

# CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

GILBERTO BERCOVICI

A questão do primado da Constituição, como norma fundamental do Estado, que garante os direitos e liberdades dos indivíduos, foi desenvolvida no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários. O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, idéias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado.<sup>1</sup>

O conceito clássico de Constituição da segunda metade do século XIX é o de Georg Jellinek, que entende a Constituição como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado.<sup>2</sup> A Constituição é estatal, pois só

<sup>1</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 144-145; GRIMM, Dieter, “Der Verfassungsbegriff in historischen Entwicklung” in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 106-109 e 143-146; MATTEUCCI, Nicola, *Organización del Poder y Libertad: Historia del Constitucionalismo Moderno*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 253-258 e 268-273; FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 118-130 e 135-139 e STOLLEIS, Michael, “Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution” in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 19-32.

é possível com o Estado. O Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos. A Constituição é também um instrumento de governo, pois legitima procedimentalmente o poder, limitando-o. A política está fora da Constituição.<sup>3</sup> De acordo com o próprio Jellinek, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição, sendo admissíveis, no máximo, estudos jurídicos complementares aos políticos.<sup>4</sup> Jellinek pretendeu criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade. A teoria jurídica do Estado de Jellinek, segundo Pedro de Vega, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado. O principal conceito é o do Estado como pessoa jurídica, ligado à teoria da autolimitação do Estado. Afinal, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, submetendo-se ao direito, torna-se também sujeito de direitos e deveres.<sup>5</sup>

A tentativa, nem sempre bem sucedida, de conciliar o constitucionalismo com a democracia vai, na Europa, ter início com a Constituição alemã de 1919, a célebre Constituição de Weimar.<sup>6</sup> Será sob a vigência desta Constituição que ocorrerá o famoso e, até hoje, fundamental, debate sobre os métodos do direito público<sup>7</sup>, iniciado quando Hans Kelsen propõe

<sup>2</sup> JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 505.

<sup>3</sup> JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 361-363; FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione cit.*, pp. 137-139 e FIORAVANTI, Maurizio, “Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo” in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 871-875.

<sup>4</sup> JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtliche Abhandlung*, reimpr., Goldbach, Keip Verlag, 1996, pp. 5-6 e 80. Sobre o fato de Jellinek, assim como a maioria dos publicistas alemães da segunda metade do século XIX, propor a separação da política do direito público, vide WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1958, pp. 141-142.

<sup>5</sup> JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 169-173, 182-183, 367-375 e 386-387. Vide também CASTILLO, Monique, “La Question de l’Autolimitation de l’État”, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique* nº 13, Caen, Centre de Publications de l’Université de Caen, 1988, pp. 85-102 e GARCÍA, Pedro de Vega, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-67 e 70-72.

<sup>6</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione cit.*, pp. 146-157.

<sup>7</sup> Sobre o debate de Weimar, vide, por todos, FRIEDRICH, Manfred, “Der Methoden und Richtungsstreit: Zur Grundlegendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, pp. 161-209.

a aplicação do método jurídico positivista até as últimas conseqüências, gerando, nas palavras de Heller, uma “Teoria do Estado sem Estado”<sup>8</sup>. O debate, então, vai se dar, segundo Olivier Beaud, em torno das concepções neohegelianas e neokantianas de Estado e Constituição: entre a idéia de que a Constituição é a lei da vida política global de um Estado, ou seja, está ligada ao “ser” político do Estado e a concepção de que a Constituição é uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando ligada ao “dever ser” do Estado. Em suma, a Constituição é entendida como regime político-social do país (idéia defendida por autores das mais diversas tendências ideológicas, cujas origens estão em Hegel, passando por Ferdinand Lassalle e Lorenz von Stein) ou entende-se a Constituição limitada ao texto constitucional, regulando os comportamentos dos agentes estatais (idéia defendida pelo neokantismo e o normativismo positivista).<sup>9</sup>

No estudo do “Debate de Weimar”, centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição. Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a “força normativa dos fatos”, mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta.<sup>10</sup>

