

IDYLLISCHER KONSTITUTIONALISMUS

Die Verfassung Zwischen Normativer Wirklichkeit Und Interpretatorischer Schwärmerei

Murillo Gutier | murillo@gutier.adv.br

1. Einleitung

Es wird berichtet, dass **Baron de Montesquieu** im 18. Jahrhundert die Mechanismen des französischen Absolutismus beobachtete und eine geistreiche institutionelle Lösung formulierte: die Gewalten zu trennen, damit die Freiheit nicht durch Willkür erdrückt werde. Dort entstand das Versprechen, dass jedes staatliche Organ einen abgegrenzten Raum einnehmen würde, sodass niemand - nicht einmal die Richter, die er als „*la bouche de la loi*“ („Mund des Gesetzes“) betrachtete - sich in den absoluten Herrn über fremde Schicksale verwandeln würde. Die Geschichte des Konstitutionalismus hat jedoch gezeigt, dass die formale Trennung von Zuständigkeiten unendlich einfacher ist, als in der Praxis den menschlichen Drang zu zügeln, die Welt nach persönlichen Überzeugungen umzugestalten. Wenn der Verfassungsinterpret sich in die Aufgabe verliebt, Gerechtigkeit zu üben, entsteht ein leises und gefährliches Phänomen: Der Richter hört auf, die geltende Verfassung anzuwenden, und beginnt, jene anzuwenden, die er sich wünschen würde.

Diese subtile Verschiebung zwischen dem **verkündeten Text** und der idealisierten Fassung, die im Herzen des Rechtsanwenders wohnt, bildet den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Es geht darum, eine hermeneutische Haltung zu erforschen, in der die affektive Bindung zwischen Interpret und Verfassung den Gehorsam gegenüber dem realen Dokument verschleiert ersetzt und somit das hervorruft, was als **idyllischer Konstitutionalismus** bezeichnet wird. Mehr als eine akademische Kuriosität entfaltet dieser Ansatz konkrete Auswirkungen auf die Gewaltenteilung, auf die demokratische Legitimität gerichtlicher Entscheidungen und auf den Sinn selbst, unter einer Verfassung zu leben (Vgl. Fonteles, 2021).

Die Reflexion verbindet Psychoanalyse, Rechtstheorie und Rechtsprechung, um zu beschreiben, wie der Interpret, frustriert von Unvollkommenheiten des Verfassungstextes, auf eine als systematische Auslegung getarnte *Moralitätskontrolle* zurückgreift. Hierzu werden doktrinäre Diagnosen, Beispiele aus der brasilianischen Forensikpraxis und konstitutive Episoden der Verfassunggebenden Versammlung von 1988 durchschritten - allesamt konvergieren sie zu einer zentralen These: Die Verfassung so anzunehmen, wie sie ist, mit ihren Mängeln und Widersprüchen, ist eine unabdingbare Anforderung an jeden, der den **demokratischen Rechtsstaat** ernst nimmt (Vgl. Fonteles, 2021).

2. Hauptteil

2.1 Das zeitgenössische *Ethos* der Frustrationsintoleranz und sein Reflex im Recht

Man stelle sich eine alltägliche Szene vor: Ein Straßenhändler wird von Beamten aus der Nähe einer Schule entfernt, mit der Begründung, die Kinder würden traurig, wenn sie Süßigkeiten und Spielzeug sähen, ohne sie kaufen zu können. Die kommunale Norm existierte und war gültig; die Kontroverse lag jedoch auf einer anderen Ebene: Die zeitgenössische Gesellschaft begann, die Frustration als auszumerzenden Feind des menschlichen Horizonts zu behandeln, und schuf eine Art **Schutzblase** gegen emotionale Widrigkeiten. Derselbe Geist beseelt die Verbreitung der sogenannten *no judgements zones* in den Großstädten - hygienisierte Räume frei von jeglicher Kritik, jeglichem Vergleich oder jeglicher Leistungsforderung (Vgl. Fonteles, 2021). *Praktisches Beispiel*: Die New Yorker Fitnessstudios, die psychologisch sichere Umgebungen versprechen, fungieren als kleine symbolische Mutterleiber und replizieren die Logik, dass Leiden das Subjekt niemals erreichen darf.

Das Recht als kulturelles Produkt wurde unweigerlich von dieser Strömung mitgerissen. Insbesondere das **Verfassungsrecht** wurde zur bevorzugten Bühne dieser Suche nach einer emotional komfortablen Welt, in der die Verfassung nicht so gelesen wird, wie sie ist, sondern wie der Interpret sie sich wünscht. So entsteht die Tendenz, das normative Dokument in ein Instrument subjektiver Befriedung zu verwandeln, in dem jeder Richter seine eigenen Überzeugungen über das Gerechte und das Schöne in den Text projiziert (Vgl. Fonteles, 2021).

2.2 Die Verfassung als narzisstisches Objekt: die platonische Begegnung zwischen Himmel und Erde

Bei **Platon** (2019) wird die Wirklichkeit in zwei Ebenen unterteilt: die **intelligible Welt**, vollkommen und von Ideen bewohnt, und die **sinnliche Welt**, unvollkommen und durch die Sinne erfassbar. **Augustinus** (2002) griff diese Struktur im Mittelalter auf, als er den Gottesstaat vom Menschenstaat unterschied. Auf das Rechtsuniversum übertragen, ergibt sich die unausweichliche Frage: Gehört die Verfassung von 1988 dem Himmel oder der Erde an? Die romantische Doktrin, vertreten durch **Carlos Ayres Britto** (2012), antwortet enthusiastisch: Der juristische Humanismus verspricht der Menschheit, in der besten aller Welten zu leben und *den Himmel selbst auf Erden zu erfahren*, indem das Recht zum Mittel und der Humanismus zum Zweck wird. *Praktisches Beispiel*: Es handelt sich um eine Lesart, die in der Verfassung kein technisches Dokument sieht, sondern ein Manifest existenzieller Erlösung.

