima concluímos sobre o princípio do primado da Constituição. Uma exemplar discussão crítica desta doutrina encontra-se no trabalho de Rupert Scholz, já que Scholz fez uso dela em termos particularmente extensivos e expressivos.

2. SCHOLZ centra quase todo o seu esforço num campo e num círculo jurídico, para a formação de uma *constituição parcial* ⁽⁸⁰⁾. Isto implica também que uma dada temática mate-

⁽⁷⁸⁾ Um caso paralelo para a formação de «*Teilverfassungen*», é a visão conjunta de «direitos fundamentais e preceitos jurídicos constitucionais específicos», relativamente ao «direito fundamental a uma escala de tolerância ideológica», em Th. Oppermann, *Verhandlung des 51. DJT I*, 1976, págs. C-94 e seg.

⁽⁷⁹⁾ Assim expressamente J. H. Kaiser, *Die Verfassung der öffentlichen Wohlfahrtspflege*, in: FS Scheuner 1973, págs. 241/243, 247 e seg.; criticamente como no texto, cfr. Wegener (nota 77), págs. 118 e seg.. Ver também abaixo na nota 89.

⁽⁸⁰⁾ Os pressupostos para uma «evolução» em direcção à «*Teilverfassung*» foram discutidos por Scholz/Pitschas in: *Sozialrechtsprechung*, FS ESG vol. 2, 1979, págs. 627/630 e seg., e Kaiser (nota 79), pág. 244.

rial, que é orientada por um distanciamento relativamente ao Estado devido à função de defesa dos direitos fundamentais, não pode ser definida simplesmente como sector social (*gesellschaftlicher Bereich*) ou, se a tomarmos do ponto de vista teórico-sistemático, como subsistema social (*gesellschaftliches Subsystem*), mas é estilizada como subsistema jurídico-constitucional (*Verfassungsrechtliches Subsystem*) social⁽⁸¹⁾. Desenvolveu, nos seus escritos e artigos, um amplo número de constituições parciais — tal como a tradicional *constituição económica*, a *constituição do trabalho* e a *constituição social*, a *constituição do funcionalismo público*, a *constituição dos serviços* e a *constituição das comunicações*, ou seja, a constituição dos *mass media*⁽⁸²⁾. A doutrina da «constituição parcial» encontra em Scholz não apenas um alargamento quantitativo mas também um aumento qualitativo. Os conceitos de cons-

(81) Especialmente claro, R. Scholz, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, 1978, págs. 130 e seg.. Comparar com R. Scholz/H. Konzen, *Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektiven Arbeitsrecht*, 1980, pág. 119; Scholz, *Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz*, 1974, págs. 24 e seg.

(82) Para as constituições económica e do trabalho, a par das indicações da nota 81: Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, págs. 154 e seg., 158 e seg.; do mesmo, *Konzentrationskontrollen und Grundgesetz*, 1971, págs. 26 e seg. m.w.N. in: nota 1; do mesmo in: Duwendag (edictor), *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976, págs. 113/123 e seg..

Para a constituição social: Scholz/Pitschas (nota 80), págs. 635 e seg., 639 e seg.; Scholz, in: *FS BAG 1979*, págs. 511/512 e seg.; do mesmo in: *FS Sieg*, 1976, págs. 507/510 e seg. (ali também a constituição dos seguros).

Para os serviços e função públicas: do mesmo, in: W. Leisner (edictor), *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975, págs. 179 e seg.; do mesmo, *Personalvertretung*, 1975, págs. 81 e seg.; do mesmo, *Mitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsurteil und öffentlicher Dienst*, *ZBR* 1980, págs. 297 e seg.

