

COMO LER A CONSTITUIÇÃO – ALGUMAS COORDENADAS*

José de Melo Alexandrino

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema. 1.1. Objectivo. 1.2. A *metódica estruturante*: conceitos básicos. 1.3. Três casos sob análise. 2. A lição norte-americana (Laurence H. Tribe / Michael C. Dorf). 2.1. Como não deve ser lida a Constituição. 2.2. A trilogia “texto, estrutura e história”. 2.3. Constituição e contradições. 2.4. O direito como literatura. 3. A lição alemã (Konrad Hesse). 3.1. O carácter não-decidiado das normas constitucionais. 3.2. A insuficiência dos métodos tradicionais. 3.3. A interpretação da Constituição como “concretização”. 3.4. Os princípios de interpretação constitucional. 3.5. O percurso da solução.

1. Colocação do problema

Uma das primeiras dificuldades que se levanta ao cultor do Direito Constitucional é a de saber se há ou não especificidades¹ na interpretação da Constituição, não deixando de ser sugestiva a este propósito a variedade semântica detectável logo ao nível da designação geral normalmente utilizada: na Europa continental, parece predominar a termo *interpretação*² (*Verfassungsinterpretation*)³; no Brasil, ganha cada vez mais adeptos a locução

* O texto corresponde ao conteúdo de uma lição inicialmente proferida em Luanda, em 8 de Outubro de 2007, no âmbito do “III Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas”, organizado pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em colaboração com a Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, na disciplina de Direito Constitucional (módulo I), lição que foi mais tarde retomada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e destina-se a publicação nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*.

¹ Segundo Jorge Miranda, a interpretação constitucional comporta decerto especialidades, mas não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas (cfr. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II – *Constituição*, 6.^a ed., Coimbra, 2007, p. 303); com outras indicações neste sentido, cfr. J. J. Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006 do Tribunal Constitucional], in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 136.º (2007), n.º 3944, p. 313, nota 6 [331-320].

² J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, p. 1195 ss.; J. Miranda, *Manual...*, II, p. 296 ss.

³ Assim, entre muitos, Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandaufnahme und Kritik» (1976), trad. castelhana de Ignacio Villaverde Menéndez, «Los métodos de

“hermenêutica constitucional”⁴; já nos Estados Unidos, recorre-se não apenas ao termo “interpretação”, mas ainda a “*construção*” e a “*leitura*” da Constituição⁵.

1.1. Nesta lição, visa-se precisamente iluminar a resposta a esse tipo de interrogação, indagando no interior da reflexão constitucional norte-americana e alemã. Além de assinalar por essa via que são talvez esses (o norte-americano e o alemão) os dois grandes paradigmas na Ciência do Direito Constitucional da actualidade⁶, teve-se em vista identificar uma série de coordenadas e de apoios, que nos pareceram simultaneamente pragmáticos, estruturados e aprofundados⁷, abdicando-se de uma declarada dimensão crítica, precisamente para enfatizar o carácter pragmático e heurístico dessas duas formidáveis propostas.

1.2. Dentro das duas grandes balizas que para nós constituem a percepção da “complexidade”⁸ e o compromisso com uma “dogmática constitucional responsável”⁹,

interpretación constitucional – inventario y crítica», in id., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, p. 13-43; Peter Häberle, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation: Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozeßualen” Verfassungsinterpretation», in *Juristenzeitung* (1975), p. 297-305; Friedrich Müller, *Juristische Methodik* (51993), trad. francesa de Olivier Jouanjan, *Discours de la méthode juridique*, Paris, 1996, p. 259 ss., 277 ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., Heidelberg, reimp., 1999, p. 20 ss.; Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Tübingen, 2003, p. 14 ss. 42 ss., 50 ss. (ainda que utilizando preferentemente a expressão “Auslegung”).

⁴ Veja-se, por exemplo, Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3.^a ed., São Paulo, 2002; Lenio Luiz Streck, «Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar: contributo a partir da hermenêutica filosófica», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 46, n.º 2 (2005), p. 911-954; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 21.^a ed., São Paulo, 2007, p. 579 ss.; significativa é a tradução do título da obra *On Reading the Constitution* de Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf, na recente edição brasileira (cfr. *Hermenêutica Constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007).

⁵ Veja-se, por exemplo, Laurence H. Tribe, que no capítulo 1 do seu Manual utiliza a seguinte fórmula: “*Reading*” *Across Words: Interpreting Constitutional Structure* (cfr. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3.^a ed., vol. 1, New York, 2000, p. 40); por seu lado, se o título da obra em co-autoria com Michael C. Dorf não deixa dúvidas (*On Reading the Constitution*, Cambridge Mass. / London, 1991), a própria obra começa com a evocação do ensaio de Thomas Grey of Stanford “The Constitution as Scripture” (*ibidem*, p. 7), tendo o primeiro e o último capítulos os seguintes títulos: “como não ler a Constituição” e “reconstruindo a Constituição como um guia do leitor [ou de leitura]”.

⁶ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Estoril, 2007, p. 18.

⁷ Como exemplo de um modelo mais teórico, veja-se, entre nós, Cristina Queiroz, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, 2000.

⁸ Ainda sobre estes problemas de complexidade, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1353.

⁹ Foram estas duas das grandes balizas que traçámos e procurámos respeitar na nossa dissertação de doutoramento (cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, 2006, p. 82 ss., 88 ss.; id. / id., vol. II – *A construção dogmática*, p. 22, 93 ss., 695).

convém ainda deixar registada, a título preliminar, a nossa inclinação de partida pela *metódica estruturante*¹⁰, o que, por sua vez, obriga a esclarecer o sentido mínimo de pelo menos três das premissas básicas desse modelo teórico¹¹ (para o que pediremos algum auxílio às palavras do Professor Gomes Canotilho):

(i) A primeira ou uma das primeiras premissas é a não-identidade – e por consequência a distinção a fazer – entre norma e enunciado: *enunciado* (ou disposição) é a formulação textual que se apresenta numa fonte de direito (ou texto normativo); *norma* «é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições)»¹²;

(ii) A segunda traduz-se no conceito de “norma constitucional”: por norma constitucional entende-se «um modelo de *ordenação* juridicamente vinculante, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (*programa normativo*); (2) por uma constelação de dados reais (*sector ou domínio normativo*)»¹³;

(iii) Assume pois um carácter central a distinção entre o “programa normativo” (*Normprogramm*) e o “domínio normativo” (*Normbereich*), pois é a consideração e a posterior coordenação desses dois planos (dos *dados linguísticos* e dos *dados reais*) que torna possível a concretização normativa – o nível paradigmático da interpretação constitucional¹⁴.

