



Este item está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

Você tem o direito de:

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



This item is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

You are free to:

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

Under the following terms:

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

No additional restrictions — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

Constituição: Conceito, Objeto e Elementos (*)

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Professor Titular da UnB

SUMÁRIO

1. Colocação do tema em perspectiva hermenêutica. 2. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica. 3. Conceito, objeto e elementos da Constituição. 3.1. A Constituição como garantia do "statu quo" econômico e social (E. FORSTHOFF). 3.2. A Constituição como instrumento de governo (W. HENNIS). 3.3. A Constituição como "processo público" (P. HABERLE). 3.4. A Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização (BÄUMLIN). 3.5. A Constituição como programa de "integração" e de "representação" nacional (H. KRÜGER). 3.6. A Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a idéia de Direito (G. BURDEAU). 3.7. A Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (K. HESSE). 4. Conclusão.

1. Colocação do tema em perspectiva hermenêutica

Um dos mais ricos achados da hermenêutica filosófica contemporânea foi a descoberta de que a compreensão do sentido de uma coisa, de

* Palestra proferida na OAB-DF, em 13-5-92, no Curso de Direito Constitucional e Administrativo.

um acontecimento ou de um estado de coisas pressupõe um *pré-conhecimento* daquilo que se quer compreender, pelo que toda a interpretação é guiada pela pré-compreensão do intérprete.

Explicando em que consiste essa pré-compreensão e qual a sua importância para a compreensão de algo, *MARTIN HEIDEGGER* — em quem o problema atinge o grau máximo de radicalização — assim resume a idéia:

“A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que *está* no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como *estando no texto nada mais é do que a opinião prévia*, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já *põe*, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.” (*Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 2.^a ed., 1988, Parte I, p. 207).

Noutras palavras, a interpretação de algo *como algo* move-se numa estrutura de antecipação, que corresponde à essência da compreensão, a qual se dá numa estrutura circular o chamado “círculo hermenêutico” —, em que a compreensão do particular supõe ou pressupõe uma compreensão do todo, sendo essa totalidade concebida como contexto histórico, como unidade da vida, como mundo-da-vida ou como totalidade de condição do ser-no-mundo.

Para melhor compreendermos essa forma de colocação do problema da compreensão, vejamos com *RICHARD PALMER* — um dos mais claros expositores dos problemas hermenêuticos — em que consiste esse círculo, que só aparentemente é vicioso.

“Compreender — ensina *PALMER* — é uma operação essencialmente *referencial*; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por exemplo — prossegue *PALMER* — uma frase como um todo é uma unidade. Compreendemos o sentido de uma palavra individual quando a consideramos na sua referência à totalidade da frase; e,

reciprocamente, o sentido da frase como um todo está dependente do sentido das palavras individuais. Conseqüentemente um conceito individual tira o seu significado de um contexto ou horizonte no qual se situa; contudo, o horizonte constrói-se com os próprios elementos aos quais dá sentido. Por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. E porque o sentido aparece dentro deste círculo — arremata PALMER — chamamos-lhe círculo hermenêutico.” (Hermenêutica. Lisboa, Edições 70, 1986, pp. 93/94).

Então, para usar as palavras precisas de JOSÉ LAMEGO — figura relevante da moderna filosofia jurídica em Portugal — é dessa totalidade do mundo da compreensão que resulta a pré-compreensão, a qual abre um primeiro acesso à intelecção, na medida em que representa uma *anticipação* de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação do intérprete com a coisa, no contexto de determinada situação; noutras palavras, a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão (*Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa, Editorial Fragmentos, 1990, pp. 134/135).

O tema da pré-compreensão, que ampliou os horizontes da hermenêutica filosófica contemporânea, teve seu máximo desenvolvimento nos estudos do mais importante discípulo de HEIDEGGER — HANS-GEORG GADAMER — que muitos apontam como o verdadeiro fundador dessa nova hermenêutica.

Em sua obra fundamental — *Verdade e Método* — GADAMER retoma a problemática da pré-compreensão a partir dos estudos de HEIDEGGER, sobretudo de sua descrição do círculo hermenêutico como algo positivo para o processo da compreensão e não como um círculo vicioso, dentro do qual, emparedado, o sujeito cognoscente não tem acesso ao conhecimento do objeto.