Para a constituição das comunicações ou dos *mass media*: do mesmo, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, págs. 283 e seg., 286 e seg., 298 e seg.; do mesmo, *Audiovisuelle Medien und bundesstaatliche Gesetzgebungskompetenz*, 1978, págs. 27 e seg..

tuição das comunicações de massa e de constituição social parcial (*gesellschaftliche*) derivadas da Lei Fundamental têm por objecto a realização de uma relação jurídica com a evidência política do ordenamento estadual, que não intervém mais apenas parcialmente, mas persegue uma ofensiva e ampla tarefa sócio-política (83). «A constituição económica da Lei Fundamental implica, para a garantia da propriedade prevista no artigo 14 (da Lei Fundamental), não apenas a ideia no sistema de micro-economia que tem por base, em princípio, a utilização individual da propriedade, mas implica ainda a ideia sistemática de macro-economia, entendida esta como ordenamento económico baseado na propriedade privada dos meios de produção». A novidade mais importante da doutrina da «constituição parcial» diz respeito à ideia de sistema macro-económico. As principais directrizes da Constituição são expressamente concebidas como *sistema ordenativo* de carácter macro-político (84) e fornecido *com o necessário conteúdo* para que possa preencher a função de comando perante a complexa reserva de lei. Tudo resumindo: a evidência deste sistema acentua que, logicamente, a estrutura material seja colocada perante a substância da constituição parcial.

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

Ponto de partida desta doutrina é o estabelecimento de uma equiparação categórica entre, por um lado, os subsistemas

(83) Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, págs. 35 e seg.; ver também pág. 134 e págs. 110 e seg.; cfr. ainda do mesmo in: FS Sieg, págs. 525 e seg.

(84) Expressão in: Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, pág. 165.

(85) Como, antes, págs. 165 e seg.

jurídico-constitucionais da sociedade em conjunto e a verificação da sua legítima interdependência e, por outro lado, a necessidade da sua concordância prática. Tal concordância — que segue os princípios gerais da colisão de direitos fundamentais e da sua solução — é alcançável através do *princípio da proporcionalidade* e das directivas dele decorrentes. Dado que, no âmbito dos subsistemas jurídico-constitucionais se trata — em contraposição com a colisão de direitos fundamentais em sentido próprio —, se trata do equilíbrio de subsistemas de actuação ou de ordenação, de carácter macro-político, são necessários critérios complementares que acolham tal problema. Esta tarefa preenche a ideia de *justiça do sistema* ou da sua perfeição, na medida em que a Constituição não pode ser tomada unilateralmente no sentido de um comando material para a manutenção estática do sistema e da sua fixação. Justiça do sistema ou conformidade do sistema, no sentido aqui referido, significa, antes, um máximo de tomada em consideração das estruturas amadurecidas e autónomas dos subsistema, sócio-constitucionais. Isto significa, também, uma obrigação fundamental para a equivalência funcional, nos casos em que um subsistema sócio-constitucional se modifica a favor de um outro subsistema equiparado.

Deste entendimento tradicional da interpretação da Constituição fica aqui apenas a expectativa de como será edificado um subsistema sócio-constitucional a partir dos preceitos fragmentários da Lei Fundamental. Da mesma forma, estes (*preceitos e subsistemas*) são postos em relação, entre si e com os princípios aplicados, como fórmulas «mágicas» da prática e da justiça do sistema ⁽⁸⁹⁾. Na verdade, segundo Scholtz, «a ideia

(⁸⁹) O campo de aplicação do princípio da proporcionalidade e da concordância tem aqui relevância relativamente ao sistema de decisão. Assim, cfr. o mesmo in: FFS Stieg, pág. 524: «O princípio da proibição da arbitrariedade oferece à segurança privada o equilíbrio (social) e a

da justiça do sistema funciona antes como padrão de interpretação formal» (87). Mas este conteúdo formal é suficiente para postular afirmações políticas tão cheias de interesse como, p. ex., o comando da melhor tomada em consideração possível das estruturas, tal como o princípio da melhor conservação do sistema. Estes comandos estão sob a reserva da *defesa da evidência imanente do sistema*; isto, porém, não liberta da defesa da «máxima justiça do sistema relativamente a todos os subsistemas atingidos». É evidente que *o todo* é aqui mais do que a soma dos artigos da Lei Fundamental; a Constituição ganha o máximo de conteúdo (88). Mas dever-se-á entender que, com base nesta interpretação, o Tribunal Constitucional Federal poderia controlar e poderia previsivelmente adoptar um controlo legislativo? Em todo o caso, esta atitude não corresponderia ao conceito de justiça, acima (em III e IV) referido.

