

Cecilia Caballero Lois (Brasil) *

A Teoria Constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade **

Tendo sua origem teórica situada em Aristóteles e a matriz política na Idade Média, o constitucionalismo nasce liberal e adquire conotações formalistas quando rompe com os primados do liberalismo. O debate em torno dos elementos que formam a Teoria da Constituição ganha maiores contornos teóricos na juspublicística alemã no final do século XIX e início do século pretérito, quando foram publicados os trabalhos de Jellinek e Kelsen, representantes maiores do positivismo constitucional, porém a noção restritiva que assume esta forma de constitucionalismo vai sofrer duras críticas, especialmente no período weimariano (1919-1933), a partir de quando foram formulados os alicerces de um movimento que se costuma chamar de teoria material da Constituição. Esse movimento propiciou uma maior abertura epistemológica para a compreensão do fenômeno constitucional, cuja característica unificadora formula-se a partir da recepção teórica da complexidade que permeia as relações entre a Constituição, o Estado e o poder político, inserindo, para o interior do debate, as idéias de cultura e necessidade de concretização da Constituição.

Como não poderia deixar de ser, as mudanças de orientação política e teórica no entendimento da Constituição levaram a uma transformação do horizonte e das possibilidades de análise e compreensão do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica, visando a abranger as novas posturas nele encontradas. E, como corolário lógico, ao serem incorporados novos métodos de análise, outros temas —tais como a idéia de interpretação, de diferenciação entre regras e princípios, da concepção dos direitos fundamentais, da reformulação do princípio da proporcionalidade e da idéia de constituição como processo aberto— passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos dos quais a

* Doutora em Direito. Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

** Este texto foi desenvolvido a partir das considerações finais do segundo capítulo de minha tese de doutoramento, momento em que esboço uma configuração da Teoria Constitucional durante o século XX. (Cf. Lois, 2001).

teoria constitucional se ocupa, e a partir de onde se pode postular o desenvolvimento de uma democracia constitucional. Essas transformações merecem análise cuidadosa.

Uma das questões nodais que polarizam o debate em torno da teoria material da Constituição consiste no reconhecimento da profunda transformação por que passou a metódica da interpretação constitucional e as funções a ela atribuídas, processo esse marcado por três momentos distintos na tradição germânica. Inicialmente, foi tratada a questão metódica como mera operação de subsunção lógica, que não distinguia entre problema material e problema formal, prendendo-se aos postulados kelsenianos, sendo que nessa linha de raciocínio, esse entendimento reduzia a metodologia interpretativa constitucional e o seu instrumento de viabilização (jurisdição constitucional) a um mero exame da noção da supremacia da norma constitucional dentro da ordem jurídica (Vieira, 1996: 37).

Um segundo momento marcante na transformação da teorização acerca da interpretação constitucional, consiste no debate travado entre Smend —a partir da idéia de unidade de cultura e de sistema de valores— e Heller —que vê no mundo da vida que circunda a constituição uma outra dimensão que interage com a constituição jurídica, vivificando-a. Assim, enquanto Smend considera a Constituição o objeto de ordenação política dos processos de integração do Estado, considerando a mesma como a concretização normativa destes processos (Smend, 1985: 132), Heller quer da Constituição a preocupação precípua com a sua própria permanência e com a constituição de uma normatividade que contribua para a programação futura de regras sociais que, por si, garantam a unidade e preservação do Estado (Heller, 1998: 317 e ss.).

Este debate propiciou uma radical transformação na forma de conceber a interpretação constitucional, já que, pela primeira vez, o intérprete encontrava-se vinculado à concretude da realidade circundante. Assim, a República de Weimar, palco destas contendas, acabou por influenciar toda uma geração de juristas que, após a segunda guerra mundial, passaram a reconstruir a teoria material da Constituição em uma chave mais abrangente do que a que percebia o espaço de transformação constitucional através do reconhecimento de que a Constituição era efetivamente —e a despeito do que defendiam os positivistas liberais— um instrumento de regulação política e não somente jurídica do Estado.

Por fim, e como desdobramento das idéias de seus predecessores, a configuração metodológica da teoria material da Constituição se completa com as proposições renovadoras da chamada nova hermenêutica que tem como maiores representantes (no interior do debate germânico) Hesse, Müller e Häberle. O que todos eles têm em comum é a rejeição aos métodos e fórmulas tradicionais de interpretação, lançando novas luzes sobre o debate constitucional, colocando velhas questões sobre novos aspectos, renovando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, consolidando a teoria material da Constituição.