Por seu lado, pelo menos a título impressionista (uma vez que não corresponde a uma conclusão que tenhamos deveras aprofundado), admitimos a possibilidade de considerar diversos níveis do conceito de interpretação constitucional: (1) um nível mais amplo ou sociológico (que se pode designar de *realização constitucional*)¹⁵, em que seja admitido o

¹⁰ Para uma preferência idêntica e de há muito, entre nós, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1117, 1199, 1213, 1215 ss.; no Brasil, Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 507 ss., 604 ss.; Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, 2.^a ed., São Paulo, 2007, p. 85, 87, 91 s.

¹¹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, 1994, p. 64 ss., 281 ss.; F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, p. 234 ss.; K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 26 s.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1202, 1212, 1213, 1219 ss.; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 344, 358; M. Neves, *A constitucionalização...*, p. 83 ss. (com outras indicações).

¹² Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1202.

¹³ *Ibidem*, p. 1202 [itálicos originais].

¹⁴ M. Neves, *A constitucionalização...*, p. 90 ss.

¹⁵ Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1200; para uma distinção (referida a Peter Häberle), entre interpretação da Constituição em sentido estrito e em sentido lato, Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 509 ss.; distinguindo claramente o plano da “realização” constitucional da

público em geral e em que estejam em aberto tanto os pontos de vista como os pressupostos da interpretação¹⁶; (2) um nível *intermédio* ou técnico-jurídico (porque centrado no esclarecimento do programa normativo)¹⁷, reservado em princípio ao intérprete qualificado e tendo como pontos de vista salientes, além dos tradicionais elementos de interpretação, a dogmática, os precedentes e o Direito comparado; e (3) um nível estrito (a *concretização*), a realizar sobretudo pelos tribunais, tendo como *pressupostos* específicos o problema e a pré-compreensão do intérprete, como *procedimento* o “ir e vir”¹⁸ entre as indicações do programa normativo e do domínio normativo e como *resultado* uma regra de decisão.

1.3. Antes de avançar, consideremos ainda três casos que nos possam servir de referência como problema de interpretação constitucional.

Caso 1

Em Fevereiro de 2006, duas cidadãs portuguesas apresentaram perante uma Conservatória do Registo Civil de Lisboa uma pretensão no sentido da celebração do casamento entre ambas. Indeferida a pretensão, demandaram seguidamente o tribunal cível de Lisboa e mais tarde o Tribunal da Relação de Lisboa, que confirmaram o indeferimento da pretensão. Interposto e admitido, em Setembro de 2007, o recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, as recorrentes alegaram, em síntese, que do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição decorre claramente o direito (fundamental) de casarem uma com a outra¹⁹. Como deve ser lido, face a este problema, o artigo 13.º, n.º 2, parte final, da Constituição portuguesa de 1976?

Caso 2

“interpretação constitucional”, K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 16 ss., 20 ss., respectivamente; contra a ideia do texto, não fazendo (no sentido de Friedrich Müller) distinção entre realização e concretização, M. Neves, *A constitucionalização...*, p. 91; expressando reservas à própria abertura sociológico-jurídica (como aventada por Peter Häberle), J. Miranda, *Manual...*, II, p. 303.

¹⁶ Para a identificação de um caso que assinala o relevo da “comunidade *política* dos intérpretes”, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 364 s.

¹⁷ Defendendo que não resulta daí nenhuma normatividade, M. Neves, *A constitucionalização...*, p. 91; tentando demonstrar a utilidade dessa dimensão abstracta da interpretação das normas de direitos fundamentais, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 419 ss., 474.

¹⁸ Por último, Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 314.

¹⁹ Para uma consulta das alegações apresentadas, neste caso real, em 19 de Outubro de 2007, cfr. <http://advogadodiabo.blogspot.com/>.

Como deve ser lido o segmento “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias *nos casos expressamente previstos na Constituição*” do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição de 1976²⁰, perante a eventual necessidade de proscreever, restringir ou limitar o exercício do direito à greve por parte dos magistrados, judiciais e do Ministério Público?²¹

Caso 3

Perante o enunciado do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição de 1976 (“a vida humana é inviolável”), como poderá ser admitida a interrupção voluntária da gravidez, quando realizada por vontade da mulher, nas primeiras dez semanas da gestação?²²

2. A lição norte-americana

Não será de mais referir como transparecem na primeira lição que nos servirá de apoio certas especificidades da Constituição norte-americana, nomeadamente a idade do instrumento (220 anos), a manifesta rigidez constitucional, bem patente na dificuldade efectiva (e não apenas aparente, como sucede em Portugal ou no Brasil)²³ de promover uma revisão constitucional, e o marcado activismo do Supremo Tribunal²⁴.

2.1. Laurence Tribe e Michael Dorf começam por traçar balizas claras sobre a forma como não deve ser lida a Constituição (*how not to read the Constitution*), na base das quais está uma série de observações de partida, nomeadamente o facto de a Constituição ter sido concebida desde o início como um documento que procurou estabelecer um delicado equilíbrio entre o governo político da sociedade e a liberdade individual²⁵ e a questão, considerada central, de determinar que papel deve a história desempenhar, quando o

²⁰ Para um ponto da situação prévio sobre as várias construções doutrinárias a esse propósito, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 443-457.

²¹ Sobre o difícil percurso de justificação deste tipo de restrição, neste concreto problema, José de Melo Alexandrino, «A greve dos juizes – segundo a Constituição e a dogmática constitucional», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no Centenário do seu Nascimento*, vol. I, Coimbra, 2006, p. 747-788.

²² Sobre a intrínseca natureza de caso difícil, Marcelo Rebelo de Sousa / José de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa – Comentada*, Lisboa, 2000, p. 108; Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 314.

²³ Sobre os problemas graves do revisionismo constitucional nestes dois ordenamentos, cfr. Jorge, «Acabar com o Frenesim Constitucional», in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001, p. 653-662; Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 654 ss., *maxime* 670 ss.

²⁴ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 302 ss.