Assim, partindo dessa noção de círculo hermenêutico, GADAMER relembra, com HEIDEGGER, que o círculo não deve ser degradado à condição de um círculo vicioso, mesmo que apenas tolerado, pois nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos, mas, ao contrário, na elaboração da posição prévia, da

visão prévia e da concepção prévia, assegurar a cientificidade do tema a partir das coisas mesmas.

Destarte, para GADAMER, o essencial da reflexão hermenêutica de HEIDEGGER não consiste em demonstrar que nos achamos diante de um círculo, mas em ressaltar que esse círculo possui um significado ontológico positivo.

2. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*

Assentes os pressupostos hermenêutico-filosóficos, em geral, sob os quais a matéria pode e, mesmo, deve ser analisada, vejamos como aplicá-los no estudo do *conceito*, do *objeto* e dos *elementos* da Constituição, que compõem a temática desta exposição.

Como esses assuntos pertencem já a um determinado ramo do Direito — o chamado Direito Constitucional —, é de toda a conveniência, pelo menos para fins didáticos, analisar a questão na perspectiva do Direito *em geral*, ou da hermenêutica jurídica *tout court*.

Para tanto, invocaremos os ensinamentos de JOÃO BAPTISTA MACHADO e KARL LARENZ, que, a nosso ver, se destacam entre os estudiosos do tema pela clareza e precisão com que o abordam.

Com efeito, para JOÃO BAPTISTA MACHADO, ao enfrentar o problema da interpretação das leis, o jurista não pode ignorar que, antes mesmo de pôr a funcionar as suas diretivas interpretativo — metodológicas, precisa tomar em conta os pressupostos gerais da interpretação de todo e qualquer texto ou enunciado lingüístico, ou seja, precisa enfrentar o problema, mais geral, da “compreensão” do sentido de um texto. É que, adverte, todo enunciado lingüístico — obviamente também o enunciado das proposições jurídicas — deve ser entendido como um *significante* que, em último termo, aponta ou remete para algo extralingüístico, o *referente*, ou a “coisa” a que ele remete.

Se compreender o texto pressupõe compreender a “coisa” a que ele se refere ou para que ele remete — pois sem essa pré-compreensão o texto não pode fazer sentido para nós —, no que respeita à compreensão das previsões legais, somente as compreendemos porque elas se referem a situações ou relações da vida das quais, pela nossa própria experiência, temos já uma pré-compreensão.

O mais importante — ressalta o lúcido jurista lusitano — é que, para além desses referentes imediatos, representados pelas situações da vida a que remetem os enunciados lingüístico-normativos, existe um outro

“referente”, um *referente fundamental*, essa “coisa” que é o Direito e que o legislador nos procura comunicar através dos enunciados das normas.

Por isso — conclui BAPTISTA MACHADO — os textos legais não determinam ou criam “autonomamente” o jurídico, a juridicidade, sendo, antes, já mera expressão ou tradução dessa juridicidade, a qual, por princípio, e como referente último, está para além deles, está *fora deles*; e desse referente, da sua “pré-compreensão”, tem o intérprete de partir necessariamente se pretende sequer entender esses textos como “jurídicos”, como portadores de um sentido jurídico (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Almedina, 1989, pp. 205/209).

Avançando ainda mais na exploração das virtualidades da pré-compreensão como momento essencial do fenômeno hermenêutico, JOÃO BAPTISTA MACHADO assevera que, se entendermos que o legislador, ao editar uma norma, está a *positivar* a sua visão da ordem jurídica, impõe-se reconhecer que, ao fazê-lo, ele necessariamente haverá de nos remeter para algo que está *fora* desses textos (embora neles pressuposto) e, portanto, para algo de *extrapositivo* ou *transpositivo* — o “referente” ou a “coisa” com a qual temos de relacionar o texto para, nessa relação, apreendermos o seu sentido. Então — conclui — daí se segue que o *positivo* (o texto) nos remete para uma polaridade transpositiva (o Direito ou certa *idéia* do Direito), que está para além do texto e que, talvez, pudéssemos identificar com o Direito Natural ou alguma outra pauta significativa que sirva de *polaridade extrapositiva* para o Direito que é, para o Direito que tem vigência e eficácia *hic et nunc* (op. cit., p. 210).