Todas essas transformações propiciadas pela abordagem material levam a crer que a interpretação constitucional possui uma importância decisiva em qualquer siste-

ma democrático, especialmente naqueles que contam com uma jurisdição constitucional (Pérez-Luño, 1999: 249). Importância que cresce ainda mais à medida que as postulações dos neoconstitucionalistas vêm na exacerbação da função dos Tribunais Constitucionais um movimento de jurisprudencialização do direito constitucional,¹ evidenciado principalmente através das sentenças interpretativas.²

As transformações das funções atribuídas à interpretação constitucional e a necessidade por ampliar a dimensão de proteção dos preceitos constitucionais ganharam maior repercussão, no interior da teoria material da Constituição, a partir do reconhecimento das normas (em especial, das constitucionais) como gênero do qual as regras e princípios representam subespécies dotadas de mesma eficácia normativa. Esta diferença foi inicialmente elaborada, com bastante precisão, por Ronald Dworkin, ao reconhecer, tanto nos princípios quanto nas regras, a capacidade de impor obrigação legal, tendo ganhado maior impacto na doutrina alemã a partir da obra de Robert Alexy que, nesse particular, sob outra roupagem, reproduz-lhe os fundamentos.

Dessa forma, as regras e princípios, em decorrência de sua normatividade, devem ser formulados a partir de sua estrutura deontica, diferenciando-se quanto a sua estrutura lógica e às possibilidades de aplicação. Assim, as regras, por encontrarem-se circunscritas em pressupostos de fato, concretizam-se através da lógica da subsunção. Já os princípios, em razão da impossibilidade de pré-determinação dos fatos regulados, somente se concretizam após a realização de um procedimento prévio de determinação de seu alcance, processo no qual o seu sentido será estabelecido tendo em vista a resolução do problema para o qual se dirige.

A interpretação e o esforço para conferir eficácia jurídica direta e vinculante aos princípios, ganham maior proeminência ao serem utilizados para a elaboração de um sistema de direitos fundamentais, outra temática central para Teoria Constitucional. A concepção substancializadora da constituição, para além dos direitos de liberdade originariamente reconhecidos pelo constitucionalismo liberal, visa a tutelar, igualmente e sob alvedrio de diferentes institutos jurídicos, todo o leque de direitos positivados explícita e implicitamente no ordenamento jurídico-constitucional. Esses direitos são os resultantes das reivindicações das diferentes gerações de direitos humanos.

¹ Segundo José Ribas Vieira (1996: 36), *não precisaríamos aprofundar mais nossa análise para indicar que se depara, atualmente, diante de uma nova forma de “dizer” o direito. Este surge com toda a pujança não de uma estrutura codificada, mas sim de uma perspectiva, cada vez maior, de sentido jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, nesse quadro de valorização de papel do juiz que há um fortalecimento da força dos instrumentos interpretativos.*

² Expressão usada por Pérez-Luño (1999) e que será adotada aqui, querendo significar a importante mudança que vem ocorrendo na concretização do direito constitucional e que tende a aproximá-lo do sistema americano, pois, muito mais que mera interpretação —entendida no sentido de esclarecimento— as sentenças interpretativas *dizem o que diz a Constituição.*

Dessa forma, o sistema de direitos fundamentais com o qual se ocupam os constitucionalistas, em especial os representantes da teoria material da Constituição, constrói formulações teóricas acerca da eficácia jurídica e social dos direitos, da elaboração de garantias institucionais e de mecanismos processuais. Reivindicá-los perante o Estado e a sociedade demonstra a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos e liberdades constitucionais (visão substancialista dos direitos fundamentais) e a sua irrenunciabilidade, o que, segundo Häberle, confere aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva (institucional). A garantia/reivindicação dos direitos fundamentais acaba por transcender a esfera de liberalidade do indivíduo, uma vez que a sua salvaguarda interessa a toda a coletividade.