Die Rechtsprechung des **Obersten Bundesgerichts** (Supremo Tribunal Federal) hat bereits mit diesem Ansatz geliebäugelt, indem sie festhielt, dass das Recht nicht existiere, um das Leben zu verbittern, sondern um es glücklich zu machen, wie aus dem **RE 328.232/AM** (2005) und der **ADPF 132/RJ** (2011) hervorgeht, in denen die Idee des Glücks als hermeneutischer Vektor wiederhallt. Das sogenannte Recht auf Glück findet jedoch nicht einmal in der brasilianischen Verfassung Erwähnung, sondern wurde einer politischen Aussage

der *Unabhängigkeitserklärung* der Vereinigten Staaten (1776) entlehnt, die naturrechtlicher und kreationistischer Prägung ist. Nach der Theorie der **attributiven Bilateralität** (Vgl. Reale, 2004) erzeugt jedes Recht eine korrelative Pflicht; gäbe es also ein subjektives Recht auf Glück, läge die - absurde - Pflicht beim Staat, alle glücklich zu machen. Was tatsächlich besteht, ist das Recht auf **Freiheit** oder, für manche, auf **Menschenwürde** als Autonomie (Vgl. Fonteles, 2021).

Die Verfestigung dieser Ideen erlaubt es, den **idyllischen Konstitutionalismus** als einen romantisierten Zugang zur Verfassung zu definieren, geprägt von einer affektiven Beziehung zwischen Interpret und Text, die das moralisch unvollkommene Dokument durch eine vermeintlich ideale Privatfassung ersetzen kann. In psychoanalytischer Lesart beschreibt **Freud** (2010) die *narzisstische Objektwahl* als Anziehung zu einem Objekt, das dem Subjekt selbst ähnelt oder dem es ähneln möchte; übertragen auf das juristische Szenario fungiert die idyllische Verfassung als Spiegel, in dem der Richter seine eigenen moralischen Tugenden betrachtet. *Praktisches Beispiel*: **Luís Roberto Barroso** (2014) hat bereits gewarnt, dass die Menschenwürde als Rechtsbegriff oft als Spiegel wirkt, in den jeder seine Werte projiziert; und Minister **Marco Aurélio** beschrieb in einer Rede aus dem Jahr 2010 seine Hermeneutik mit den Worten, er idealisiere die gerechteste Lösung für den konkreten Fall und suche danach im normativen Gerüst nach Halt - ein eindeutiger Willensakt im Kelsenschen Sinne (Vgl. Kelsen, 1998).

Die Subjektivität des Interpretieren wirkt nach **Gadamer** (1999) wie ein verzerrender Spiegel: Je größer der Wunsch nach einem der persönlichen Utopie entsprechenden Ausgang, desto intensiver werden die interpretativen Trugbilder im Text - ein Phänomen, das als *konstitutionelle Pareidolien* bezeichnet werden kann (Vgl. Fonteles, 2021). Für **Freud** (2011) ist die Illusion die fiktive Erfüllung eines Wunsches. So entspringt der idyllische Konstitutionalismus einem **Versagen im Akzeptanzprozess** des realen Textes, ähnlich einer *kognitiven Dissonanz*, und das Sicherheitsventil besteht darin, eine **Moralitätskontrolle** - diffus oder konzentriert - über das Werk der verfassungsgebenden Gewalt auszuüben. **Louis Michael Seidman** (2012) veranschaulicht diesen Verleugnungsmechanismus, indem er fragt, weshalb man eine andere Richtung einschlagen sollte, nur weil Worte auf einem mehr als zweihundert Jahre alten Stück Papier geschrieben wurden.

2.3 Die verschleierte Moralitätskontrolle als verborgene Technik der verfassungsrechtlichen Subversion

Texte sind Grenzen, und gerade deshalb stören sie diejenigen, die frei entscheiden möchten. Wenn das Unbehagen aus einem einfachen Gesetz stammt, wird Verfassungswidrigkeit behauptet; stammt es aus einem gültigen Gesetz, spricht man von *Defeasibility*; rührt das Unbehagen jedoch aus der Verfassung selbst, müssen die Ausflüchte raffinierter sein. Die Lehre von **Otto Bachof** (2008), der die Möglichkeit **verfassungswidriger Verfassungsnormen** auch im Hinblick auf ursprüngliche Normen vertrat, wurde vom Obersten Bundesgericht in der **ADI Nr. 815**, entschieden am 28.03.1996 unter Berichterstattung des **Ministers Moreira Alves**, ausdrücklich verworfen. *Praktisches Beispiel*: Dennoch stellt die

dogmatische Unmöglichkeit, ursprüngliche Normen für ungültig zu erklären, ein Schachmatt für jene dar, die im Akzeptanzprozess der Verfassung versagt haben.

Angesichts dieser Sackgasse sieht sich der idyllische Interpret gezwungen, die als ungerecht empfundenen Normen moralisch zu korrigieren, indem er eine **Moralitätskontrolle** durchführt, die in Urteilen und Entscheidungen niemals offen eingestanden wird. Nur wenige Richter würden gestehen, die **Radbruchsche Formel** anzuwenden (Apud Alexy, 2009), wonach das extrem ungerechte Gesetz der Gerechtigkeit weichen muss. Die Gründe für das Verschweigen variieren: Aktivistische Richter verschleiern die moralische Kontrolle vorsätzlich durch rhetorische Kunstgriffe, während idyllische Richter nicht einmal wahrnehmen, dass sie die Verfassung ablehnen, da sie von einem **unbewussten naturrechtlichen Impuls** getrieben werden (Vgl. Fonteles, 2021). *Praktisches Beispiel:* Die häufig herangezogene „Verfassungsmutation“ kann als Simulakrum wirken, das eine moralische Kontrolle ursprünglicher Normen verschleiern soll.