Segundo Kelsen, a estrutura hierárquica do processo de criação do direito termina em uma norma que fundamenta a unidade do ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética, não positivada, portanto, não é determinada por nenhuma norma superior do direito positivo. Esta norma fundamental é a “Constituição em sentido lógico-jurídico”, que institui um órgão criador do direito, um grau inferior que estabelece as normas que regulam a elaboração da legislação. Este órgão é a Constituição propriamente dita, ou “Constituição em sentido jurídico-positivo”.<sup>11</sup>

O conteúdo da Teoria Geral do Estado, para Kelsen, é o estudo dos problemas referentes à validade e produção da ordem estatal, ou seja, do ordenamento jurídico. Esses problemas de criação do ordenamento

<sup>8</sup> HELLER, Hermann, “Die Krisis der Staatslehre” in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 15-24.

<sup>9</sup> BEAUD, Olivier, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” in SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 75-85. Vide também BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 359-368.

<sup>10</sup> BEAUD, Olivier, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” *cit.*, pp. 80-81.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993, pp. 248-250.

jurídico (criação do direito e fundamentação da unidade do ordenamento), como vimos acima, são compreendidos sob o conceito de Constituição. Desta forma, para Hans Kelsen, a Teoria Geral do Estado coincide com a Teoria Geral da Constituição.<sup>12</sup>

Apesar das considerações de Kelsen, demonstrando a passagem da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição, a primeira obra sistemática que entende a Teoria da Constituição como um ramo próprio da teoria geral do direito público é a *Verfassungslehre (Teoria da Constituição)*, de Carl Schmitt, publicada em 1928. O objetivo declarado de Schmitt é o de oferecer uma obra sistemática das questões de teoria constitucional tratadas incidentalmente pelo Direito Constitucional (*Staatsrecht*) e pela Teoria Geral do Estado. A necessidade de um tratamento próprio dessas questões é destacado por Carl Schmitt, ao criticar o positivismo jurídico que teria deslocado as questões fundamentais do direito político para a Teoria Geral do Estado. Nesta disciplina as questões da teoria constitucional não seriam tratadas adequadamente, situadas entre as teorias políticas em geral e os temas filosóficos, históricos e sociológicos abarcados pelos teóricos do Estado. Com a Teoria da Constituição, Schmitt busca superar a divisão, gerada pelo positivismo normativista, entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional.<sup>13</sup>

No mesmo ano de publicação da Teoria da Constituição de Carl Schmitt, 1928, Rudolf Smend publicou o seu livro *Constituição e Direito Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, em que a “Teoria da Integração” era apresentada como alternativa ao positivismo jurídico. Smend desenvolve uma Teoria da Constituição, tornando a Constituição o ponto de referência, no lugar da tradicional Teoria Geral do Estado.<sup>14</sup> Do conceito de Constituição elaborado por Smend<sup>15</sup>, podemos perceber que o aspecto relevante não é o da normatividade da Constituição, mas sua reali-

<sup>12</sup> KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 45-46.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. XI-XIV (prefácio). Vide também BEAUD, Olivier, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” *cit.*, pp. 58-61 e 74-75.

<sup>14</sup> SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 274.

<sup>15</sup> “A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo”. Cf. Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 189.

dade integradora, permanente e contínua. A Constituição é uma ordem integradora, graças aos seus valores materiais próprios. Além disto, ao se constituir como um estímulo, ou limitação, da dinâmica constitucional, estrutura o Estado como poder de dominação formal.<sup>16</sup>

## A POLÍTICA DIRIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO

O debate sobre o papel da Constituição e suas relações com a política foi retomado no segundo pós-guerra. As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional.<sup>17</sup> O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, segundo Fioravanti, é o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição.<sup>18</sup>

A idéia da Constituição como totalidade, ressaltando-se o seu caráter dinâmico (não garante apenas uma ordem estática), “politiza” o conceito de Constituição, que não se limita mais a sua normatividade.<sup>19</sup> Esta concepção, elaborada, como vimos, por autores como Schmitt e Smend, dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais (ou programáticas) do pós-guerra. A Teoria

<sup>16</sup> SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 190-193 e 195-196.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 10-11; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, p. 189; FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione cit.*, pp. 159-162 e FIORAVANTI, Maurizio, “Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo” *cit.*, pp. 875-884.