3. Mas, sendo assim, a individualização dos vários aspectos da vida abrangidos pelos sistemas de constituição parcial, deve ser recusada, mesmo que não surjam complicações a partir da colisão de diversas constituições parciais. Este fenómeno deve-se ao facto de que a diferença entre Direito Constitucional

capacidade de funcionamento no concurso económico-social com os asseguradores públicos». Apesar da referência ao mesmo princípio, trata-se, todavia, de algo totalmente diferente daquilo que o BVerfG controlou quanto às diferenças metódicas das considerações da proporcionalidade de regulamentações concretas dentro do sistema de regulamentação. Cfr. E. Benda, DÖV 1979, pág. 468; do mesmo, Grundrechtswidrige Gesetze, 1979, págs. 26 e seg. e 56 e seg.

(87) Como antes, págs. 186 e seg. — Naturalmente volta-se Scholz, nos capítulos posteriores dos trabalhos citados, contra as normas concretas dos respectivos direitos ordinários.

(88) Cfr. neste sentido também a observação de Krüger (nota 75), pág. 616 dos «pais constitucionais» (Verfassungsväter) relativamente às «Teilverfassungen».

e Direito simples é sistematicamente esquecida. Isto resulta de modo especialmente claro de outra passagem de Sholtz ⁽⁸⁹⁾:

Os artigos 12 (liberdade profissional) e 14 (garantia da propriedade privada) da Constituição «formam a base jurídico-constitucional do direito individual do trabalho (que, por seu turno, é principalmente direito contratual), o qual surgiu na base do contrato individual de trabalho. A relação do direito constitucional do trabalho com o ordenamento subconstitucional do trabalho é, assim, ambivalente. Por um lado, o direito constitucional do trabalho dirige o direito ordinário do trabalho e o direito contratual do trabalho; por outro lado, o último concretiza o primeiro e é, por conseguinte, decisivo para a sua interpretação concreta».

De modo semelhante constata SCHOLZ relações «ambivalentes» no que concerne às relações do direito constitucional económico com o direito ordinário da economia. Se persistir a ambivalência das relações entre os planos de equivalência, torna-se evidente o seu pensamento e também o de PITSCHAS. Na jurisprudência do BSG (Tribunal Social Federal) ⁽⁹⁰⁾, no que concerne à ordenação social constitucional (*verfassungsgemäßen Sozialordnung*), eles verificam a individualização dos direitos da segurança social numa «constituição social da Lei Fundamental». A pequena diferença aparente na terminologia tem, todavia, na prática, a maior relevância — entre as duas expressões estão mundos do direito constitucional. O direito social é ordinário (isto é, legislação ordinária) e deve-se deixar medir pela Constituição; o conceito «direito social constitucional» (*verfassungsgemäß* ou *verfassungsmäßiges Sozialrecht*) evidencia esta diferença. A doutrina da constituição social desenvolve, nos vários pontos do direito ordinário, um direito constitucional como direito padrão. «A questão decisiva para a formação de uma constituição social na Lei Fundamental refere-se à unidade substancial e à perfeição

⁽⁸⁹⁾ *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, págs. 155 e seg..

⁽⁹⁰⁾ In: *Sozialrechtsprechung* (nota 80), págs. 639 e seg..

do sistema de ordenação concreta na segurança social» (21). Se o acento ou *tom* da constituição social deve ter o sentido que lhe é evidente, isto é, a comparticipação dos princípios da Constituição social na categoria ou grau constitucional, e o seu significado como padrão jurídico para a Política legislativa, *então* não pode naturalmente chegar-se à unidade do sistema de ordenação no direito ordinário, mas apenas podem ser retiradas da Constituição afirmações jurídico-constitucionais para o direito social e alcançadas através da exacta interpretação dos artigos da Constituição.