Em perspectiva semelhante, embora sem procurar um maior aproveitamento filosófico, KARL LARENZ coloca o problema da *estrutura circular do compreender* e a importância da pré-compreensão para a hermenêutica jurídica em geral.

A interpretação de um texto, qualquer que seja a sua natureza — afirma LARENZ — não só tem a ver com o sentido de cada uma das palavras, mas também com o de uma seqüência de palavras e frases, que expressam um contínuo nexos de idéias. Por outro lado, o significado da maioria das palavras revela uma maior ou menor amplitude de variação, mas, em cada contexto, esse significado resulta do posicionamento da palavra na frase e da conexão total de sentido dentro da qual a palavra surge, em determinado lugar do discurso ou do texto. Disso resulta uma especificidade do processo do compreender, conhecida como *círculo hermenêutico*, que LARENZ descreve da forma seguinte:

“... uma vez que o significado das palavras, em cada caso, só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por

sua vez, em última análise, apenas do significado — que aqui seja pertinente — das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete — e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso — de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Gulbenkian, 2.^a ed. pp. 242/243).

Como a descrição e mesmo a imagem do círculo podem sugerir o encarceramento do intérprete num espaço fechado, dentro do qual o processo hermenêutico retornaria sempre e infrutiferamente ao mesmo lugar, KARL LARENZ — como, de resto, HEIDEGGER e GADAMER também o fizeram — cuida de esclarecer que não se trata de um círculo vicioso, mas de um momento positivo no processo hermenêutico, desde que seja corretamente entendido.

Por isso, adverte que a imagem do círculo não seria adequada se pensássemos que o movimento circular do compreender faria o intérprete retornar sempre ao ponto de partida, numa autêntica tautologia. Será adequada, ao revés, se entendermos que o movimento conduz sempre a um novo e mais elevado estágio da compreensão, pois ainda quando o processo de olhar para a frente e para trás — após várias repetições — apenas venha a confirmar, afinal, a conjuntura de sentido inicialmente suposta ou antecipada pelo intérprete, este já não estará situado no mesmo ponto em que inicialmente se encontrava, pela simples razão de que a sua mera suposição ou idéia, a partir de agora, ter-se-á convertido em certeza (op. cit., p. 243).

Dai que, em reflexão criadora, EMERICH CORETH — Outro notável estudioso da hermenêutica contemporânea — avance na descrição do processo hermenêutico, para afirmar que ele não se desenvolve em círculo, mas em *espiral*, figura geométrica que melhor traduz a idéia de GADAMER sobre o processo da compreensão como tarefa aberta e infinita, que se reitera sem cessar, sempre em busca de novas e mais adequadas interpretações (*Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo, EDUSP, 1973, p. 79).

Para melhor compreendermos como e por que o autor de *Verdade e Método* considerou o processo da compreensão uma tarefa *aberta e inji-*

nita, que se retoma sem cessar, sempre na busca de novas e melhores interpretações, para bem entendermos essa colocação, vale a pena transcrever, embora relativamente extensos, os comentários críticos que dedicaram ao tema os mestres italianos GIOVANNI REALE e DARIO ANTISERI, em sua prestigiosa *História da Filosofia*.

No terceiro volume dessa obra, em recensão intitulada HANS GEORG GADAMER e a *Teoria da Hermenêutica*, aqueles estudiosos assim resumem as idéias de GADAMER sobre o círculo hermenêutico e o processo da compreensão:

“O intérprete não é tábula rasa. Ele se aproxima do texto com o seu *Vorverständnis*, isto é, com a sua pré-compreensão, vale dizer, com os seus pré-juízos ou *Vorurteile*. Com base nessa sua memória cultural (linguagem, teorias, mitos, etc.), o intérprete esboça uma primeira interpretação do texto (que pode ser um texto propriamente dito, antigo ou atual, mas também um discurso pronunciado, um manifesto etc). Ou seja, o intérprete diz: “este texto significa isto ou aquilo, tem este ou aquele significado”. Mas esse primeiro esboço de interpretação pode ser mais ou menos adequado, justo ou errado. Então, como fazemos para saber se é ou não adequado esse nosso *primeiro esboço de interpretação*?