Im idyllischen Konstitutionalismus herrscht **Aufrichtigkeit**: Der Interpret glaubt fest, die Verfassung zu erfüllen, obwohl er sie verzerrt. Die bevorzugte Technik besteht in der prekären Anwendung einer angeblichen **systematischen Auslegung**, bei der eine vage Vorschrift herangezogen wird, um eine spezifischere, als ungerecht empfundene Vorschrift moralisch zu korrigieren. Wie **Rocha** (2012) bemerkt, glaubt derjenige, der das Leben träumend lebt, das Illusorische sei wahr; und **Scalia** (1997) sowie **Hart** (1977; 2010) warnen vor der *Kryptolegislation*, die unter dem Deckmantel des materiellen *Due Process* ausgeübt wird, durch die nicht existierende Rechte in die Rechtsordnung eingeschmuggelt werden. *Praktisches Beispiel:* In der Praxis wird die Verfassung gegen sich selbst verwendet.

2.4 Artikel 3, I, der BV/88 und der Vorrang der intuitiven Gerechtigkeit

Die am häufigsten von den Anhängern des idyllischen Konstitutionalismus angerufene Verfassungsbestimmung ist der **Artikel 3, I**, der Bundesverfassung, wonach es ein grundlegendes Ziel der Republik ist, eine gerechte Gesellschaft aufzubauen. Wenn das Ziel die Gerechtigkeit ist, wie sollte man dann ungerechte Entscheidungen fällen? Diese rhetorische Frage öffnet den Raum dafür, dass die **intuitive Gerechtigkeit** der Magistraten in den Vordergrund rückt, unterstützt durch den Verfassungstext. *Praktisches Beispiel:* Der Richter, der eine ursprüngliche Norm als ungerecht empfindet, beruft sich auf Artikel 3, um sein persönliches Empfinden über den Wortlaut der angefochtenen Bestimmung zu stellen.

Die technisch korrekte Lesart des Artikels 3, I, enthält jedoch eine häufig ignorierte einschränkende Klausel: Die gerechte Gesellschaft soll *nach den Bestimmungen dieser Verfassung* aufgebaut werden. Mit anderen Worten: Die Bestimmung verleiht keinen Blankoscheck, damit Richter eine - diffuse oder konzentrierte - Moralitätskontrolle über das Werk der verfassungsgebenden Gewalt ausüben. Der Verfassungsgeber kann sich selbst Ausnahmen gewähren, und Verfassungsgerechtigkeit darf nicht mit intuitiver Gerechtigkeit verwechselt werden (Vgl. Fonteles, 2021).

2.5 Die Lehre Carlos Ayres Brittos als paradigmatischer Ausdruck der konstitutionellen Idylle

Das Werk von **Carlos Ayres Britto** (2012) präsentiert das Recht als Verschmelzung zweier Gerechtigkeiten: die **abstrakte Gerechtigkeit** der Verfassung (Signifikant), durch den Verstand entdeckt, und die **empirische Gerechtigkeit** der gerichtlichen Entscheidung (Signifikat), durch das Gefühl, die Seele und das Herz erahnt. Die Auslegung wäre zweiphasig: zunächst eine „jungfräuliche Offenbarung“ des Textes, dann ein „Umschmelzen“ dieser Offenbarung im Lichte des konkreten Falles, in dem der „Sinn für reale Gerechtigkeit“ hervortritt - eine persönliche Tugend, definiert als soziale Sensibilität *unter der Haut*. *Praktisches Beispiel*: Der Magistrat wird eingeladen, seine Gefühle freizusetzen, ohne die mentalen Koordinaten des gesetzten Rechts aus den Augen zu verlieren - ein Gleichgewicht, das ein hohes Vertrauen in die Mäßigung des Richters voraussetzt.

Ein solches doktrinäres Wagnis erweist sich als riskant, denn es übersieht, dass die Koordinaten des gesetzten Rechts bereits durch die sentimentale Sicht der Richter selbst verzerrt sein können. In entgegengesetztem Sinne bekennt **Eros Roberto Grau** (2017), *Angst vor den Richtern* zu haben angesichts der Art und Weise, wie sie urteilen - sie vergöttern Prinzipien bis zu dem Punkt, an dem sie im Namen der Gerechtigkeit eine fast richterliche Diskretionsbefugnis rechtfertigen. Der faszinierende und bezaubernde Ansatz des idyllischen Konstitutionalismus betört, weil er „gerechter“ erscheint, doch er erschreckt, weil er dem Richter eine politische Machtbürde überträgt, die mit der Gewaltenteilung unvereinbar ist. *Praktisches Beispiel*: Den „Sinn für reale Gerechtigkeit“ des Magistraten ohne normative Verankerung zu preisen, gleicht der Übertragung des Schicksals des demokratischen Pakts an die individuelle Intuition.

2.6 Einwände gegen die intuitive Gerechtigkeit und die Anerkennung der realen Verfassung

Drei Einwände dekonstruieren das vermeintliche Fundament des idyllischen Konstitutionalismus in Artikel 3, I, der BV/88. Der erste liegt im **Fehlen eines Konsenses** über den Inhalt der Gerechtigkeit: Von Aristoteles bis **John Rawls** (1993), über **Kelsen** (2011) und **Amartya Sen** (2010), streiten zahllose Theorien um den Vorrang, und **Dworkin** (2006) hält fest, dass pluralistische Gesellschaften erbittert über soziale Gerechtigkeit divergieren. *Praktisches Beispiel*: Je nach akademischer Vorliebe des Richters entzündet Artikel 3 Kerzen für jede Seite des Streits und verwandelt sich in eine vielseitige rhetorische Waffe.