VI

1. A autonomia do Direito Constitucional e o seu distanciamento relativamente à lei ordinária são as ideias orientadoras que foram deduzidas nas considerações gerais sobre o carácter da Lei Fundamental enquanto Constituição com jurisprudência constitucional, cujos «perigos» foram objecto de crítica como uma figura dogmática de proveniência heterogénea. Das conclusões a que chegamos sobre as *normas do direito constitucional material*, resulta que: existem concepções dogmáticas que aumentam o âmbito do seu papel com construções alternativas, e existem concepções que deixam transparecer sistematicamente a medida e a delimitabilidade da secundarização — com todas as consequências para as relações funcionais entre Tribunal Constitucional e Legislador. Tratava-se aqui da apresentação desta problemática; não se afirma que para todos os problemas citados é possível uma solução que estabeleça uma estreita distinção entre os respectivos domínios. O «autónomo» (*Selbstand*) do conceito jurídico-constitucional não foi assim ainda alcançado, nem todas as questões concretas possíveis foram consideradas; toma-se assim, como rele-

(21) Como antes, pág. 640.

vante a necessidade do seu fundamento e da sua melhor realização possível como objectivo a alcançar. Em estreita ligação com a interpretação constitucional pode pôr-se em causa que todo o cuidado, para uma identificação precisa e para a delimitação do *primado do Direito constitucional*, possa levar a um êxito; ou que, nos casos problemáticos clássicos dos efeitos mediatos para terceiros, não seja inevitável estabelecer fronteiras entre o direito constitucional e o direito ordinário⁽⁹²⁾. Para verificar isto, não chega aceitar como ponto crucial a ideia das relações conjuntas do direito constitucional e da legislação ordinária.

A acentuação dos diferentes planos de normas não tem nada a ver com o isolamento do direito constitucional relativamente ao restante direito ou, até, com uma imunização da legislação ordinária perante o direito constitucional. Nenhuma norma do direito ordinário e nenhum dos princípios fundamentais tradicionais devem contradizer o campo do direito constitucional. Para evitar uma tal contradição, *toda a legislação tem de se orientar pelo conteúdo da norma constitucional e tomar esta como base fundamental*. A isto pode-se chamar «irradiação» (*Ausstrahlung*) ou «influência» (*Einwirken*); o que não causa qualquer transtorno na medida em que se mantém nestas imagens o elemento unilateral dirigente da Constituição relativamente à lei. Questionáveis seriam estas ideias no caso de se não entender a dependência do direito ordinário relativamente ao direito constitucional como expressão do efeito transformador ou da reciprocidade da Constituição e do direito ordinário. A unidade do ordenamento jurídico também se produz através da repercussão do direito ordinário no direito constitu-

(92) Para manter o exemplo da interpretação conforme à Constituição: se acerca de uma norma legal existir controvérsia na doutrina e na jurisprudência entre as variantes de interpretação A-D, mas se o BVerfG apenas considerar a alternativa A inconstitucional, então ele só poderá declará-la e não decidir pelas variantes B-D que concretizam «da melhor forma» a Constituição.

cional, como integração vertical da lei na Constituição ⁽⁹³⁾. Para variar a tese das conclusões: num ordenamento constitucional com jurisprudência constitucional, a reciprocidade do direito constitucional e da lei ordinária significaria não apenas a interpenetração recíproca de duas normas mas, também, a interpenetração das competências do Tribunal Constitucional e do legislador.

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

Não é por acaso que os problemas fundamentais citados já foram objecto de discussão enquanto problema do *primado da Constituição*. Assim, observou SCHEUNER em 1951 que, onde o conceito de Constituição não se sobrepõe à lei ordinária,

(*) D. Ch. Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der Verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969, 125 e seg. 127. — Por isso revela-se também problemático se a interpretação da lei conforme à Constituição for ligada à interpretação conforme à lei da Constituição. Hesse (nota 58), § 2 IV, 3, pág. 34.

é suplantada a *ideia de Constituição* como um preceito material, de base inviolável, do Estado e fica ameaçada de dissolução a existência do ordenamento constitucional, assim como a garantia da liberdade na sua apresentação positiva⁽⁶⁴⁾. Mais tarde Scheuner apreciou positivamente o primado da Constituição e considerou ambos os elementos da *categoria* e do *conteúdo material* na sua interpenetração⁽⁶⁵⁾. O conceito de primado da Constituição está, como as históricas considerações o têm demonstrado, não necessariamente ligado a um positivismo⁽⁶⁶⁾. Ele também não foi, na sua fase embrionária, ligado a uma provisão de conteúdo material⁽⁶⁷⁾. Na verdade, porém, trata-se de uma estreita ligação indissolúvel entre os dois elementos: o *primado da Constituição só tem, em princípio, sentido e significado na medida em que o conteúdo da Constituição é fundamental*.