A existência de uma convivência conflituosa entre os diferentes direitos constitucionalmente reconhecidos e, ainda, entre os princípios que compõem o ordenamento jurídico, na teoria material da Constituição alberga-se no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Este último assumiu uma importância crucial na última década, embora sua origem se confunda com a idéia de separação dos poderes. Guerra Filho (1989: 71) esclarece que

a idéia subjacente de “proporcionalidade”, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade —que surgiu no direito administrativo— ao entrar no campo constitucional, vai suplantar uma série de questões tidas como essenciais no constitucionalismo clássico, e provocar uma verdadeira revolução copernicana. Desfalará a teoria da divisão dos poderes do controle meramente material e suplantará a idéia de controle da legalidade pelo controle da materialidade ou da constitucionalidade, concretizando definitivamente o constitucionalismo material. De fato, o objetivo fundamental desses mecanismos clássicos, tal como anteriormente fixado, consistia na proteção do indivíduo. Essa função começou a ser exercida pelo princípio da proporcionalidade ao vincular-se à proteção dos direitos fundamentais —no caso da coalizão de direitos— buscando delimitar a ação do Estado para garantir, assim, de modo eficiente, a liberdade.

Todos esses elementos concorrem para a construção da idéia de abertura constitucional e procedimentalização da constituição. Ganham maior força a partir do final da década de sessenta, num movimento que conduz à constitucionalização de mecanismos processuais que tinham como objetivo a materialização e, por conseguinte, a proteção dos direitos fundamentais. Aparece, assim, pela primeira vez na história constitucional, o reconhecimento de determinados institutos notadamente processuais na Constituição. Tal fato leva a uma aproximação entre Constituição e processo, o

qual passa a ser tratado como uma espécie de direito constitucional aplicado. Essa aproximação encerra dois sentidos distintos: o da necessidade de desenvolvimento das garantias institucionais e processuais na Constituição para lhe dar efetividade, e o da afirmação da Constituição como processo aberto às contingências sociais (Guerra Filho, 1989: 10).

Os pressupostos para a construção da noção de Constituição como processo foram lançados no constitucionalismo de Weimar —a partir da categoria de integração política de Smend, que exigia um processo de legitimidade sempre atualizado, a partir das possibilidades de realização social. Elaborou também a idéia da construção acerca da normatividade-normalidade de Heller, que exigia uma compreensão necessária da normatividade como oriunda e voltada para a normalidade. Essa guinada, contudo, foi decisivamente proporcionada por Hesse, que lançou as principais contribuições à formulação do conceito que será efetivamente individualizado e aprimorado, no final da década de setenta, por Häberle, para quem

A idéia de norma vinculada à produção estatal, de forma abstrata e generalizante é substituída pela concepção de que a normatividade veiculada pelas instituições é constituída pela esfera pública (por isso, a busca do bem comum) e é axiologicamente orientada (busca da justiça), e seu grau de legitimidade aumenta na proporção em que o teor da prescrição tenha se processado à luz das exigências do pluralismo, ou seja, tenha sido resultado de um processo de *livre* discussão no qual houvesse sido oportunizado o entrelaçamento de diferentes possibilidades e tivessem sido levados em conta os interesses em tela (*busca da verdade*) (Bastos Jr., 2001: 13).

A partir destes levantamentos pontuais, faz-se necessário levantar algumas reflexões. Como não poderia deixar de ser, a primeira questão que aparece é a manutenção da idéia —gerada ainda no pensamento contratualista— da necessária unidade e consenso sob o qual deve erguer-se uma Constituição, que será mantida em todos os momentos posteriores. Enquanto no contratualismo essa unidade era indispensável para a instituição do Estado, no positivismo kelseniano a noção de unidade representada pela norma era a fonte de manutenção, sustentação e legitimidade do sistema, e, no constitucionalismo material, notadamente mais aberto e democrático, esta necessidade de unidade permanece e adquire contornos bem mais difíceis de ser identificados, pois sustentam-se na noção de cultura, valores e direitos fundamentais como uma ordem homogênea necessária.

O único autor que se aproxima da percepção dessa armadilha do constitucionalismo material é Häberle. Mas, ainda que expresse seu desejo de romper com o contratualismo de Rousseau e estabelecer uma democracia de cidadãos, não atinge seu objetivo e acaba por formular uma teoria que reforça ainda mais o consenso. Bonavides (2001: 472) faz ver que *por mais que diga o contrário, o constitucionalista alemão não logra desfazer-se do filósofo do Contrato Social, e a sua “democracia de cidadãos” é uma recaída num conceito que o pensador, em busca de unidade, aperfeiçoara, ao descobrir a noção de povo como essência e expressão da célebre vontade geral.*

Com efeito, pode-se afirmar que a grande revolução no constitucionalismo começa a delinear-se a partir de Smend. Se tal transformação teve conseqüências positivas, há que se considerar que teve, também, efeitos perversos, porque o autor não rompe com uma noção importante, que está na base da Teoria Constitucional desde a sua concepção enquanto pensamento constitucional, que é a idéia de unidade —ou possibilidade de obtenção dessa unidade— que, se no liberalismo era representada pela noção de contrato, e na teoria formal da Constituição pela idéia de norma jurídica, na teoria material da Constituição o será pela noção aberta e indefinida da idéia de cultura, enquanto espaço livre da luta política.