²⁵ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 6.

próprio texto constitucional se apresenta com uma história complexa e multifacetada²⁶ e deixa, ele próprio muitas vezes, ainda muito espaço para a imaginação²⁷. No entanto, se, por essas razões, a Constituição pode ser *misteriosa* (como chegou a ser descrita pelo *Justice Stevens*), ela não deve ser uma bola de cristal, onde possamos ler o que nos aprouver²⁸.

Recusado o critério da intenção originária²⁹ e olhando para a Constituição com os traços fisionómicos que apresenta na actualidade³⁰, os autores identificam duas falácias (metaforicamente comparadas a Cila e Caríbdis) na interpretação da Constituição: a “des-integração” e a “hiper-integração”³¹.

Entende-se por leitura em “des-integração” «uma abordagem da Constituição por vias que ignorem o facto saliente de que as suas partes estão ligadas num todo – a *Constituição*, e não sendo simples ramos desprendidos de cláusulas separadas e de preceitos com histórias separadas, que têm de ser interpretados»³². Por seu turno, entende-se por leitura em “hiper-integração” «uma abordagem da Constituição por vias que ignorem o facto não menos importante de o todo conter partes distintas (...), partes que reflectem diferentes premissas, muitas vezes radicalmente incompatíveis»³³.

Um exemplo da primeira falácia está presente no argumento (utilizado, por exemplo, pelo *Chief Justice Burger*) de que a pena de morte é constitucional porque o V Aditamento refere expressamente que “ninguém (...) será *privado da vida*, liberdade ou propriedade, sem o devido processo”³⁴. O argumento é des-integrado, porque «o V Aditamento é apenas uma parte do documento»³⁵: existe também o VIII Aditamento, que afirma que não podem ser aplicadas “penas cruéis ou aberrantes”. Não será a pena de morte *cruel and unusual*, sobretudo quando na grande maioria das sociedades abertas e industrializadas do nosso tempo a mesma provoca rejeição e perplexidade ou se pensarmos que na época colonial ainda se praticava a mutilação corporal?³⁶

²⁶ *Ibidem*, p. 7.

²⁷ *Ibidem*, p. 15.

²⁸ *Ibidem*, p. 18.

²⁹ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 8 ss., 20; L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 30, 51, 54; para uma rejeição similar, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1199; id., «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 314.

³⁰ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 8 ss., 20.

³¹ *Ibidem*, p. 19 ss.

³² *Ibidem*, p. 20 (e, ainda sobre o conceito, *ibidem*, p. 20-22, 31, 33).

³³ *Ibidem*, p. 20 (e, ainda sobre o conceito, *ibidem*, p. 24-30, 31, 33).

³⁴ *Ibidem*, p. 21.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

Diríamos, também nós, que podem afinal incorrer em idêntica falácia as leituras dos artigos 13.º, n.º 2, 18.º, n.º 2, ou 24.º, n.º 1, da Constituição portuguesa que pretextarem uma solução desses casos na base do disposto em cada uma dessas três partes isoladas da Constituição – desprezando (no caso 1) a complexidade do problema do casamento (como instituto constitucionalmente protegido)³⁷ e a não menor complexidade da regra da não-discriminação³⁸, desprezando (no caso 2) a existência de outras normas da Constituição que definem um estatuto particular das magistraturas³⁹ e desprezando (no caso 3) o relevo de outras normas constitucionais que mandam proteger outras realidades (porventura não menos invioláveis: como pode ser uma outra vida, a integridade física ou a dignidade de outro ser humano)⁴⁰.

No extremo oposto, são exemplos de leituras hiper-integradadoras (como se a Constituição «falasse para nós com uma voz única, simples e sagrada, expressando uma visão unitária de uma sociedade política ideal»⁴¹) e, como tal, ilegítimas expressões unitárias como as seguintes: a igualdade (como pretendeu Mark Tushnet), o aperfeiçoamento da democracia (John Hart Ely), o federalismo e a separação de poderes (Jesse Chopper), a propriedade privada (Richard Epstein)⁴² ou outro qualquer pretensão princípio ou valor unitário. Neste caso, é inaceitável que se pretenda, por um lado, arvorar a Constituição em documento totalmente coerente, despido de toda e qualquer contradição ou inconsistência, e, por outro, pretender que o conjunto dos valores constitucionais possa estar imune à contingência histórica⁴³. Na verdade, a Constituição é conflitual – sem todavia haver dentro dela várias constituições (ao contrário do que defende Bruce Ackerman)⁴⁴ – e está penetrada por muitas visões e contradições, conflitos e contradições esses que não podem ser ignorados ou eliminados autoritariamente pelo intérprete.

³⁷ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 37; num sentido ainda mais enfático, Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 497.

³⁸ Sobre a qual, por último, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 73 ss., 75 s.; com um distinto resultado, Pedro Múrias, «Um símbolo como bem juridicamente protegido» (2007), p. 8 ss., em parecer jurídico acessível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/PMuriasParecerCPMS.pdf> (29.11.2007).

³⁹ M. Alexandrino, «A greve dos juízes...», p. 786 s.

⁴⁰ Vejam-se os quatro acórdãos do Tribunal Constitucional português sobre a matéria (para uma exposição e comentário de síntese, Jorge Miranda / José de Melo Alexandrino, *Grandes decisões do Tribunal Constitucional português* (2007), p. 24-29, disponível em <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/jmjma.pdf> (29.11.2007); por último, Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 331-320.

⁴¹ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 24.

⁴² Sobre estas e outras sugestões na literatura constitucional norte-americana, *ibidem*, p. 22, 26 ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁴ *Ibidem*.

Diríamos, também nós, que podem afinal incorrer na falácia da hiper-integração as leituras dos artigos 13.º, n.º 2, 18.º, n.º 2, ou 24.º, n.º 1, da Constituição portuguesa que pretendessem identificar como visões unitárias e sagradas da Constituição, respectivamente, a não-discriminação, a democracia representativa (ou o primado da liberdade laboral) ou a inviolabilidade da vida humana⁴⁵.

2.2. Ora, se a “des-integração” e a “hiper-integração” correspondem a dois caminhos perigosos e desaconselhados, que não devem ser trilhados pelo intérprete, quais são então as vias que ele deve e pode seguir?

O caminho mais adequado há-de ser aquele que saiba integrar as distintas partes da Constituição (*we can make progress toward the right way by looking at the relationship among the Constitution's provisions*)⁴⁶, sem no entanto cair no perigo da hiper-integração (*without seeking a grand, unified theory*)⁴⁷. Ora, no pano de fundo do que consideramos ser a lição norte-americana, em especial o contributo do primeiro dos dois autores citados, há três caminhos que, pelo menos em todos os casos difíceis, têm de ser percorridos para uma adequada leitura da Constituição: o *texto*, a *estrutura* e a *história*⁴⁸.