<sup>18</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Stato e Costituzione cit.*, p. 144.

<sup>19</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 8ª ed, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 80-81.

Material da Constituição permite compreender, a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a Constituição em sua conexão com a realidade social), o Estado Constitucional Democrático. Propõe-se, portanto, a levar em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação.<sup>20</sup>

As funções da Constituição podem ser sintetizadas, para Hans Peter Schneider, em três dimensões: a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida).<sup>21</sup> Todas estas funções são interligadas, condicionando-se mutuamente. O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. A Constituição só pode ser plenamente compreendida em sua totalidade. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político: do, sobre e para o político.<sup>22</sup>

O debate constitucional passa a travar-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade. No primeiro caso, a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece compe-

<sup>20</sup> SCHNEIDER, Hans Peter, “La Constitución – Función y Estructura” in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-37, 39 e 43 e BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 77-83 e 115-119.

<sup>21</sup> García-Pelayo entende a Constituição como, simultaneamente, parte integrante do ordenamento jurídico, da ordem estatal (organização do Estado) e da estrutura política (modo concreto de existência política de um povo, com seus valores e princípios políticos). Vide GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 100-103.

<sup>22</sup> SCHNEIDER, Hans Peter, “La Constitución – Función y Estructura” *cit.*, pp. 39-47 e GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 100-103.

tências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável. Subjacente a essa tese da Constituição como mero “instrumento de governo” está o liberalismo e sua concepção da separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas.<sup>23</sup>

Em contraposição a essas concepções, destaca-se, especialmente no debate constitucional brasileiro, a proposta de Constituição Dirigente do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Esta proposta busca a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social.<sup>24</sup> Para Canotilho, como todas as Constituições pretendem, de uma forma ou outra, conformar o político, com a denominação “Constituição Dirigente” afirma-se intencionalmente a força de direção do direito constitucional.<sup>25</sup> A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.<sup>26</sup> O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação.<sup>27</sup>

Tendo em vista essa concepção de Constituição, Canotilho vai ter como preocupações centrais no seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador<sup>28</sup> e a questão da discricionariedade legislativa<sup>29</sup>. Em suma, o debate sobre o eventual “excesso de poder legislativo” em virtude da possibilidade dos fins constitucionais serem menosprezados ou até substituídos.<sup>30</sup> De acordo com sua proposta, a concretização das “imposições constitucionais” (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação,

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 79-82.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. 13-14.

<sup>25</sup> Id., pp. 27-30.

<sup>26</sup> Id., pp. 42-49 e 462-471.

<sup>27</sup> Id., pp. 19-24, 157-158 e 380.

<sup>28</sup> Id., pp. 62-64, 329-331 e 401-403.

<sup>29</sup> Id., especialmente pp. 216-241.

<sup>30</sup> Id., pp. 263-266.

como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição. A questão das “imposições constitucionais” não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição.<sup>31</sup>

Em relação ao cumprimento do texto constitucional, um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao reear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional<sup>32</sup>, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolíticação da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente<sup>33</sup>, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”.<sup>34</sup>

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social.<sup>35</sup> No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e

<sup>31</sup> Id., pp. 177-182, 254-256, 293-297, 305-308 e 316-321. Em sentido contrário, Gustavo Zagrebelsky afirma que a Constituição não tem mais centralidade, é dúctil, ao não estabelecer diretamente um projeto determinado, mas possibilidades de concretização. A partir da Constituição, as forças políticas competem para imprimir ao Estado as diversas possibilidades oferecidas pelo texto constitucional, ou seja, o pluralismo constitucional gera um “compromisso de possibilidades”. Vide ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 3ª ed, Madrid, Trotta, 1999, pp. 12-17.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 59-61, 172-177, 189-193.

<sup>33</sup> Id., pp. 270-277 e 350-351.