“Responde GADAMER, é a análise posterior do texto (do “texto” e do “contexto”) que nos dirá se esse esboço interpretativo é ou não correto, se corresponde ou não ao que o texto diz. E, se essa primeira interpretação se mostra em contraste com o texto, “choca-se” com ele, então o intérprete elabora *segundo esboço de sentido*, vale dizer, outra interpretação, que depois põe à prova em relação ao texto e ao contexto, a fim de ver se ela pode se mostrar adequada ou não. E assim por diante, ao infinito, já que a função do hermeneuta é função infinita e possível. Com efeito, cada interpretação se efetua à luz do que se sabe; e o que se sabe muda; no curso da história humana, mudam as perspectivas (ou conjecturas ou pré-juízos) com que se olha um texto, cresce o saber sobre o “contexto” e aumenta o conhecimento sobre o homem, a natureza e a linguagem.

“Por isso, as mudanças, mais ou menos grandes, que ocorrem em nossa pré-compreensão podem constituir, conforme o caso, outras formas de releitura do texto, novos raios de luz lançados sobre ele, em suma, *novas hipóteses interpretativas a submeter à prova*. Eis por que a interpretação é tarefa infinita.

Infinita pela razão de que uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta e porque são sempre possíveis novas e melhores interpretações. *Possíveis* porque, a cada vez, conforme a época histórica em que vive o intérprete e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que, precisamente, para aquela época e para o que na época se sabe, são melhores ou mais adequadas do que outras." (*História da Filosofia*. São Paulo, Edições Paulinas, 1991, Vol. III, p. 630).

3. *Conceito, objeto e elementos da Constituição*

De posse desse instrumental teórico — mormente do conceito de *pré-compreensão* —, creio que qualquer noção, ainda a mais elementar, que se pretende ministrar sobre o *conceito*, o *objeto* e os *elementos* da Constituição estará condicionada pela nossa *pré-compreensão*; como, por outro lado, toda *pré-compreensão*, até certo ponto, é *irracional* — porque, dentre outros elementos constitutivos, ela é formada pelas nossas *pré-suposições*, *pré-juízos* ou *pré-conceitos*, tanto os legítimos quanto os ilegítimos — torna-se necessário *racionalizá-la* de alguma forma, o que se obtém pela *reflexão crítica* levada a cabo no âmbito da Teoria da Constituição.

Em outras palavras, também constitui tarefa importante, fundamental mesmo, de teoria constitucional submeter a *pré-compreensão* da Constituição ao tribunal da razão crítica, para distinguir os *pré-juízos* legítimos dos ilegítimos, os falsos dos verdadeiros e, assim, alcançar uma *compreensão* da Constituição que se possa considerar verdadeira ou, no mínimo, constitucionalmente adequada.

Por isso, GOMES CANOTILHO afirma que a Teoria da Constituição não se limita à tarefa de "investigação" ou "descoberta" dos problemas políticos constitucionais, nem tampouco à função de elemento "concretizador" das normas da Lei Fundamental, antes servindo, também, para "racionalizar" e "controlar" a *pré-compreensão* constitucional. (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 80/81).

Assim posta a questão — em termos de *pré-compreensão* constitucional —, o primeiro e radical problema, cuja solução condicionará a *compreensão* e o desenvolvimento de tudo o mais, consistirá em saber se devemos conceber uma constituição apenas como *constituição jurídica*, isto é, como simples *estatuto organizatório* ou mero *instrumento de governo*, em que se regulam processos e se definem competências, ou, ao contrário, concebê-la como "constituição política", capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas.

Noutras palavras, como resumido pelo mesmo CANOTILHO, a quem se deve estas e outras colocações pertinentes, o que precisamos decidir, antes de mais nada, é se a Constituição há de ser uma lei do Estado e só do Estado, ou um estatuto jurídico de fenômeno político, um “plano global normativo”, do Estado e da sociedade (op. cit., p. 12).

Como anotado anteriormente, a resposta a essas indagações — que dizem respeito à natureza e à função de uma lei constitucional — surgirá do debate teórico-jurídico e teórico-político, que se trava no âmbito da Teoria da Constituição, que é, precisamente, por onde e aonde se inicia toda compreensão constitucional.