Der zweite Einwand lautet, dass der **Sinn für reale Gerechtigkeit** des Magistraten ihn dazu einlädt, bei der Suche nach dem Gerechten auf sich selbst zu blicken, womit die bereits erwähnte Freudsche *narzisstische Objektwahl* verwirklicht wird (Vgl. Rocha, 2012). Magistraten, die etwa an ein **naturrechtliches Recht auf das Tragen von Schusswaffen** glauben, das aus dem Recht auf Leben hergeleitet werde, finden für eine solche Bestimmung in der BV/88 keine Grundlage; Richter sind nicht frei, die vage Idee der Gerechtigkeit mit ihren

Gefühlen zu füllen, als wäre die Verfassungsnorm ein irrender Körper auf der Suche nach einer Seele (Vgl. Fonteles, 2021).

Der dritte Einwand lautet, dass die **reale Verfassung von 1988 keine abstrakte Gerechtigkeit ist**. Es existiert eine operative Kategorie, die als **verfassungsmäßige Ungerechtigkeit** bezeichnet wird, was kein Paradoxon darstellt, denn nicht alles, was rechtmäßig ist, ist auch ehrenhaft - *non omne quod licet honestum est*. Ebenso existiert **verfassungswidrige Gerechtigkeit**, denn gerechte Lösungen für viele konkrete Probleme wurden vom Verfassungsgeber schlicht nicht aufgenommen. Die Ebene der Verfassungsmäßigkeit erfordert ein Urteil über die **Gültigkeit**, während das Prädikat der Gerechtigkeit eine **moralische** Bewertung beinhaltet; das eine impliziert nicht das andere. *Praktisches Beispiel*: Die Erhebung der Verfassung zum *Status* abstrakter Gerechtigkeit erzeugt ein Betriebssystem, dessen Schnittstelle nicht mit der Realität verfassungsmäßiger Ungerechtigkeiten kommuniziert.

2.7 Strukturelle verfassungsmäßige Ungerechtigkeiten: die fehlerbehaftete Genese des Textes von 1988

Die Verfassung von 1988 leidet an strukturellen Problemen ihrer **Genese**. Lediglich **11 Schwarze** gehörten der Verfassungsgebenden Versammlung an, in einem Land, in dem die kaukasische Hautfarbe statistisch eine Minderheit im ethnischen Kaleidoskop darstellt, und nur **26 Frauen** beteiligten sich an der Erstellung der Charta - eine Zahl, die die Unterrepräsentation von Frauen schonungslos offenlegt (Vgl. Fonteles, 2021). **Mark Tushnet** (2014) beschreibt, dass aus praktischen Gründen einige Gruppen nicht am *constitution-making* teilnehmen - sei es wegen geringer Anzahl oder mangelnder Organisationsfähigkeit -, und merkt an, dass die in der Französischen Revolution verankerte Idee einer „verfassungsgebenden Gewalt“, obgleich nützlich zur Erklärung der normativen Grundlage von Autorität, keine in die reale Welt integrierte Kategorie sei. *Praktisches Beispiel*: Das Argument der **gegenmajoritären Funktion** der Verfassungsgerichte verliert an Kraft, wenn das Volk im kontrollierten Text nicht angemessen vertreten war.

Es gibt darüber hinaus Bestimmungen, deren Aufnahme aus einem **nicht gänzlich freien Willen** entsprang. Der **Artikel 142**, der den Streitkräften ein endogenes Tätigwerden zur Gewährleistung von Recht und Ordnung erlaubt, soll Episoden zufolge daraus entstanden sein, in denen **Minister Leonidas Pires Gonçalves Bernardo Cabral** in seine Residenz einlud und ihn dort festhielt, bis die gewünschte Fassung gedruckt wurde - laut einem Bericht, der Sarney selbst zugeschrieben wird (Vgl. Carvalho, 2017). *Praktisches Beispiel*: Hier liegt eine Zwangslage vor, die einer Privathaft ähnelt, ein nie ausgesprochener Willensmangel, hinsichtlich dessen Leonidas selbst in einem Interview mit der *Folha de São Paulo* (1987) die Existenz militärischen *Lobbys* in der Verfassungsgebenden Versammlung einräumte.

Bernardo Cabral, der Berichterstatter, beschrieb das **heimliche Einschmuggeln** von Bestimmungen in Bereichen wie Schifffahrt, Unternehmen und ausländischem Kapital, die bei ihrer Entdeckung wieder entfernt wurden (Vgl. Carvalho, 2017). Was die romantischen

Erwartungen moralischen Heldentums betrifft, gibt es Berichte, die mit **Antônio Carlos Magalhães** und der von **Luiz Gutemberg** verfassten Biografie verbunden sind, denen zufolge **Ulysses Guimarães** nach dem Putsch von 1964 einer Kommission von acht Notabeln angehört haben soll, die bereit war, Mandate von Politikern für fünfzehn Jahre zu kassieren - ein Angebot, das Costa e Silva ablehnte, da er bereits über seinen institutionellen Akt verfügte (Vgl. Carvalho, 2017). *Praktisches Beispiel:* Die Verfassungsgeber mit einem strengen moralischen Maßstab zu prüfen, ist eine ernüchternde Übung; der Trost liegt darin, dass man von Gesetzen und nicht von Menschen regiert wird (Vgl. Scalia, 1997).