O texto constitui sempre o ponto de partida do intérprete⁴⁹, sendo que, não raro, ele é suficiente para resolver um número considerável de casos, sem necessidade de recorrer à visão da estrutura⁵⁰. Por seu lado, impõe-se ao intérprete um vínculo com o texto (*textual commitment*)⁵¹, texto que deve ser entendido como padrão de conduta juridicamente vinculativo, como *hard law*⁵².

Por seu lado, a estrutura traduz-se no quadro de princípios que dão solidez ao edifício constitucional⁵³ (no sentido de expressar as *relações organizativas entre os postulados estruturais fundamentais que enformam a constituição como um todo*)⁵⁴. Na insuficiência do texto, há por isso

⁴⁵ Neste sentido, Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 311.

⁴⁶ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 58.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 58 s.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 116.

Ver ainda, Laurence H. Tribe, «Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretations», in *Harvard Law Review*, 108, 6 (1995), p. 1221-1303 (numa crítica, em torno da “Treaty Clause”, dirigida sobretudo contra as liberdades interpretativas do Professor Bruce Ackerman).

⁴⁹ Sobre esse elemento em geral, L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 32 ss.

⁵⁰ L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 130.

⁵¹ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 59.

⁵² Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1199.

⁵³ Sobre o sentido global destes princípios, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1184 ss.; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 83 ss., *maxime* nota 346, 90 ss.

⁵⁴ L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 130.

um certo número de casos que exige a extrapolação para essa dimensão superior⁵⁵: por exemplo, a estrutura mostra-se particularmente adequada no problema da determinação da substância dos direitos não-enumerados⁵⁶; já noutros casos, pode ser inconsistente a respectiva invocação⁵⁷.

Por fim, a solução constitucional de muitos casos não pode ser aquilatada sem medir também, além do texto e da estrutura, a história (e ainda a doutrina e os precedentes)⁵⁸.

À luz destas indicações, poderíamos talvez avançar alguma coisa nos nossos casos: tendo já reconhecido que em nenhum deles o texto se afigura apoio suficiente, teremos pelo menos de afirmar a necessidade de indagar ainda a estrutura constitucional, a qual, salvo talvez no primeiro caso⁵⁹, não parece ainda assim suficiente para desvelar o sentido da solução; procedendo do mesmo modo, teremos ainda de indagar a história e, se necessário, a dogmática constitucional e os precedentes – e, a nosso ver, de certo modo, só história, a dogmática e os precedentes auxiliam no esclarecimento de cada um desses casos⁶⁰.

2.3. É um facto, como já foi referido, que as contradições invadem certas partes da Constituição. Parece também relativamente seguro que todas as Constituições, em maior ou menor medida, encerram algumas contradições. Digamos que a generalidade das constituições poderia asseverar e responder a Walt Whitman (como fizeram Laurence Tribe e Michael Dorf): “Do I contradict myself? Very well then, I contradict myself”. “I am large, I contain multitudes, the Constitution replies”⁶¹.

⁵⁵ Defendendo que a enunciação de princípios constitui um pré-requisito do trabalho jurídico, L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 109.

⁵⁶ L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 42, 116; assim também, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 391; para uma aplicação no respeitante a normas de competência, L. Tribe, «Taking Text and Structure Seriously...», p. 1245 ss., 1248 ss., 1258 ss.

⁵⁷ L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 44; o Professor Gomes Canotilho fala, nesse contexto, em “desconstrucionismo” ou “pós-estruturalismo interpretativo” (cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1199).

⁵⁸ L. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 132; no mesmo sentido, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 388; alertando, no entanto, para o facto de tanto a tradição histórica como o recurso aos precedentes estarem sujeitos a manipulações, L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 98 ss.

⁵⁹ Neste caso, parece apresentar alguma consistência o princípio da liberdade individual, como a estrutura mais proeminente de protecção da esfera da autonomia e do desenvolvimento da personalidade, subprincípios estes que parecem aliás revigorados tanto na doutrina como na jurisprudência.

⁶⁰ Assim, por exemplo, quanto ao caso 2, e a respeito da história, cfr. M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 602 ss.; a respeito da dogmática, Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003; M. Alexandrino, «A greve dos juizes...», p. 780 ss.; id., *A estruturação do sistema...*, II, p. 443 ss.; a respeito dos precedentes, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 638 ss.

⁶¹ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 30.

Se passarmos ao largo das contradições apontadas pelos autores na Constituição dos Estados Unidos⁶² e nos fixarmos na Constituição portuguesa de 1976, saltam à vista, na primeira fase de vigência do documento, três distintos grupos de contradições: políticas, jurídicas e de expectativas⁶³. As contradições políticas foram, em grande medida, resolvidas na revisão constitucional de 1982⁶⁴; as contradições jurídicas (algumas das quais se mantêm e outras se agravaram) puderam e podem ser sempre equacionadas pela Ciência do Direito, atenta aos influxos da *praxis*; já as contradições ao nível das expectativas⁶⁵ parecem ser aquelas para as quais tem sido mais difícil encontrar resposta à altura, subjacente como lhes está, nas vestes de revisionismo constitucional (como modalidade de subordinação do jurídico ao político), uma forma de constitucionalização simbólica⁶⁶. Dois exemplos de claro conflito na expressão dos valores constitucionais estão bem patentes, na Constituição de 1976, na afirmação do primado da liberdade individual, por um lado, e na exigência (prevista no artigo 75.º, n.º 1) segundo a qual o Estado deve criar uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população⁶⁷, por outro, ou na afirmação fundadora do princípio democrático (nos artigos 1.º e 2.º, nomeadamente) e na formidável restrição à vontade popular que decorre do artigo 288.º (ao enumerar um impressionante elenco de limites materiais ao poder de revisão constitucional)⁶⁸.

Pois bem. Se uma contradição (geral ou concreta) não for eliminada da Constituição (por efeito de uma revisão constitucional ou de um acto funcionalmente equivalente), ela permanece e tem de ser considerada em toda a série de argumentos (sejam eles relativos ao texto, aos princípios, à história, aos precedentes ou argumentos dogmáticos)⁶⁹. Mais: o facto de a Constituição estar internamente atravessada por conflitos e contradições⁷⁰ não deve ser visto como uma realidade triste, podendo residir aí a maior das suas forças⁷¹. Por

⁶² *Ibidem*, p. 24.