<sup>34</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” *cit.*, pp. 197-198.

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 150-153, 166-169, 453-456.

substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.<sup>36</sup>

Essa visão, talvez, cause a principal falha, ao nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “auto-suficiente” da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.<sup>37</sup> E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será essa maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Sousa Santos<sup>38</sup>, a manutenção da “Constituição sem Estado”.

## A POLÍTICA EXCLUÍDA DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria da Constituição Dirigente, como vimos, consolida o papel da Constituição como centro do direito público, minimizando o Estado e a política. Ao reduzir a importância da Teoria do Estado e da política, a Teoria da Constituição Dirigente, aliada ao momento histórico

<sup>36</sup> Id., pp. 455-459.

<sup>37</sup> Devemos ressaltar, no entanto, que Canotilho define a Constituição como “estatuto jurídico do político” e afirma que a Constituição Dirigente pressupõe um Estado intervencionista ativo. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 79 e 390-392. Entretanto, essas considerações não afetam substancialmente a contestação levantada da falta de uma Teoria do Estado e da falta de maiores considerações a respeito da política na Teoria da Constituição Dirigente. Para uma revisão posterior de alguns desses posicionamentos, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 1197-1198 e 1273 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Prefácio” in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. XIII-XVe XXIII-XXVI.

<sup>38</sup> Vide SANTOS, Boaventura de Sousa, “O Estado e a Sociedade na Semiperiferia do Sistema Mundial: O Caso Português” in *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, Porto, Edições Afrontamento, 1992, pp. 142-143.

da “globalização”, facilitou, por mais paradoxal que possa ser, a “dessubstancialização” da Constituição.<sup>39</sup> Com a “globalização”, a redução dos espaços políticos faz com que o único elemento clarificador do horizonte político, segundo Pedro de Vega García, seja a Constituição. Torna-se corrente a tentativa de restaurar os fundamentos da legitimidade liberal-democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a Constituição e a democracia como estruturas processuais, ou seja, busca-se uma legitimidade meramente processual. O problema é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo, não político, a um simples procedimento de escolha de governantes.<sup>40</sup>

Ao contrário do que possa parecer, essas teorias processuais da Constituição não são novas. Em 1968, por exemplo, ao criticar as teorias materiais da Constituição por “sobrecarregarem” a Constituição e transformarem-na em uma espécie de “livro dos livros”<sup>41</sup>, Wilhelm Hennis propôs que, para evitar a dicotomia entre Constituição e realidade constitucional, a Teoria da Constituição deveria levar em conta a particularidade normativa da Constituição. Para tanto, seguindo o modelo norte-americano, a Constituição deveria ser entendida como um instrumento de governo, com uma Teoria Processual da Constituição.<sup>42</sup> Mais recentemente, no caso norte-americano, John Hart Ely entende que a Constituição não garante direitos substantivos, mas impede que a maioria não tenha seus direitos ameaçados, nem ameace os da minoria. Para tanto, a Constituição não

<sup>39</sup> O próprio Canotilho reviu suas posições sobre a Constituição Dirigente. Os mais afoitos, inclusive, chegaram a proclamá-la como “morta”. Para Canotilho, a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como capaz de, por si só, revolucionariamente, realizar as transformações sociais. Ela permanece, no entanto, enquanto estabelecer os fundamentos materiais das políticas públicas no Estado Constitucional. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Prefácio” *cit.*, pp. XXIX-XXX.

<sup>40</sup> GARCÍA, Pedro de Vega, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional” *cit.*, pp. 86-87 e GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su “Momento Maquiavélico”*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 68-74.

<sup>41</sup> HENNIS, Wilhelm, “Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem” in FRIEDRICH, Manfred (org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pp. 248-253.

<sup>42</sup> HENNIS, Wilhelm, “Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem” *cit.*, pp. 265-267.

contém uma ideologia de governo, simplesmente garante o processo governamental.<sup>43</sup>

Parte das concepções das teorias processuais da Constituição está ligada à idéia de legitimação pelo procedimento, elaborada por Niklas Luhmann. A preocupação de Luhmann é a de esclarecer os mecanismos que dotam uma decisão de força vinculativa, possibilitando sua assimilação e aceitação por todos os atingidos, estejam eles satisfeitos ou não.<sup>44</sup> Para a legitimação pelo procedimento, pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente<sup>45</sup>, pois, nas sociedades complexas, a natureza da decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões.