2.8 Materielle verfassungsmäßige Ungerechtigkeiten: das relativierte „universelle“ Wahlrecht

In der Demokratie erfordert der demokratische Prozess nach **Robert Dahl** (2016) fünf Voraussetzungen: wirksame Beteiligung, Stimmgleichheit, aufgeklärtes Verständnis, Kontrolle des Planungsprogramms und **vollständige Einbeziehung Erwachsener**. **Bonavides** (2016) erinnert daran, dass selbst im antiken Athen strenge Autoren eine demokratische Aristokratie identifizieren, denn Frauen und Sklaven waren von politischen Rechten ausgeschlossen. In Brasilien durften Frauen erst 1932 wählen - Grund genug, das Bestehen einer demokratischen Verfassung vor jener von 1934 zu verneinen; in Frankreich wurde das Frauenwahlrecht erst 1944 eingeführt. *Praktisches Beispiel:* Allen brasilianischen Verfassungen vor jener der Vierten Republik (1946-1958) fehlen volle demokratische Glaubwürdigkeitsmerkmale.

Obwohl der **Artikel 14, caput**, das **universelle Wahlrecht** verkündet, widerlegt die Realität dieses Mantra. **Wehrpflichtige** (Männer im Jahr ihres pflichtgemäßen Militärdienstes) sind weder wahlberechtigt noch wählbar (Art. 14, §§ 2 und 4), was **Ärzte, Zahnärzte, Apotheker und Tierärzte** trifft, die selbst nach ihrem Hochschulabschluss Militärdienst leisten und während der Wahlperiode von der politischen Bürgerschaft ausgeschlossen werden. *Praktisches Beispiel:* Erwachsene und befähigte Brasilianer, regiert von Mandatsträgern, die sie nicht wählen konnten - der Verfassungsgeber **misstraute genau genommen der Integrität und Eignung dieser menschlichen Wesen** (Vgl. Fonteles, 2021).

Analphabeten fehlt das *jus honorum*, wobei ignoriert wird, dass die öffentliche Hand selbst ihrer Bildungspflicht nicht nachgekommen ist. Das **Oberste Wahlgericht** (TSE) erkannte im **Verwaltungsverfahren PA Nr. 51371** (entschieden am 12.04.2018, Berichterstatter Min. **Luiz Fux**) den elitären Charakter der Norm an und warnte, dass starre Bewertungskriterien des Alphabetismus die politische Vorherrschaft als Monopol der Eliten verewigen würden; dennoch wurden im **RO 060247518** (entschieden am 18.09.2018, Berichterstatter Min. **Luís Roberto Barroso**) die umstrittenen *Alphabetisierungstests* für gültig erklärt - eine stigmatisierende Form, die Bildung jener zu prüfen, die von ihresgleichen zur Regierung gewählt werden würden. *Praktisches Beispiel:* Es geht darum, die Bürger „vor sich selbst“ zu schützen, indem das Volk den vom Verfassungsgeber definierten Bedingungen unterworfen wird (Art. 1, einziger Absatz).

Die Verfassung entzieht ferner **strafrechtlich Verurteilten** mit endgültiger Strafe die politischen Rechte, solange ihre Wirkungen andauern (Art. 15, III). Der Staat, der die Resozialisierung einfordert, amputiert paradoxerweise die Bürgerschaft und *verfremdet* den verurteilten Brasilianer, indem er ihn wie einen Ausländer behandelt. *Praktisches Beispiel*: Der idyllische Konstitutionalist würde versuchen, durch systemische Auslegung den Wehrpflichtigen, Analphabeten und Verurteilten die Bürgerschaft zurückzugeben; die korrekte Lesart lautet jedoch, dass der ursprüngliche Verfassungsgeber sich selbst Ausnahmen gewähren kann (Vgl. Fonteles, 2021).

2.9 Materielle verfassungsmäßige Ungerechtigkeiten II: die Unverhältnismäßigkeit als Wahl des Verfassungsgebers

Der **Artikel 243** sieht vor, dass derjenige, der im eigenen Hinterhof illegale Drogen anbaut, den Hinterhof verliert. Man stelle sich einen mittellosen, arbeitslosen jungen Mann vor, der angesichts kranker Eltern beschließt, psychotrope Pflanzen zum Verkauf in seiner Gemeinde anzubauen: Neben der Inhaftierung verliert er die Wohnstätte der Familie. Es stellt sich die Frage, ob die Enteignung nur die tatsächlich bewirtschaftete Fläche oder das gesamte im Grundbuch eingetragene Grundstück erfasst. *Praktisches Beispiel*: Das **Bundesgericht der 1. Region** (TRF 1) entschied, dass der vollständige Verlust dem Grundsatz widerspräche, dass keine Strafe über die Person des Verurteilten hinausgehen darf, und stellte einen Verstoß gegen den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** fest.

Im Wege des außerordentlichen Rechtsmittels wies das **Oberste Bundesgericht** (Plenum) jedoch im **RE 543.974/MG**, entschieden am 26.03.2009 unter Berichterstattung des Ministers **Eros Grau**, das Argument der Unverhältnismäßigkeit zurück und befand, dass es eine Beschränkung der Entscheidungen der verfassungsgebenden Gewalt darstelle, sich diesen zu widersetzen - eine unzulässige Annahme, denn der Verfassungsgeber wäre innerhalb der Grenzen der Verhältnismäßigkeit souverän, was „etwas nie Gesehenes“ sei. *Praktisches Beispiel*: Die Verfassungsänderung 81/2014 ersetzte „glebas“ (Parzellen) durch „propriedades“ (Grundstücke), und das Gericht beugte sich der Entscheidung des Verfassungsgebers und erkannte an, dass der ursprüngliche Verfassungsgeber unverhältnismäßig handeln darf. Ob es einem gefällt oder nicht: Die reale Verfassung erlaubt punktuelle Unverhältnismäßigkeiten (Vgl. Fonteles, 2021).