⁶³ M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 617 ss., 631, 634 s., 638 ss. (com amplas indicações).

⁶⁴ M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 662, 704, 833.

⁶⁵ Para a determinação da ideia, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 638 s., nota 707.

⁶⁶ M. Neves, *A constitucionalização simbólica*, p. 90 ss.

⁶⁷ Para uma explicação deste tipo de tensão, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 189 ss.

⁶⁸ Para uma leitura integrada da solução desta contradição, segundo os quadros da metódica estruturante, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 334-369; para dois modelos de leitura clássicos, chegando a resultados próximos, Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2.ª ed., Coimbra, 2006, p. 59-83; J. Miranda, *Manual...*, II, p. 217-260.

⁶⁹ Mais uma vez, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 342 ss.

⁷⁰ Por último, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2004, p. 258 ss.; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 94.

⁷¹ L. Tribe / M. Dorf, *On Reading the Constitution*, p. 25.

fim, haja ou não contradição entre os elementos a considerar, o intérprete não deve espantar-se se não conseguir obter sempre uma resposta⁷²: segundo os autores, quando for possível uma última palavra, a Constituição terá perdido o seu papel numa sociedade em permanente mudança (*when a last word is possible the Constitution will have lost its relevance to an ever-changing society*)⁷³.

2.4. Por último, há ainda duas notas a salientar. Uma para assinalar⁷⁴ que o Direito é como a literatura (podendo mesmo conceber-se como um romance escrito por vários autores)⁷⁵, mas não é como a matemática (mesmo depois da reconfiguração que esta sofreu no século XX)⁷⁶. Outra para dizer, ou reconhecer, que nem sempre os casos difíceis (como *Roe v. Wade* – o mais difícil de todos!) fazem mau direito⁷⁷: porque, sobretudo na presença desses casos, o diálogo nunca se pode dar por encerrado e ninguém pode pretender ter encontrado um “interruptor do diálogo” constitucional (*a constitutional conversation-stopper*)⁷⁸.

3. A lição alemã

Regressados ao continente europeu, não devemos deixar de alertar para os atravessamentos que se registam no que aqui consideraremos a lição alemã, nomeadamente ao nível da confluência no magistério do Professor Konrad Hesse do *método jurídico* (Ernst Forsthoff), da *hermenêutica filosófica* (Hans-Georg Gadamer) e da *metódica normativo-estruturante* em sentido estrito (Friedrich Müller)⁷⁹. São aliás articulações similares as que se detectam justamente na lição do Professor Gomes Canotilho (que se situa talvez num ponto intermédio entre Konrad Hesse e Friedrich Müller)⁸⁰.

⁷² *Ibidem*, p. 31.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 81 (com declarado apoio em Dworkin).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 81-87.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 87-96.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 60 ss.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 64.

Apontando o uso de argumentos desse tipo como utilizações abusivas, Hans Jörg Sandkühler, *Menschliche Würde – Wert, Prinzip, Regel, Rechtsbegriff* (2006), acessível em <http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/texte/Sandk%FCChler.%20Menschliche.pdf> (16.11.2007), p. 5; José de Melo Alexandrino, «Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra [edição em curso de preparação].

⁷⁹ Daí a designação de “método hermenêutico-concretizador” sugerida, por exemplo, pelo Professor Gomes Canotilho para situar a teorização do grande Mestre alemão; para uma designação algo diversa e uma exposição do modelo, Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 498 ss., 504 ss., 507 ss.

⁸⁰ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1213 s., nota 11.

3.1. Segundo Konrad Hesse, a doutrina tradicional da interpretação (da hermenêutica jurídica ou método jurídico)⁸¹ não serve à Constituição, na medida em que a mesma procura identificar uma vontade (objectiva ou subjectiva) da norma⁸².

Assente no dogma da vontade (nascido com a Ciência das Pandectas e com o Direito do Estado do século XIX)⁸³ e por isso desligada da realidade do Direito constitucional moderno⁸⁴, ela não serve porque, nos casos duvidosos (ou seja, nos problemas para os quais a Constituição não dispõe de critérios unívocos – que constituem a generalidade dos casos de interpretação constitucional), «a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram nada; forneceram apenas, em maior ou menor número, alguns pontos de apoio incompletos para uma decisão»⁸⁵; ora, onde nada de unívoco foi querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada e, neste sentido, quem procura a vontade objectiva ou subjectiva do constituinte falha a problemática da interpretação constitucional⁸⁶.

3.2. Como se demonstra facilmente pela observação da *praxis*⁸⁷, os métodos tradicionais de interpretação não dão, em muitos casos, directrizes suficientes⁸⁸, sendo aliás muito pouco claras as relações entre esses elementos e muito duvidosa a própria possibilidade de os hierarquizar⁸⁹.

Compreende-se por isso que o Tribunal Constitucional (apesar de se ter expressamente declarado partidário dos elementos tradicionais)⁹⁰ tenha começado a fazer apelo a outros tópicos⁹¹, como: “melhor correspondência com a decisão de valores da Constituição”, “sentido do aperfeiçoamento dos princípios da lei fundamental”, “princípio da distribuição

Para uma crítica a esse modelo geral, E.-W. Böckenförde, «Los métodos de interpretación...», p. 35 ss.

⁸¹ Para uma caracterização do modelo, A. Castanheira Neves, «Interpretação jurídica», in id., *Digesta – Escritos acerca do Direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2, Coimbra, 1995, p. 353 ss. [337-377]; E.-W. Böckenförde, «Los métodos de interpretación...», p. 15 ss.; F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 259 ss.

⁸² K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 22-24.

⁸³ *Ibidem*, p. 22 (número de margem 56).

⁸⁴ Neste plano, sobre a importância do entendimento da Constituição como “ordem quadro”, W. Cremer, *Freiheitsgrundrechte...*, p. 14 ss.

⁸⁵ K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 22 (número de margem 56).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 22 (número de margem 56).

⁸⁷ Sobre a utilização dos cânones de interpretação pelo Tribunal Constitucional federal alemão, F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 55 ss.; W. Cremer, *Freiheitsgrundrechte...*, p. 30 ss.

⁸⁸ K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 23 (número de margem 57).