Os procedimentos, como as eleições, o processo legislativo e o processo judicial, são, para Luhmann, a melhor maneira de garantir decisões vinculativas, além de reduzir as complexidades sociais. Ao submeterem-se às regras e necessidades do sistema processual, todos os envolvidos são obrigados a aceitar a decisão final, mesmo contrariados, pois eles próprios participaram do procedimento. A legitimidade pelo procedimento é uma legitimidade institucional, não proveniente de derivações valorativas.<sup>46</sup> A representação política, por exemplo, passa a ser vista como um conjunto de ações que confere legitimidade ao poder. A eleição popular cria uma identificação simbólica entre representado e representante, gerando um mínimo de consenso<sup>47</sup> e tornando esse consenso independente da situação concreta em que ele é obtido. Desta maneira, o representante exerce um mandato não apenas referente ao que lhe foi conferido, mas também ao que não lhe foi. O representante foi eleito num procedimento institucionalizado, portanto é digno de representar o representado. O poder representativo se legitima não porque expressa um consenso real, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos

<sup>43</sup> ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, reimpr., Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1998, pp. 100-101. Nas palavras de Ely: "The American Constitution has thus by and large remained a constitution properly so called, concerned with constitutive questions. What has distinguished it, and indeed the United States itself, has been a process of government, not a governing ideology" *in idem*, p. 101.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, pp. 259-261.

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 4ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, pp. 29-31 e LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie cit.*, pp. 265-266.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie cit.*, pp. 261-265.

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren cit.*, pp. 155-173 e 179-180.

representados.<sup>48</sup> Em suma, para Luhmann, cada sistema se legitima por si mesmo, ao fixar os procedimentos decisórios em seu direito positivo. O conteúdo do ordenamento jurídico não é relevante para a legitimidade, basta, apenas, a sua validade.<sup>49</sup>

As teorias processuais, em sua quase totalidade, consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. Georges Burdeau alega que, apenas com a fixação de procedimentos para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas constitucionais. Para ele, a Constituição deve ter um caráter de fluidez, sob pena de ser dissolvida na realidade.<sup>50</sup> A Constituição rica em disposições relativas à filosofia de um regime é, também, cheia de elementos diversos e contraditórios. A Constituição não é uma ordem para o futuro, mas uma ordem de equilíbrio, essencialmente estática.<sup>51</sup> Por esses motivos, estaríamos vivendo a decadência da noção de Constituição, que não controlaria mais a vida política. As Constituições continuam a ser redigidas, mas como mera “*survivance*”.<sup>52</sup>

Dessa maneira, para essas teorias, a Constituição deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não propriamente com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável dentro da complexidade da sociedade contemporânea.<sup>53</sup>

A materialização do Direito Constitucional, evidenciada com a concepção dos direitos fundamentais também como valores, trouxe, para Estévez Araujo, a questão da legitimidade do juiz constitucional. Este seria

<sup>48</sup> Id., pp. 152-154, 156-162, 164-166 e 169-173.

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo, “A Despolitização da Legitimidade”, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 27-31.

<sup>50</sup> BURDEAU, Georges, “Une Survivance: La Notion de Constitution” in *L'Évolution du Droit Public – Études en l'Honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 60-62.

<sup>51</sup> Id., pp. 57-60.

<sup>52</sup> Id., pp. 54-57.

<sup>53</sup> GUERRAFILHO, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 2000, pp. 49-52, 67-70 e 93-95. Vide também LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 211-212.

o déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição. A solução, para esse autor, seria a procedimentalização da Constituição. Ao conceber a Constituição como processo, Estévez Araujo propõe que seu conteúdo seja, essencialmente, prever procedimentos que estabelecem os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas.<sup>54</sup> Estévez Araújo, portanto, atribui à teoria material da Constituição a responsabilidade pelos problemas de legitimação do controle de constitucionalidade. E, neste sentido, ele tem razão. Afinal, uma teoria procedimental da Constituição não tem qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, satisfazendo-se com o mero cumprimento dos procedimentos previstos.