3. Schlussbetrachtungen

Der analytische Werdegang erlaubt es, miteinander verbundene Schlussfolgerungen zu konsolidieren. Der **idyllische Konstitutionalismus** widerstrebt dem Interpretieren emotional nicht; im Gegenteil: Er bedient seine sentimentalischen Erwartungen und verwandelt die Verfassung in ein **narzisstisches Objekt**. Er entspringt einem Versagen im Akzeptanzprozess, das einer kognitiven Dissonanz ähnelt, deren Sicherheitsventil die **Moralitätskontrolle** - diffus oder konzentriert - über das Werk der verfassungsgebenden Gewalt darstellt: eine in der brasilianischen Rechtsordnung nicht vorgesehene Praxis, die jedoch von ausländischen Doktrinen wie jenen von **Radbruch** und **Bachof** ermutigt wird (Vgl. Fonteles, 2021).

Diese moralische Kontrolle ist eine **heimliche** Operation: Im richterlichen Aktivismus wird sie durch simulierte rhetorische Alibis verschleiert; im idyllischen Konstitutionalismus zeigt sie sich als **unbewusster naturrechtlicher Impuls**. Ihr theoretischer Bezugspunkt hat bereits einen Teil der Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichts und der nationalen Doktrin erreicht; das Werk **Brittos** (2012) ist ihr paradigmatischer Ausdruck, gestützt auf die **intuitive** Idee von Gerechtigkeit auf abstrakter (vollkommene Verfassung) und empirischer Ebene (ideale Entscheidung). Es besteht jedoch keine Implikationsbeziehung zwischen **Verfassungstext** und **Gerechtigkeit**: Die Erhebung der Verfassung zum *Status* abstrakter Gerechtigkeit erzeugt ein Betriebssystem, dessen Schnittstelle nicht mit der Kategorie der verfassungsmäßigen Ungerechtigkeit dialogiert.

Die Beispiele verfassungsmäßiger Ungerechtigkeit - **strukturell** (Unterrepräsentation, Zwang, heimliche Einschmuggelung) und **materiell** (eingeschränktes Wahlrecht, Unverhältnismäßigkeit des Art. 243) - teilen denselben argumentativen Verlauf: Sie nutzen eine vage Bestimmung „x“, um eine spezifische Bestimmung „y“ mittels prekärer systematischer Auslegung zu korrigieren. Im Lichte der Einheit der Verfassung lautet die technisch korrekte Lesart, dass die Bestimmung „x“ (vager) **nach den Bestimmungen der Verfassung** gültig ist und der Verfassungsgeber sich selbst Ausnahmen gewähren kann. *Praktisches Beispiel*: Die Verfassung ist ein Dokument, und Dokumente sind unvollkommen, fehlerhaft, mitunter ungerecht; **Ulysses Guimarães** erkannte in einer Rede vom 5. Oktober 1988 an, dass die Charta nicht vollkommen sei, indem er die eigene Reform zuließ. Unvollkommenheiten sind Gegenstand der **Reform**, nicht moralistischer Korrekturen.

Dem Studierenden des Rechts obliegt eine entscheidende Wahl: die Verfassung so zu akzeptieren, wie sie ist, oder einen Roman, eine Illusion, einen **idyllischen Konstitutionalismus** zu leben. Einen idyllischen Juristen zu fragen, ob die Verfassung ein vom intuitiven Sinn der Gerechtigkeit eingefordertes Recht schütze, ist ebenso unverdächtig, wie eine Mutter nach den ästhetischen Eigenschaften ihres Kindes zu befragen. **Es empfiehlt sich, den Akzeptanzprozess einzuleiten** (Vgl. Fonteles, 2021).

Logik des Themas (Idyllischer Konstitutionalismus)

Die dem Thema zugrunde liegende Logik geht von einer kulturellen Feststellung aus: Die Gegenwart erträgt keine Frustrationen und schafft psychologische Schutzblasen, um sie zu vermeiden. Dieses *Ethos* erreicht das Verfassungsrecht und führt dazu, dass der Interpret in die Verfassung ein **idealisiertes Ich** projiziert - eine Bewegung, die die Psychoanalyse als narzisstische Objektwahl beschreibt. Wenn der reale Text diesen Wunsch frustriert - sei es durch strukturell fehlerhafte Normen, unverhältnismäßige Bestimmungen oder materiell ungerechte Klauseln -, entwickelt der Interpret eine **kognitive Dissonanz** zwischen der Verfassung, die er liebt, und der Verfassung, die existiert. Die psychologische - und rechtlich unzulässige - Lösung besteht darin, den realen Text durch eine moralisch verbesserte Fassung zu **ersetzen**, vermittelt einer verschleierte Moralitätskontrolle, die meist als „systematische Auslegung“ auftritt und eine vage Vorschrift (wie Art. 3, I) heranzieht, um eine spezifischere zu neutralisieren. Die Korrektur dieser hermeneutischen Pathologie verläuft über die

Anerkennung dessen, dass (i) Verfassung und Gerechtigkeit unterschiedliche Ebenen sind - die erste ein **Gültigkeitsurteil**, die zweite ein **moralisches** Urteil; (ii) der ursprüngliche Verfassungsgeber sich selbst Ausnahmen gewähren darf; (iii) verfassungsmäßige Unvollkommenheiten Gegenstand **legitimer Reform** sind und nicht moralischer richterlicher Kreuzzüge; und (iv) die Annahme der Verfassung, wie sie ist, eine Voraussetzung der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung darstellt. Die letztendliche Logik ist mithin therapeutischer Natur: Der Interpret muss den **Akzeptanzprozess** abschließen, sich aus der narzisstischen Beziehung zum Text befreien und in dieser reifen Ernüchterung den demokratischen Respekt vor dem verfassungsgebenden Pakt wiederfinden.