Mas a problemática mais profunda do Direito Constitucional não está com isto, ainda, resolvida: para os dois elementos subsiste a fronteira invariável, na medida em que resulta do carácter da Constituição a sua fundibilidade com o ordenamento jurídico-legal. O enigma do começo e a base imanente inalterável⁽⁶⁸⁾ permanecem, quer para a fundamen-

(64) U. Scheuner, *Grundfragen des modernen Staates*, in: *Recht — Staat — Wirtschaft*, vol. 3, 1951, págs. 126/133.

(65) (Nota 20), págs. 12 e seg.: «Verfassung als Vorordnung einer dauerhaften, auf dem Grundkonsens des Gemeinwesens beruhenden Norm höherer Ordnung».

(66) O primado da Constituição não está necessariamente ligado em todas as suas características à escola de Viena, embora o seu mérito em torno deste conceito não possa ser diminuído; e antes de mais — evidentemente não nos anos 20 — não se deve menosprezar o conseqüente fundamento democrático desta doutrina. Para uma estreita ligação entre a doutrina do primado da Constituição e a Escola de Viena, cfr. W. Henke, *Verfassung, Gesetz und Richter, Der Staat* 3 (1964), págs. 433/437 e seg..

(67) Assim, P. Badura, *Verfassung und Verfassungsgesetz*, in: *F&S Scheuner*, 1973, págs. 19/21.

(68) Para a questão da origem e dos limites, ou seja, da impossibilidade de uma resposta, cfr. W. Henke, *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt, Der Staat* 10 (1980), págs. 181/194 e seg. com

tação da categoria solene e formal, quer para o conteúdo jurídico-material, não esclarecidos e não esclarecíveis. Também para a subsistência e sobrevivência do ordenamento constitucional vale o facto de que a realidade e o sucesso do Estado Constitucional não se baseiam, em primeiro lugar, em regulamentação jurídica e em instituições (**). Com a não desprezível questão da *legitimidade*, acentua-se o carácter «político» do Direito Constitucional perante o restante ordenamento jurídico.

A Ciência do Estado não pode contentar-se com a positivação do Direito Constitucional; ela renunciaria à sua tarefa se desprezasse esta problemática, considerando-a apenas como uma necessidade de manter o carácter fechado do sistema ou como uma construção hipotética das normas fundamentais. Para que a Ciência do Estado se possa pronunciar sobre o problema da observância da Constituição necessita de novas considerações. As respostas de Weimar parecem não serem mais suficientes. A Constituição de Weimar reagiu com mais segurança na diagnose do que na terapia, limitando-se ao estreitamento positivista e à posição especial do Direito Constitucional. Na época de Weimar as instituições da jurisprudência constitucional e o primado da Constituição foram assunto altamente controverso e não trabalhado com seriedade. A doutrina do Estado do pós-positivismo de Weimar não tem de se decidir entre possíveis entendimentos diferentes do direito constituconal materal, nem sobre padrões de controlo, quer como um programa não perfeito, quer como uma combinação de programas. A Lei Fundamental tem agora — e para esta tese final concorrem as discussões até aqui apresentadas — uma nova situação. Por isso, a relação metódica entre a dogmática jurídico-constitucional e a Teoria da Constituição, tem de ser pensada novamente.

conclusões dignas de observação para problemática, que aqui nos interessa, das relações do Direito Constitucional como disciplina jurídica e como pensamento da Constituição enquanto Lei Fundamental.

(**) Badura, (nota 97), pág. 21.

Nem tudo o que foi reconhecido em Weimar sobre as relações positivas, como característica do direito constitucional «político», pode ser adoptado como aspecto positivo na compreensão do Direito Constitucional e ser considerado pela juris prudência constitucional como decisivo.