No entanto, uma contribuição fundamental das teorias procedimentais da Constituição é a de que a Constituição possui também, e não exclusivamente, como querem alguns autores, a natureza de uma lei processual para a realização de seus princípios. O processo, assim, torna-se um instrumento para a efetivação da Constituição. Entender a Constituição também enquanto processo significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização.<sup>55</sup> O interesse pelas teorias procedimentais, todavia, deve despertar cautela. As teorias procedimentais, segundo Robert Alexy, caracterizam-se pela plasticidade, ou seja, nelas cabe tudo. Embora deva-se reconhecer a importância do procedimento na concretização constitucional, a adoção de uma teoria procedimental não será a solução para todos os problemas constitucionais.<sup>56</sup>

As teorias procedimentais da Constituição também costumam ser apresentadas como estratégia de desjuridificação. A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania. A Constituição, dessa maneira, não poderia mais pretender regular as sociedades complexas da atualidade. Deve limitar-se, portanto, a fixar a

<sup>54</sup> ARAUJO, José Antonio Estévez, *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 139-143.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 853-860 e GUERRA Filho, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição cit.*, pp. 15-20 e 27-39.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 428-430.

estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios relevantes para a comunidade política, como os direitos e liberdades fundamentais.<sup>57</sup>

Os adeptos dessas teorias entre nós esquecem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos Estados Unidos. Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não ampliaria o espaço da cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço da cidadania.<sup>58</sup>

A questão da normatividade da Constituição tornou-se crucial para a Teoria da Constituição, não como reação às críticas mais conservadoras ou ao debate entre teorias materiais e processuais da Constituição, mas tendo em vista o papel cada vez mais destacado dos novos tribunais constitucionais (especialmente na Itália e na Alemanha). O resultado foi a revalorização da normatividade constitucional também pelas teorias materiais da Constituição.<sup>59</sup> Com a tendência, cada vez maior, à “normativização” da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade. A hipervalorização das questões hermenêuticas no campo constitucional fortaleceram, ainda mais, a “normativização” da Teoria da Constituição. Essa consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à “normativização” da Constituição favoreceram, ainda, uma “mudança de paradigmas” na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitu-

<sup>57</sup> Vide, neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1191-1193, 1205, 1272-1273 e 1289-1290.

<sup>58</sup> NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994, pp 128-129, 144-147 e 160 e NEVES, Marcelo, “Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente”, *Dados - Revista de Ciências Sociais* vol. 37, nº 2, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1994, pp. 262-266.

<sup>59</sup> Vide GARCÍA, Pedro de Vega, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional” *cit.*, p. 85 e STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 31-35, 99-106, 127-128 e 156-162.

cionais.<sup>60</sup> Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição.<sup>61</sup>

Dentro dessa perspectiva, a Constituição, segundo García de Enterría, só pode ser entendida como norma. Compreendê-la também como uma estrutura política seria anticientífico, pois estaríamos confundindo direito constitucional e ciência política, ou seja, os métodos jurídico e sociológico.<sup>62</sup> A partir desta metodologia jurídica circunscrita ao material normativo, cria-se um jurista asséptico, nas palavras de Rogério Ehrhardt Soares, convicto de que o direito constitucional recebeu todo o político e que tudo o que é necessário para a compreensão do Estado está nas normas jurídicas. O jurista constitucional, assim, ignora a realidade política na qual se manifesta o direito constitucional. As valorações extrajurídicas (econômicas, sociais, políticas, etc) não são entendidas como problema do direito constitucional (e da Teoria da Constituição), mas das demais ciências sociais.<sup>63</sup>

A doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais consti-

<sup>60</sup> Vide GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 120-121.

<sup>61</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik” in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, p. 82. Vide também BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” *cit.*, pp. 195-197.