- **Synoptische Übersicht**

Thema / Institut	Erläuterung
Idyllischer Konstitutionalismus	Romantisierter Zugang zur Verfassung. Geprägt durch affektive Bindung zwischen Interpret und Text. Ersetzt das reale Dokument durch eine vermeintlich ideale Fassung. Wirkt als narzisstisches Objekt persönlicher Projektion.
Zeitgenössisches Ethos der Frustrationsintoleranz	Kulturelle Tendenz zur Schaffung psychologischer Schutzblasen. Repliziert die Logik des Mutterleibs. Spiegelt sich im Recht als Weigerung wider, unangenehme Normen zu akzeptieren. Führt zu Räumen frei von Forderungen und Kritik (<i>no judgements zones</i>).
Narzisstische Objektwahl (Freud)	Anziehung durch ein dem Subjekt selbst ähnliches Objekt. Im verfassungsrechtlichen Bereich führt sie dazu, dass der Richter sich selbst im Text sucht. Die idyllische Verfassung ist psychoanalytisch ein Spiegel des <i>Egos</i> des Interpreten.
Konstitutionelle Pareidolien	Interpretative Trugbilder, die aus vagen Bestimmungen abgeleitet werden. Je größer die Utopie des Interpreten, desto intensiver die Trugbilder. Verwechseln Wunsch mit Norm. Verzerren den wörtlichen und systematischen Sinn des Textes.
Recht auf Glück (juristischer Mythos)	Kategorie ohne Verankerung in der BV/88. Importiert aus der <i>Unabhängigkeitserklärung</i> der USA (1776). Hat naturrechtliche und kreationistische Wurzeln. Bezeichnet streng genommen das verfassungsrechtliche Recht auf Freiheit oder die Würde-Autonomie.
Diffuse und konzentrierte Moralitätskontrolle	Verschleierte Operation moralischer Korrektur des Verfassungstextes. Ohne Grundlage in der brasilianischen

	Rechtsordnung. Ermutigt von ausländischen Doktrinen (Radbruch, Bachof). Wirkt als emotionales Sicherheitsventil des Interpreten.
Radbruchsche Formel	These, wonach das extrem ungerechte Gesetz der Gerechtigkeit weichen muss. Selten in brasilianischen Urteilen offen eingestanden. Dient als stiller Hintergrund des idyllischen Konstitutionalismus.
Intuitive Gerechtigkeit	Individuelles Gerechtigkeitsempfinden des Magistraten. Stützt sich auf eine Sensibilität <i>unter der Haut</i> . Setzt die Verfassung den persönlichen Überzeugungen des Richters aus. Gefährlich, wenn sie über den Text gestellt wird.
Verfassungsmäßige Ungerechtigkeit	Operative Kategorie. Bezeichnet moralisch fragwürdige Bestimmungen des ursprünglichen Verfassungsgebers. Stellt kein Paradoxon dar. Koexistiert mit dem Ausdruck <i>non omne quod licet honestum est</i> .
Verfassungswidrige Gerechtigkeit	Moralisch gerechte Lösungen, die vom Verfassungsgeber nicht aufgenommen wurden. Existieren außerhalb der Charta. Untermauern die Unmöglichkeit, dass die Verfassung jede vorstellbare Gerechtigkeit umfassen könne.
Unterrepräsentation in der Verfassungsgebenden Versammlung von 1988	Lediglich 11 Schwarze und 26 Frauen unter den Verfassungsgebern. Beeinträchtigt den demokratischen Koeffizienten des Textes. Schwächt das gegenmajoritäre Argument des <i>Judicial Review</i> .
Zwang bei der Erstellung der Verfassung	Episode zu Art. 142 mit Beteiligung des Ministers Leonidas und des Berichterstatters Bernardo Cabral. Nie ausgesprochener Willensmangel. Öffentlich eingestandenes militärisches <i>Lobby</i> .
Heimliches Einschmuggeln von Bestimmungen	Böswillige Aufnahmen in Bereichen wie Schifffahrt, Unternehmen und ausländischem Kapital. Vom Berichtstatter bei Entdeckung wieder entfernt. Verdeutlicht die ethische Fragilität der konstitutionellen Genese.
Relativiertes „universelles“ Wahlrecht	Wehrpflichtige sind weder wahlberechtigt noch wählbar. Analphabeten dürfen nicht gewählt werden. Strafrechtlich Verurteilte mit endgültigem Urteil sind in ihren politischen Rechten suspendiert. Universalität nur dem Namen nach.

Unverhältnismäßigkeit des Art. 243 BV/88	Enteignet das gesamte Eigentum, auf dem illegale Drogen angebaut werden. Trifft Familienangehörige des Verurteilten. Das Oberste Bundesgericht erkennt an, dass der ursprüngliche Verfassungegeber unverhältnismäßig handeln darf.
Prinzip der Akzeptanz der realen Verfassung	Die Verfassung als unvollkommenes Dokument anerkennen. Ihre Mängel akzeptieren. Unvollkommenheiten als Gegenstand legitimer Reform behandeln. Demokratische Voraussetzung reifer Hermeneutik.