Advertindo — desde logo — como o faz KONRAD HESSE — de que, em termos de conceito e qualidade da Constituição, a teoria do Direito Constitucional ainda está engatinhando, sem ter alcançado o consenso de uma “opinião dominante” (*“Concepto y Cualidad de la Constitución”*, in *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 4), com essa advertência, exporemos, a seguir, ainda que resumidamente, algumas das mais recentes e importantes teorias constitucionais, que nos permitirão, afinal, compreender — quase decifrar — os grandes temas e os grandes problemas com que se defronta a Teoria do Direito Constitucional e, afinal, formular, senão um, pelo menos *alguns* conceitos de constituição, que, mesmo sem contarem com a aceitação majoritária da doutrina, nem por isso serão privados de consistência e utilidade.

Trata-se, em última análise, de procurar respostas pelo menos aceitáveis, à luz das diversas experiências constitucionais, para aquelas indagações transcendentais que precedem ou condicionam, criticamente, as opções concretas em torno dos vários modelos constitucionais historicamente conhecidos: que tarefas ou funções devem ser confiadas à constituição de um determinado país? Quais as matérias que têm dignidade constitucional? Deve a Constituição limitar-se a ser uma ordem de competências, uma simples norma de organização, embora Norma Fundamental? Deve, ao contrário, a Constituição conter um bloco de diretivas materiais correspondente às aspirações e interesses de uma sociedade concreta, isto é, sociedade de um espaço e tempo historicamente situados? Em suma, deve a Constituição simplesmente sancionar o existente, ou servir de instrumento de ordenação, conformação e transformações de realidade social e política?

Para ordenar as respostas a essas indagações, adotaremos a seleção de doutrinas levada a cabo por GOMES CANOTILHO — bem mais extensa do que a utilizada por seu mestre KONRAD HESSE — indicando, em consequência, como dignas de consideração, as teorias constitucionais expostas a seguir.

3.1. *A Constituição como garantia do "statu quo" econômico e social (E. FORSTHOFF)*

Resumindo o que chama as três idéias fundamentais que condensam a teoria constitucional de FORSTHOFF, GOMES CANOTILHO diz que essa construção doutrinária vê a constituição como garantia do *status quo* econômico e social; é uma teoria da constituição em "busca do Estado perdido"; e, finalmente, é teoria da constituição de um Estado de Direito meramente formal.

Em razão desse enfoque, que ele considera inaceitável, quer quanto aos seus pressupostos, quer quanto às suas conseqüências — porque uma Constituição, materialmente entendida, não pode ser axiologicamente neutra, devendo, antes, ser democrática e social —, em virtude dessa carência, GOMES CANOTILHO considera que as idéias de FORSTHOFF não constituem ponto de partida para a elaboração de uma teoria da constituição "constitucionalmente adequada", isto é, capaz de compreender o Estado de Direito como este deve ser compreendido, ou seja, como Estado de Direito intencionalmente socializante, de que constitui modelo — para ele, CANOTILHO — o Estado português estruturado pela Carta de 1976.

3.2. *A Constituição como instrumento de governo (W. HENNIS)*

Assim compreendida, a constituição não passa de uma "lei processual", em cujo texto se estabelecem competências, regulam-se processos e definem-se limites para a ação política.

Embora contrariando a tendência de grande parte da teoria constitucional contemporânea — que, no dizer de CANOTILHO, onera o barco constitucional como excesso de carga política, econômica e social —, a concepção da constituição como instrumento de governo tem a vantagem de facilitar a sua conversão em ordem fundamental do Estado e habilitá-la a absorver a clássica tensão entre "Constituição" e "realidade constitucional" (op. cit., p. 87).

Trata-se de vantagem que, no entanto, não deve ser superavaliada, porque uma Constituição excessivamente "processual" ou "formal", além de não corresponder — como deve — às necessidades da práxis política, ao limite acaba se convertendo na ordem de domínio dos agentes de uma determinada ideologia, eis que por trás de todo positivismo jurídico e de toda neutralidade estatal, escondem-se, protegidos, aqueles que *positivaram* a Lei Fundamental segundo seus valores, aspirações, interesses ou idéias.

Por isso — arremata CANOTILHO — o problema maior não reside em contrapor uma Constituição como "instrumento de governo" a uma Constituição com "ordem material fundamental de uma comunidade", mas em

precisar o modo como “uma Constituição pode e deve ser uma ordem material” (op. cit., p. 89).