<sup>62</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Madrid, Civitas, 1994, pp. 27-32 e 49-50.

<sup>63</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969, pp. 22-25. O método jurídico estrito separa a normatividade jurídica da realidade política. A recente disputa entre cientistas políticos e “neoconstitucionalistas” sobre a compreensão da Constituição é estéril, pois ignora a unidade sistemática das disciplinas. Essa separação de métodos apenas torna claro, segundo Lucas Verdú, a insuficiência de conhecimento jurídico dos cientistas políticos e de conhecimentos científico-políticos dos constitucionalistas. Vide VERDÚ, Pablo Lucas, “El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La ‘Ideología Constitucional’ del Professor García de Enterría)”, *Revista de Derecho Político* nº 13, Madrid, UNED, março de 1982, pp. 29-34 e VERDÚ, Pablo Lucas, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Político)* *cit.*, pp. 59-64.

tucionais.<sup>64</sup> Os autodenominados “neoconstitucionalistas” são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição.<sup>65</sup>

A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.<sup>66</sup> Representativa dessa visão é a opinião de Dominique Rousseau, para quem a Constituição é, cada vez mais, jurisprudencial: é um ato escrito pelo juiz constitucional, uma espécie de “carta jurisprudencial dos governados”.<sup>67</sup> O Conselho Constitucional francês encarna, na sua concepção, a própria soberania popular, estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional.<sup>68</sup>

Pertinente, ao nosso ver, é a crítica de Ingeborg Maus. De acordo com Maus, o tribunal constitucional se arroga o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela.<sup>69</sup> Atribuindo-se tamanho poder, o tribunal constitucional atua, nas palavras de Maus, “menos como ‘guardião da Cons-

<sup>64</sup> GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su “Momento Maquiavélico” cit.*, pp. 60-64. Vide também BEAUD, Olivier, *La Puissance de l’Etat cit.*, pp. 11-12.

<sup>65</sup> VERDÚ, Pablo Lucas, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici) cit.*, pp. 65-82 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, p. 1198.

<sup>66</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” *cit.*, pp. 189-191; BEAUD, Olivier, *La Puissance de l’Etat cit.*, pp. 307-308 e GARCÍA, Pedro de Vega, “Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale”, *Diritto Pubblico*, 2001 – n° 3, Padova, CEDAM, 2001, pp. 1068-1069.

<sup>67</sup> ROUSSEAU, Dominique, “Une Réssurrection: La Notion de Constitution”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, 1990 - n° 1, Paris, LGDJ, janeiro/fevereiro de 1990, pp. 5-6, 15-18 e 20-22.

<sup>68</sup> *Id.*, pp. 8-10. Para uma defesa do papel do Tribunal Constitucional Espanhol em um sentido próximo, vide ENTERRÍA, Eduardo García de, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional cit.*, pp. 175-196.

<sup>69</sup> MAUS, Ingeborg, “Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”, *Novos Estudos* n° 58, São Paulo, Cebrap, novembro de 2000, pp. 190-192.

tuição' do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial".<sup>70</sup>

Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.<sup>71</sup>

A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do "positivismo jurisprudencial") é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?<sup>72</sup> No entanto, com o "positivismo jurisprudencial", o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do "dever ser", com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Vega García, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte.<sup>73</sup>

## A NECESSIDADE DA POLÍTICA PARA A CONSTITUIÇÃO

Fechando os olhos para a realidade constitucional, o pensamento jurídico dominante absolutizou as soluções constitucionais históricas do

<sup>70</sup> Id., pp. 192-193. No texto: "Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como 'guardião da Constituição' do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências" *in idem*, p. 192.

<sup>71</sup> FISHER, Louis, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 3-6 e 231-276.

<sup>72</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica cit.*, pp. 154-155 e 182-183 e BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *cit.*, pp. 191 e 198-199. Sobre as relações contraditórias entre o controle judicial de constitucionalidade, exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, e democracia, vide LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, "Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário", *Revista da Procuradoria-Geral da República* n° 8, São Paulo, RT, janeiro/junho de 1996, pp. 82-83 e 93-101.