- **Tabelle der Präzedenzfälle**

Präzedenzfall	Erläuterung
STF, RE 328.232/AM, entschieden am 04.04.2005	Gericht: Oberstes Bundesgericht. Thema: Heranziehung der Glücksidee als hermeneutischer Vektor. <i>Ratio decidendi</i> : Das Recht existiere nicht, um das Leben seiner Adressaten zu verbittern, sondern um es glücklich zu machen. Veranschaulicht die Infiltration des idyllischen Konstitutionalismus in die Rechtsprechung.
STF, ADPF 132/RJ, entschieden am 05.05.2011	Gericht: Oberstes Bundesgericht. Thema: Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft und Glücksidee. <i>Ratio decidendi</i> : Bekräftigte das Glück als rhetorische Stütze für interpretative Ergebnisse und wiederholte die Formel des RE 328.232/AM. Verstärkt die Kritik, dass das Glück eine nicht autoritative, aus einem ausländischen politischen Dokument importierte Quelle ist.
STF, ADI Nr. 815, Berichterstatter Min. Moreira Alves, entschieden am 28.03.1996	Gericht: Oberstes Bundesgericht. Berichterstatter: Minister Moreira Alves. Thema: Verfassungswidrige Verfassungsnormen (Otto Bachof). <i>Ratio decidendi</i> : Wies ausdrücklich die These zurück, ursprüngliche Verfassungsnormen könnten wegen Widerspruchs zu Grundprinzipien für ungültig erklärt werden. Verbietet die Moralitätskontrolle über das Werk der ursprünglichen verfassunggebenden Gewalt.
STF, Plenum, RE 543.974/MG, Berichterstatter Min.	Gericht: Oberstes Bundesgericht (Plenum). Berichterstatter: Minister Eros Grau. Thema: Enteignung wegen Drogenanbaus (Art. 243 BV/88). <i>Ratio decidendi</i> : Die Gesamtheit des im Grundbuch eingetragenen Grundstücks ist Gegenstand der Enteignung; es obliegt nicht der Justiz, den

Eros Grau, entschieden am 26.03.2009	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegen die Wahl der verfassungsgebenden Gewalt geltend zu machen; der ursprüngliche Verfassungsgeber ist nicht durch die Verhältnismäßigkeit gebunden.
TSE, PA Nr. 51371, Berichterstatter Min. Luiz Fux, entschieden am 12.04.2018	Gericht: Oberstes Wahlgericht. Berichterstatter: Minister Luiz Fux. Thema: Alphabetisierung und passive Wahlfähigkeit. <i>Ratio decidendi</i> : Die vielschichtige Realität der brasilianischen Gesellschaft mache es unangebracht, den Analphabetismus nach starren Kriterien zu bewerten, da andernfalls in Hochburgen, in denen der Analphabetismus die Regel sei, die politische Vorherrschaft als Monopol der Eliten verewigt würde. Erkennt den elitären Charakter der Norm an.
TSE, RO 060247518, Berichterstatter Min. Luís Roberto Barroso, entschieden am 18.09.2018	Gericht: Oberstes Wahlgericht. Berichterstatter: Minister Luís Roberto Barroso. Thema: Gültigkeit der bei Kandidaten angewandten <i>Alphabetisierungstests</i> . <i>Ratio decidendi</i> : Erkannte unter Vorbehalten die Gültigkeit der umstrittenen Tests an - eine stigmatisierende und demütigende Form der Bildungsprüfung jener, die von ihresgleichen zur Regierung gewählt würden. Koexistiert mit der politischen Unterrepräsentation der Analphabeten.

- **Glossar (Glossar für deutschsprachige Leser)**

Brasilianischer Begriff	Erläuterung auf Deutsch
Constituição Federal de 1988 (CF/88 ou BV/88)	Brasilianische Bundesverfassung vom 5. Oktober 1988, Grundlage des aktuellen demokratischen Rechtsstaats.
Supremo Tribunal Federal (STF)	Oberstes Bundesgericht Brasiliens, oberste Instanz in Verfassungsfragen, vergleichbar mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht.
Tribunal Superior Eleitoral (TSE)	Oberstes Wahlgericht, zuständig für Wahlrecht und Wahlrechtsstreitigkeiten.
ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade)	Direkte Verfassungswidrigkeitsklage, Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.
ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)	Klage wegen Verletzung eines grundlegenden Verfassungsgebots.

RE (Recurso Extraordinário)	Außerordentliches Rechtsmittel, das die Verletzung der Verfassung durch unterinstanzliche Gerichte rügt.
Conscritos	Wehrpflichtige im Jahr ihres pflichtgemäßen Militärdienstes.
Jus honorum	Lateinisch: passives Wahlrecht (Recht, gewählt zu werden).
<i>Non omne quod licet honestum est</i>	Lateinisch: Nicht alles, was rechtmäßig ist, ist auch ehrenhaft.
Poder Constituinte Originário	Ursprüngliche verfassunggebende Gewalt, unbegrenzt und souverän.
Mutação Constitucional	Verfassungsmutation: stille Bedeutungsänderung des Verfassungstextes ohne formale Reform.

- **Literaturverzeichnis**

AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. 7. Aufl. Übersetzung von Oscar Paes Lemes. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Ministério da Cultura, Fundação Biblioteca Nacional, 1881.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23. Aufl. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: Segredos da Constituinte: os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

- FONTELES, Samuel Sales. **Constitucionalismo idílico**. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves; TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Hrsg.). **Estado, Direito e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Augusto Aras**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. S. 411-427.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 4. Aufl. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 4. Aufl. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FREUD, Sigmund. **Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916)**. In: Obras Completas, Band 12. Übersetzung von Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 3. Aufl. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. Aufl. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. **Georgia Law Review**, Bd. 11, Nr. 5, S. 969-989, Sept. 1977.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2010.
- KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 5. Aufl. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. Aufl. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. Coimbra: Almedina, 2006.
- PLATÃO. **A República**. 3. Aufl. São Paulo: Edipro, 2019.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lissabon: Presença, 1993.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. Aufl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROCHA, Zeferino. O Papel da Ilusão na Psicanálise Freudiana. **Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica**, Rio de Janeiro, Bd. 15, Nr. 2, S. 259-271, Juli/Dez. 2012.
- SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- SEIDMAN, Louis Michael. **On Constitutional Disobedience**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. Coimbra: Almedina, 2010.
- TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**. Northampton: Edward Elgar, 2014.