5.3. *A Constituição como “processo público” (P. HABERLE)*

Nessa perspectiva — para utilizarmos a linguagem expressiva de HÄBERLE, reproduzida na síntese de Canotilho —, longe de ser um simples “estampido” ou “detonação” originária que começa na “hora zero”, a Constituição escrita é, como “ordem-quadro da República, uma lei necessária mas fragmentária, “indeterminada” e “carecida de interpretação”; disso decorre, por outro lado, que a verdadeira Constituição seria sempre o resultado — e resultado temporário — de um processo de interpretação conduzido à “luz da publicidade”. Mais ainda, a Constituição é, ela mesma, um processo, donde HÄBERLE insistiu nessa expressão e em outras do mesmo sentido, tais como “compreensão pluralística normativo-processual”, “alternativas”, “pluralização da legislação constitucional”, “pluralidade de intérpretes”, “força normativa da publicidade” e outras do mesmo teor.

Noutras palavras — ainda nas expressões de HÄBERLE, reproduzidas por CANOTILHO —, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, neles se encontrando momentos de diálogo e momentos de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de anti-tese.

Só assim uma Constituição, entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, será também uma Constituição aberta de uma sociedade aberta.

Essa compreensão, bem se vê, chega a ser fascinante, sobretudo para aqueles que, a pretexto de combaterem o positivismo e a dogmática jurídica, como que “processualizam” a visão do Direito e do Estado, sem se darem conta de que assim agindo dissolvem a normatividade constitucional numa dinâmica absoluta, retirando da Lei Fundamental uma de suas mais importantes dimensões ou finalidades, que é, precisamente, a dimensão ordenadora e conformadora da vida em sociedade.

Por isso, o próprio CANOTILHO, admirador das posições de HÄBERLE, ao fazer o balanço crítico dessa compreensão da Constituição, põe a resalta de que, caracterizada como processo, a Lei Fundamental apresenta um *déficit normativo* acentuado, pois a pretexto da “abertura” e do “existencialismo atualizador do pluralismo”, dissolve a normatividade constitucional na política e na interpretação, chegando quase à conclusão de que a legiferação (Poder Constituinte) e a interpretação constitucional são uma só e mesma coisa (op. cit., p. 476).

3.4. *A Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização (BÄULIN)*

Nesta perspectiva, a Constituição não é um simples instrumento de proteção das relações existentes, mas a norma fundamental em que se projeta e realiza uma sociedade em devir, que indica as mudanças e conformação do sistema político, das relações sociais e da ordem jurídica.

Concretamente, sobre ser a Lei Fundamental do Estado (perspectiva jurídica), é também norma fundamental conformadora da vida social (perspectiva sócio-política), em cujo âmbito se formulam os fins sociais globais mais significativos, se fixam limites às tarefas da comunidade e se ordena o processo político.

Em face desse amplo espectro, a Constituição, para atingir seu desiderato, deve ser, a um só tempo, *ordem fundamental e programa de ação*, do que resulta construída, naturalmente, com e pela Constituição, a unidade sócio-política e econômica da sociedade.

Diversamente do que sustentam HÄBERLE e seus seguidores, sob esse enfoque a Constituição continua a ser concebida como constituição aberta, carente de concretização, mas essa concretização, nascida na e com a praxis constitucional, deve conter-se nos limites da própria Constituição, e não descambar para um pluralismo radical, à moda de direito livre, em cujo âmbito torna-se difícil, senão impossível, perceber onde termina a realidade constitucional e começam as práticas inconstitucionais.

3.5. *A Constituição como programa de "integração" e de "representação" nacional (H. KRÜGER)*

Vista como programa de "integração" e de "representação" nacional, a Constituição é entendida, aqui, apenas como Constituição do Estado, do que decorre a opção pela tese de que uma constituição só deve conter aquilo que disser respeito à comunidade, à nação, à totalidade política; tudo o mais, que a moderna constitucionalística denomina "Constituição econômica", "Constituição do trabalho", "Constituição social" etc., é relegado à condição de "Constituições subconstitucionais" ou "Subconstituições".