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 22, 24.

⁹¹ Assim também, F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 59 ss.

de competências”, “princípio da unidade da constituição”⁹², “consideração das conexões políticas, sociológicas, históricas e dos pontos de vista da adequação do resultado”⁹³. A diminuta fidelidade ao método pretensamente eleito, bem como utilização de todos estes pontos de vista significam, muito simplesmente, que as regras de interpretação tradicionais (“*berkömmlichen Auslegungsregeln*”) não fornecem uma explicação suficiente para a forma como o tribunal chega às suas decisões⁹⁴.

3.3. Ora, a chave para resolver o problema da interpretação constitucional foi em boa medida apresentada pela hermenêutica filosófica (por obra sobretudo de Gadamer)⁹⁵: a interpretação da Constituição é concretização⁹⁶. Neste sentido, aquilo que ainda não é unívoco deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a regular. Há então a esclarecer (i) quais são as *condições da interpretação* e (ii) qual o *processo* (ou procedimento) a que deve obedecer a concretização.

(i) Para que a concretização possa ocorrer têm de se verificar pelo menos duas condições⁹⁷: (1) em primeiro lugar, o intérprete só pode compreender o conteúdo da norma numa situação histórica concreta, na qual ele se encontra. O intérprete entende a norma com a sua pré-compreensão (*Vor-Verständnis*)⁹⁸ e é esse seu *anteprojecto* ou hipótese⁹⁹ de leitura da Constituição que deve vir, depois, a ser objecto de confirmação, correcção ou revisão. Esta tarefa, a realizar nos quadros de uma adequada Teoria da Constituição, exige naturalmente uma *fundamentação da pré-compreensão* (dirigindo o olhar para as “próprias coisas”, o intérprete deve proteger-se particularmente da

⁹² K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 23 (número de margem 58).

⁹³ *Ibidem*, p. 23 s. (número de margem 58).

⁹⁴ *Ibidem*, p. 24 (número de margem 59).

⁹⁵ *Ibidem*, p. 24, nota 21.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 24 (número de margem 60).

⁹⁷ *Ibidem*, p. 25 (números de margem 62-65).

⁹⁸ Sobre o assunto, entre nós, e em detida reflexão filosófica sobre o conjunto da obra de Gadamer, cfr. Maria Luísa Portocarrero Ferreira da Silva, *O preconceito em H.-G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*, s.l., 1995, *maxime* p. 67 ss., 151 ss., 298 ss., 307 ss. 347 ss.; no âmbito jusfilosófico, A. Castanheira Neves, «Interpretação jurídica», p. 347 ss.; no âmbito do Direito privado, para uma ampla consideração do “pré-entendimento”, António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, 2.^a reimp., Coimbra, 2001, p. 36 ss., 329, 1124, 1144, 1147, 1154, 1179, 1188, 1204 s., 1259, 1266 s.; no Brasil e entre muitos, para uma reabilitação da “pré-compreensão”, Nelson Saldanha, *Ordem e Hermenêutica*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 226 ss.; quanto a duas das fontes germânicas fundamentais, Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode* (1986), na tradução brasileira de Flávio Paulo Meurer, *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 3.^a ed., Petrópolis, 1999, p. 400 ss., 416 ss.; F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 143 ss., 215 s., 218 ss., 237, 262, 367 s.

⁹⁹ Sobre o procedimento de formulação de hipóteses normativas, F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 147 ss.

superficialidade, do arbítrio e da estreiteza de formas de pensar)¹⁰⁰; (2) em segundo lugar, o intérprete deve relacionar a norma com um problema concreto¹⁰¹ – neste sentido, não existe interpretação constitucional independentemente do problema concreto¹⁰². Deste conjunto de condições resulta uma tripla vinculação do intérprete: à *norma* a ser concretizada, à *pré-compreensão* (o que, por seu lado, pressupõe uma adequada Teoria da Constituição) e ao *problema concreto*.

(ii) Quanto ao processo da concretização (*das Verfahren der Konkretisierung*), podem arrolar-se os seguintes tópicos¹⁰³: (1) o intérprete, na sua marcha a favor ou contra o seu anteprojecto inicial, deve encontrar os *pontos de vista directivos* adequados ao caso; (2) são estes pontos de vista que contêm as premissas apropriadas (levando assim à exclusão dos *topoi* não-apropriados); (3) na escolha desses pontos de vista, o intérprete está particularmente vinculado à compreensão do que a norma a concretizar lhe fornece, ou seja: ao programa normativo e ao domínio normativo; (4) quanto ao “programa normativo”, estando ele essencialmente contido no *texto da norma*, ganham aí destaque para a compreensão do respectivo significado os métodos de interpretação e, uma vez considerados esses pontos de vista, o intérprete pode ter de recorrer ainda aos precedentes de casos análogos e ao apoio fornecido pela dogmática constitucional; (5) porém, uma vez que em muitos casos a mera interpretação do texto ainda não possibilita a concretização, é preciso então indagar os pontos de vista fornecidos pelo “domínio normativo” (ou seja, pela *realidade da vida* objecto de ordenação); (6) desse procedimento vem a resultar uma coordenação material (*sachlicher Zuordnung*) entre os pontos de vista que resultam do *texto e do programa normativo* com os pontos de vista que resultam da observação dos *âmbitos da realidade* objecto de regulação¹⁰⁴.

3.4. Finalmente, podem ser importantes, nomeadamente na sua função orientadora e delimitadora dos pontos de vista a utilizar, os princípios da interpretação constitucional (*Prinzipien der Verfassungsinterpretation*)¹⁰⁵. Esses princípios de interpretação são os seguintes:

¹⁰⁰ K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 25 (número de margem 63).

¹⁰¹ Sobre esta índole problemática da interpretação jurídica, A. Castanheira Neves, «Interpretação jurídica», p. 347 ss.

¹⁰² K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 25 (número de margem 64).

¹⁰³ *Ibidem*, p. 26 s. (números de margem 66-69).

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 27 (número de margem 69).

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 27-29 (números de margem 71-76).

o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática, o princípio da correcção funcional, o princípio do efeito integrador e o princípio da força normativa da Constituição.