<sup>73</sup> GARCÍA, Pedro de Vega, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp. 85-86 e GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico" cit.*, pp. 64-66.

liberalismo como atemporais.<sup>74</sup> Para não cair neste equívoco, a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. O direito constitucional recupera, assim, segundo Pedro de Vega García, as categorias de espaço e tempo e adquire dimensões concretas e históricas. A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta.<sup>75</sup> A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição, o que desqualifica a constante hostilidade da Teoria da Constituição contra o Estado.<sup>76</sup>

As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até. Sintomático é o fato, denunciado por autores como Olivier Beaud e Pedro de Vega García, que a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional, foi relegada ao silêncio pela Teoria da Constituição.<sup>77</sup> O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição.<sup>78</sup>

Divergimos, portanto, da afirmação de Canotilho de que a crise da Teoria da Constituição é fruto da crise do Estado soberano.<sup>79</sup> Autores como Peter Häberle e José Joaquim Gomes Canotilho discordam dessa

<sup>74</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 27.

<sup>75</sup> GARCÍA, Pedro de Vega, “Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale”, pp. 1056-1061 e 1082-1089.

<sup>76</sup> Id., pp. 1089-1090. Vide também SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 121.

<sup>77</sup> BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 210-220 e GARCÍA, Pedro de Vega, “Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale” *cit.*, pp. 1072-1082 e 1090-1094.

<sup>78</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip” in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, pp. 293-295.

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1200-1203.

visão. Ambos concordam que Estado e Constituição formam uma unidade no Estado Constitucional. Mas as relações recíprocas entre Estado e Constituição devem implicar a não primazia do Estado. Para Häberle e Canotilho, o Estado Constitucional existe a partir da Constituição, só existe “tanto Estado quanto a Constituição constitui”. Caso entenda-se que a Constituição fornece uma ordem jurídica ao Estado pré-existente, segundo Canotilho, a Constituição pode ser reduzida a uma forma transitória do Estado, este sim perene.<sup>80</sup> Ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição.<sup>81</sup>

Ademocracia também não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Müller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e esse combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais.<sup>82</sup> A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo.<sup>83</sup> A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Dessa forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica.<sup>84</sup>

O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação

<sup>80</sup> Vide HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 620-621 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático” in RIBEIRO, J. A. Pinto (coord.), *O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, pp. 415-418.

<sup>81</sup> BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat*, pp. 208-210. Vide, também, o estudo MAYER-TASCH, Peter Cornelius, *Politische Theorie des Verfassungsstaates: Eine Einführung*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1991, especialmente pp. 19-36 e 213-219.

<sup>82</sup> MÜLLER, Friedrich, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 43-45 e 56.

<sup>83</sup> Contra a redução da soberania a mero princípio constitucional, colocado, portanto, à disposição de parlamentares e juizes, vide a argumentação de BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 469-476, 479-482 e 490-491. Vide, ainda, MAYER-TASCH, Peter Cornelius, *Politische Theorie des Verfassungsstaates cit.*, pp. 70-104.

<sup>84</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip” *cit.*, pp. 297-301 e 311-315 e MÜLLER, Friedrich, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie cit.*, pp. 59-62.

realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política.<sup>85</sup> Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o “positivismo jurisprudencial”.<sup>86</sup>

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais.<sup>87</sup> Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.<sup>88</sup>

**GILBERTO BERCOVICI** é professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>85</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* cit., pp. 217-222. Vide, também, as considerações de REDISH, Martin H., *The Constitution as Political Structure*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1995, pp. 3-21.

<sup>86</sup> GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su “Momento Maquiavélico”* cit., pp. 90-91.

<sup>87</sup> MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 7ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 89, 174 e 209-211 e VERDÚ, Pablo Lucas, “El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La “Ideología Constitucional” del Professor García de Enterría)” cit., pp. 8, 15-18 e 37-40.

<sup>88</sup> GRIMM, Dieter, “Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft” in *Die Zukunft der Verfassung* cit., pp. 368-373.