A opção, bem se vê, advém da compreensão de que a Constituição, para ter estabilidade e duração, não pode constitucionalizar matérias sujeitas a oscilações quotidianas, sob pena de se constitucionalizarem interesses que, por mais relevantes que sejam, dizem respeito a grupos particularizados e não à nação como um todo.

Criticando essa compreensão da Lei Fundamental, GOMES CANOTILHO diz que ela padece dos defeitos do integracionismo mais extremo

e não contempla os problemas que hoje se colocam a uma Constituição de um Estado Democrático, no plano político e econômico-social (*op. cit.*, p. 112).

3.6. *A Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a idéia de Direito (G. BURDEAU)*

Das mais conhecidas e admiradas, a teoria constitucional de BURDEAU tornou-se material de consumo intelectual obrigatório, seja porque limpidamente exposta, seja porque sintetizada em forma de compreensão quase imediata: “a Constituição é o estatuto do poder”.

De outro lado, como observam aqueles que a enaltecem, essa teoria tem a vantagem de coligar a concepção de Constituição com a idéia do Estado de Direito, do qual se apresenta como pressuposto, seja em relação aos governantes, porque os priva da condição originária de *donos do poder* — reduzindo-os ao papel de seus agentes —, seja com referência ao próprio poder, que, pela Constituição, tem juridicizado o seu exercício.

A Constituição, pela forma como atua sobre o poder — afirma BURDEAU —, deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito pois, se antes dela, o poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Constituição ele muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e despersonalizado (*Traité de Science Politique*. Paris, LGDJ, 1984, Tomo IV, pp. 44/45).

3.7. *A Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (K. HESSE)*

Trata-se, aqui, de uma das mais respeitadas teorias da Constituição do nosso tempo, embora, a rigor, careça de originalidade.

Com efeito, como deixam entrever os diversos *Escritos* de Hesse, consciente de que inexistente uma opinião dominante sobre o conceito e qualidade da Constituição (estrutura e função; natureza e função; sentido e função da lei fundamental), se pretendemos levar a cabo algum trabalho profícuo, ainda que não original, poderemos fazê-lo operando as diversas teorias e extraíndo delas a iluminação de determinado aspecto ou dimensão do compreender constitucional, rumo a um conceito sintetizador, tal como, afinal, foi conseguido por KONRAD HESSE.

Para isso, partiu ele, como já vimos, do reconhecimento de que, a par da inexistência daquela opinião dominante, o que antes se via era utilização acrítica de conceitos hauridos de teorias de outras épocas, manifestamente incapazes de dar consciência, teórica e prática, para uma dou-

trina da Constituição temporalmente adequada, isto é, para uma doutrina da Constituição como esta é vivenciada neste final de século XX.

Dessa tomada de posição resultou a sua análise da Constituição levando em conta os aspectos ou dimensões ressaltados pelas doutrinas constitucionais precedentes, algumas das quais resumidamente expusemos linhas acima.

Daí que, a rigor, mais que uma teorização sobre a Lei Fundamental, HESSE tenha levado a efeito uma *descrição* dos diferentes ângulos sob os quais e a partir dos quais se possa chegar à formulação de um conceito de Constituição, se não pacífico, pelo menos não rejeitado de plano pelos seus eventuais opositores.

Assim, para HESSE, a Constituição vem a ser caracterizada ou entendida como a “ordem jurídica fundamental de uma comunidade” ou o “plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”, tarefa cuja realização só se torna possível porque ela: a) fixa os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; b) define os procedimentos para a solução dos conflitos no interior da comunidade; c) disciplina a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; d) cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica global (“Concepto y Cualidad de la Constitución”, in *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16).

Além das doutrinas aqui apresentadas — em número de sete —, muitas outras poderiam ser expostas, como a de LUHMANN, para quem a Constituição é o “elemento regulativo” do sistema político; a de MODUGNO, que encara a Constituição como norma fundamental, forma de governo e princípio de normação jurídica; a de CARL SCHMITT, que dissolve em quatro um conceito integral de Constituição — absoluto, relativo, positivo e ideal — porque entende não ser possível visualizar a Lei Fundamental apenas sob determinado ponto de vista; a de LASSALLE, para quem a verdadeira Constituição de um país é a soma dos fatores reais de poder que regem a vida desse país; ou, finalmente, a teoria constitucional marxista-leninista, que encara a Constituição como a lei fundamental do Estado socialista, que organiza a vida social e estatal segundo os princípios do chamado socialismo real (DENISOV & KRIRICHENKO).