O princípio da *unidade da Constituição* arranca da percepção de que as várias partes que integram a Constituição, ainda que com as suas tensões e contradições, formam uma unidade de ordenação (a não confundir com um sistema axiomático acabado)¹⁰⁶. Dessa interdependência das partes da Constituição decorre então que o olhar do intérprete não se deve dirigir para uma norma isolada, mas sempre para o sistema de conexões em que a mesma se encontra¹⁰⁷, conseguindo deste modo duas coisas: evitar as contradições com outras normas constitucionais e manter a sintonia com as decisões fundamentais da Constituição¹⁰⁸.

Em íntima conexão com o princípio da unidade da Constituição está o princípio da *concordância prática*: na solução de um problema, dois bens protegidos pelas respectivas normas constitucionais de garantia¹⁰⁹ devem ser coordenados um com o outro, de modo a que ambos venham a obter efectividade; nesta medida, o princípio da unidade da Constituição impõe uma tarefa de optimização: «*a ambos* devem então ser traçados limites, para que os dois possam alcançar uma eficácia óptima»¹¹⁰. O traçado de limites deve ser proporcionado, no caso concreto, não indo além do necessário para se alcançar a concordância entre os bens: «[a] “proporcionalidade” exprime através dessa conexão uma relação entre duas grandezas variáveis, ou seja, a relação que melhor realiza aquela tarefa de optimização, mas não uma relação entre um “fim” constante e um ou mais “meios” variáveis»¹¹¹.

Sobre esta matéria, entre nós e em sintonia de pontos de vista, Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, p. 359 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1223 ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra, 2005, p. 664 s. [2007]; Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, 2005, p. 114 ss.

¹⁰⁶ K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 11 (número de margem 20).

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 27 (número de margem 71).

¹⁰⁸ *Ibidem*.

O autor prossegue, afirmando que o mesmo se pode dizer tanto das normas de direitos do homem garantidos no plano jusinternacional como do próprio Direito comparado, que devem ser adequadamente considerados na interpretação das normas da lei fundamental (*ibidem*).

¹⁰⁹ Adoptamos aqui a formulação winkleriana, ainda que Konrad Hesse se refira, em termos clássicos, a “*verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter*” (ou seja, *bens jurídicos constitucionalmente protegidos*).

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 28 (número de margem 72).

¹¹¹ *Ibidem*.

Segundo o princípio da correcção funcional (*funktionaler Richtigkeit*), o intérprete deve manter-se dentro do quadro das funções e das competências constitucionalmente estabelecidas, «não devendo pelo modo ou pelo resultado da sua interpretação modificar a repartição das funções do Estado»¹¹², o que se revela especialmente importante na relação entre o legislador e o Tribunal Constitucional¹¹³.

Do princípio do efeito integrador (*integrierender Wirkung*) resulta que, se a Constituição visa alcançar e manter a unidade política, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, o intérprete deve dar preferência aos pontos de vista que mais favoreçam esse efeito¹¹⁴.

Por fim, segundo o princípio da força normativa da Constituição (*die normative Kraft der Verfassung*), uma vez que a Constituição se pretende actualizar e uma vez que as condições e possibilidades históricas dessa actualização se modificam constantemente, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, o intérprete deve dar preferência aos pontos de vista que, articulados com os pressupostos relevantes, proporcionem a maior eficácia possível às normas da Constituição¹¹⁵.

3.5. Se procurássemos, por último, iluminar os nossos três casos iniciais com a luz proveniente desta extraordinária lição, teríamos necessariamente de considerar sucessiva e articuladamente: (i) o plano das condições da concretização, (ii) o plano do procedimento da concretização e (iii) o plano dos princípios da interpretação.

(i) No plano das *condições* da concretização, a primeira etapa consiste na identificação da solução entrevista por um determinado intérprete (histórica e concretamente situado)¹¹⁶, segundo o anteprojecto de solução que ele concebeu (a partir de uma pré-compreensão fundamentada no texto da norma a interpretar). Naturalmente, este anteprojecto é variável de intérprete para intérprete, justamente porque pressupõe uma

¹¹² *Ibidem*, p. 28 (número de margem 73).

No original alemão: “es darf nicht durch die Art und Weise und das Ergebnis seiner Interpretation die Verteilung der Funktionen verschieben”.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 29 (número de margem 74).

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 29 (número de margem 75).

No original: “ist bei der Lösung verfassungsrechtlicher Probleme denjenigen Gesichtspunkten der Vorzug zu geben, die unter den jeweiligen Voraussetzungen den Normen der Verfassung zu optimaler Wirkungskraft verhelfen”.

¹¹⁶ Para uma observação, Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 311.

pré-compreensão dada, que é sempre variável. Por seu turno, uma vez que o problema já foi dado, estão reunidas as condições básicas para a concretização.

(ii) No segundo desses planos (o do *procedimento*), bem arrimado no texto da norma¹¹⁷, o intérprete deve começar por escolher os pontos de vista apropriados que o hão-de orientar. Munido desses pontos de vista e depois de percorrer os vários elementos de interpretação (literal, genético, histórico, sistemático, teleológico)¹¹⁸, ele pode já ter conseguido chegar a uma concretização precisa – o que não se afigura plausível nos três casos considerados.

Deve então prosseguir, interrogando os precedentes (que, no plano interno, existem apenas no caso 3)¹¹⁹ e investigando outros eventuais pontos de apoio junto da dogmática constitucional: (i) por exemplo, relativamente ao caso 1, pode observar que, a respeito da natureza da regra do artigo 13.º, n.º 2, a doutrina tem defendido estar-se aí perante uma regra geral e perante uma presunção¹²⁰: como *regra geral*, pode ser afastada por regra especial que consagre ou admita uma solução diferenciadora (é o que sucede com certas normas constitucionais que consagram direitos especiais de igualdade, com as normas que postulam diferenciações, ou as admitem¹²¹, e com as normas que

¹¹⁷ Sobre este primado do texto em Hesse, E.-W. Böckenförde, «Los métodos de interpretación...», p. 32; em geral, F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 130 ss., 238 ss.

¹¹⁸ Sobre as possibilidades de hierarquização destes elementos, F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 318 ss.; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2.ª ed., 1991, Frankfurt am Main, p. 303 s. (admitindo que a hierarquia está condenada ao fracasso); W. Cremer, *Freiheitsgrundrechte...*, p. 50 ss.; Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 508 s.

¹¹⁹ Mais uma vez, J. Miranda / M. Alexandrino, *Grandes decisões...*, p. 24-29; Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 331-320.

¹²⁰ Neste duplo sentido, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 76.