Mesmo ampliando a lista das teorias constitucionais, ainda assim não lograríamos alcançar a formulação de um conceito genérico e abstrato, que abrangesse, se não a totalidade, ao menos a maioria das cartas políticas de que se tem conhecimento, pela simples razão de que esse hipotético conceito, para ter abrangência tão ampla, acabaria necessariamente esvaziado de qualquer conteúdo e, assim, inviabilizado para fundamentar uma compreensão da Constituição conducente à solução dos problemas concretamente postos pela experiência constitucional.

Diversamente, se o pretendido conceito, para ser denso, ficasse demasiadamente preso a uma só e mesma experiência constitucional, deixaria de valer como conceito, eis que se identificaria com um único objeto, deixando de ser, enquanto conceito, a representação dos traços essenciais abstraídos de uma pluralidade de reproduções ou de representações de vários objetos.

Por isso é que a moderna doutrina constitucional, neste ponto, insiste em afirmar que a Teoria da Constituição, para ser útil à metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se com uma *teoria da constituição constitucionalmente adequada*, o que só se consegue explorando, corretamente, um novo círculo hermenêutico, consistente na interação e na dependência mútua entre a Teoria da Constituição e a experiência constitucional, a primeira favorecendo a descoberta ou investigação das soluções jurídico-constitucionais, e a segunda fornecendo o material empírico indispensável para o desenvolvimento da teoria constitucional.

4. Conclusão

A esta altura, à guisa de conclusão e de teste sobre a consistência desta exposição doutrinária — que se fez deliberadamente ampla para abranger os vários pontos de vista sob os quais a temática da palestra pode e deve ser abordada —, vamos analisar, criticamente, o que nos diz sobre o *conceito*, o *objeto* e os *elementos* da Constituição um dos nossos mais respeitados constitucionalistas, o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, para saber, afinal, se as suas idéias, no particular, são *constitucionalmente adequadas*, isto é, se nos permitem compreender a Constituição do Brasil na *lógica de situação* em que ela está inserida, enquanto lei fundamental da Sociedade e do Estado no atual momento de nossa evolução política.

Pois bem, para o mestre paulista, “a Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, RT, 5.^a ed. 1989, pp. 37/38).

Exposto esse *conceito* de constituição, sobre o qual falaremos adiante, JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta como *objeto* das constituições parte do que já se contém no conceito e algo mais, como se vê a seguir: “as constituições têm por *objeto* estabelecer a estrutura do Estado, a organização

de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais” (op. cit., p. 42).

Quanto aos *elementos* das Constituições, após registrar que a doutrina diverge sobre o seu número e caracterização, afirma que a generalidade das leis fundamentais revela, em sua estrutura normativa, *cinco categorias de elementos*, assim definidos: a) *elementos orgânicos*, que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder; b) *elementos limitativos*, assim denominados porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito, consubstanciando o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos; c) *elementos sócio-ideológicos*, consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, normas que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista; d) *elementos de estabilização constitucional*, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, a não ser nos termos nela próprios estatuídos; e f) *elementos formais de aplicabilidade*, consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições transitórias (op. cit., pp. 43/44).

Cotejando essas observações com as diferentes doutrinas expostas ao longo desta explanação, fácil é verificar que o jurista pátrio não pretendeu oferecer *conceito próprio*, nem indicar *objeto* e *elementos* das constituições segundo pontos de vista pessoais, antes se limitando a *descrever* o conteúdo das constituições contemporâneas e a indicar, em nossa atual Carta Política, quais dispositivos exemplificavam as diversas formulações teóricas, tudo de conformidade com a preconizada utilização fecunda do novo círculo hermenêutico, a que nos referimos linhas acima.

Assim fazendo, o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA não apenas se manteve nos limites de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, como prestou significativa colaboração para colocar em evidência que a nossa experiência constitucional está em sintonia com a das demais sociedades políticas do nosso tempo, profundamente marcadas pela preocupação em consolidar a idéia de que toda constituição, para responder às exigências da sua época, há de ser compreendida não apenas como a lei fundamental do Estado, mas também como o principal instrumento de construção da Comunidade do porvir.