¹²¹ Precisamente (no caso 1), o artigo 36.º, n.º 2, da Constituição, ao admitir que o casamento seja configurado pelo legislador, embora não esteja necessariamente a *postular* que o casamento seja um contrato celebrado entre pessoas de sexo diferente (como diversamente reconhece, de forma explícita, § 3.º do artigo 226.º da Constituição federal brasileira de 1988), está no entanto a admitir que o seja, na medida em que remete para o conceito de casamento segundo a configuração jurídica que lhe *foi* (ou *seja*) dada pelo legislador democraticamente legitimado. Neste caso, se a cunhagem do casamento for dada – como sempre foi dada entre nós – no sentido de que o mesmo pressupõe *a união estável entre o homem e a mulher* (como diz a Constituição brasileira), o artigo 36.º, n.º 2, para todos os efeitos, *implica a admissão de uma regra especial*, que afasta a regra geral do artigo 13.º, n.º 2 – dispensando aliás o ónus de argumentação (uma vez que a presunção se mostra inaplicável ao caso). Nessa medida, não pode o intérprete, nomeadamente o Tribunal Constitucional, substituir-se ao legislador na tarefa de cunhagem do conceito de casamento – haveria aí uma clara ofensa ao princípio da *correção funcional* (e, portanto, da divisão de poderes).

Como pode então ser superado o problema? Ou mediante uma revisão constitucional, que remova da Constituição as regras do artigo 36.º, n.ºs 1 e 2, ou mediante a atribuição ao legislador (através de acto eleitoral onde esse compromisso seja expressamente assumido ou, ainda, através de uma decisão referendária vinculativa de sentido afirmativo) da legitimidade política para modificar a configuração tradicional do casamento como instituto jurídico no ordenamento português, nessa sua parte medular.

consagram diferenciações materiais); como *presunção*, tem a virtualidade de relativizar a função da regra como (pretensa) norma de direitos fundamentais, fazendo emergir ao invés a dimensão do ónus de argumentação¹²²; (ii) no caso 2, a dogmática constitucional tem, por exemplo, dado uma construção razoável e consistente à figura dos “estatutos especiais”, em resultado da qual veio a concluir pela necessidade de se proceder a uma conciliação adequada entre cada direito fundamental e a especificidade material do caso, o que pode designadamente levar à possibilidade de um acrescido grau de afectação de certos direitos fundamentais a certos grupos de titulares (por exemplo, os juízes)¹²³; no caso 3, também não deixariam de ser detectadas na doutrina indicações acerca da presença de deveres de protecção (com a correspondente *proibição do défice* de protecção)¹²⁴ da vida humana, mas também da presença (sem prejuízo de eventuais redutos absolutos e da necessária diferenciação) de “restrições implicitamente autorizadas” (na base da necessidade de protecção de outros bens, valores e interesses).

Ainda no segundo plano e persistindo dúvidas relevantes, o intérprete deve passar à indagação de cada um desses domínios da realidade – (1) o casamento, a família e as respectivas funções sociais¹²⁵, (2) a actividade jurisdicional e o domínio das relações juslaborais em que os magistrados se acham inseridos e (3) o problema social da gravidez indesejada e da prática da interrupção da gravidez – e estabelecer depois uma coordenação entre esses sucessivos pontos de vista com o resultado dos pontos de vista emergentes da análise do programa normativo.

(iii) Por fim, em todo esse processo, o intérprete *não poderia nunca interpretar isoladamente* o artigo 13.º, n.º 2, o artigo 18.º, n.º 2, ou o artigo 24.º, n.º 1. Deveria *saber conciliar* (no caso 1) o interesse constitucional subjacente à não discriminação em função da orientação sexual (ou em função do género, como se entender) com a protecção do

¹²² Sobre o valor presuntivo do artigo 13.º, n.º 2, P. Múrias, «Um símbolo como bem...», p. 7 ss.

¹²³ M. Alexandrino, «A greve dos juízes...», p. 779.

¹²⁴ Entre muitos, cfr. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien – die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, 1998, 252 ss.; K. Hesse, *Grundzüge*, p. 155 s.; J. J. Gomes Canotilho, «Omissões normativas e deveres de protecção», in AAVV, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 111 ss., 115 ss. [111-124]; J. Novais, *As restrições...*, p. 77 ss., 86 ss.; M. Alexandrino, «A greve dos juízes...», p. 758, 788.

¹²⁵ Sobre a importância do casamento como símbolo e o significado da ofensa subjacente à denegação da pretensão do casamento homossexual, P. Múrias, «Um símbolo como bem...», p. 28 ss.

No final, parece subsistir, tecnicamente, um conflito entre o casamento *como instituto* (constitucionalmente protegido) e o casamento *como símbolo* (a cujo acesso não deveriam ser levantados entraves ameaçadores da livre expansão da personalidade individual). E no final terá de ser ainda o princípio da soberania popular a resolver o conflito (Jürgen Habermas), e não o Tribunal Constitucional.

casamento como instituto constitucionalmente protegido¹²⁶, (no caso 2) o interesse laboral na realização da greve e o valor da administração da justiça num Estado constitucional democrático e (no caso 3) o bem da vida humana com a autonomia e o desenvolvimento da personalidade da mulher. Devia, por fim, *ter na devida conta o impacto da solução nas relações* (ou na delimitação das esferas) entre jurisdição e legislação¹²⁷, *o efeito integrador* resultante do sentido da solução de cada caso e a sua eventual repercussão (negativa ou positiva) na *força normativa da Constituição*¹²⁸.

¹²⁶ Por último, Maria D'Oliveira Martins, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Coimbra, 2007, p. 5, 17 ss., 115 ss., 182 ss.; diversamente, P. Múrias, «Um símbolo como bem...», p. 15 ss.

¹²⁷ Gomes Canotilho, «Anotação» [ao Acórdão n.º 617/2006], p. 315, 318 s.

¹²⁸ Como se pode ver, em nenhum destes casos desempenharia qualquer papel útil o alegado princípio *in dubio pro libertate*, que, por múltiplas razões, não serve como medida para a adjudicação constitucional (entre outros, cfr. F. Müller, *Discours de la méthode...*, p. 288 s.; K. Hesse, *Grundzüge...*, p. 28; Rui Medeiros, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português», in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição da Constituição portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001, p. 277 [227-293]; J. Novais, *As restrições...*, p. 685 ss., 708 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1225; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 61).