Ocorre que esse novo papel que a jurisdição constitucional é chamada a exercer, não pode ser compreendido de forma isolada como uma transformação na realidade fenomênica da própria teoria constitucional, mas é resultado de um conjunto de elementos que transcendem o seu objeto específico (a Constituição e a sua operatividade). Exigem, continuamente, que seja repensado e redimensionado, inclusive no que diz respeito às suas funções intrínsecas. A indissociável relação entre Estado e Constituição já havia sido preconizada por Jellinek. Contudo, foi a partir de Smend e Heller que essa co-implicação passou a ser postulada como premissa necessária para a compreensão da dimensão jurídica do Estado e para a formulação acerca da natureza e função da Constituição. Evidenciou-se a interpenetração e a estreita vinculação existente entre a Constituição e a realidade circundante e, por sua vez, entre a teoria constitucional e a filosofia política.³

A nova hermenêutica desenvolvida a partir da década de 70 do século XX, portanto, encontrava-se em estreita consonância com o debate travado acerca da implementação do Estado social. Suas sucessivas correções e aprimoramentos teóricos acabaram por reproduzir, para o interior do debate constitucional, a crise do *Welfare State* e da ineficácia dos direitos fundamentais, além do debate, ainda mais atual, acerca da soberania estatal (nacional) frente à transferência da esfera de decisão do poder estatal para esferas autônomas intra e interestatais.

A questão, portanto, desloca-se da problematização acerca da função a ser atribuída à Teoria da Constituição, para a percepção dos fenômenos que se espelham na Constituição, e sobre que concepção de Estado pode ser formulada ante as profundas alterações face à dupla crise que vem atravessando: a crise da racionalidade e a da legitimidade. Esta crise decorre, segundo Goyard-Fabre (1999: 296), de um *choque entre imperativos de regulação inconciliáveis*, que exige um processo de contínua revisão dos seus próprios fundamentos, enquanto que a *crise de legitimidade*, por sua vez, põe em cheque a própria identidade do sistema, visto que *provém do fato de a opinião pública, abalada em suas próprias bases, já não dar sua adesão às regu-*

³ Foi essa vinculação que marcou o debate em torno da substancialização da Constituição e que contrapôs, em um primeiro momento, formalistas e materialistas.

lações que formalizam o direito constitucional e as leis positivas. A dificuldade para formar, no plano político, um *consenso relativo aos valores éticos, aos ideais políticos e mesmo aos interesses sociais* (Goyard-Fabre, 1999: 299), desestabiliza a teoria material da Constituição, posto que abala a concepção de unidade em torno da cultura, perspectiva epistemológica que marca o cerne da compreensão do sistema constitucional e da operatividade da Constituição e da realidade cultural circundante.

Nessa direção, a Teoria da Constituição necessita, então, ser redimensionada a fim de dar conta de diferentes desafios que se lhe apresentam, quais sejam: a) o problema do multiculturalismo em relação à função de unidade e integração da lei constitucional; b) o problema da criação de ordens jurídicas supranacionais autônomas e dotadas de precedência sobre o ordenamento jurídico interno; c) a progressiva ideologização das constituições e a ampliação de suas inúmeras promessas não-cumpridas; d) o problema da personalização do poder (legitimidade pessoal — e não constitucional — que no Brasil toma proporções alarmantes), concorrendo para uma constitucionalização aparente e a negação do Estado de direito; e) o problema da frustração e a perda da vontade de constituição que o mito da revolução através da lei, sem a efetiva inversão de prioridades políticas, pode desencadear.

Diante desse quadro, o próprio sentido da Constituição encontra-se seriamente ameaçado, posto que a Constituição se vê crescentemente incapacitada de regular as relações às quais se destina, deixando, inclusive, de ser reconhecida pelo Direito como fundamento de validade do ordenamento jurídico. O neoconstitucionalismo vê na atuação dos Tribunais Constitucionais o caminho para a superação das perplexidades apontadas, proclamando a suplantação de uma teoria constitucional doutrinária em favor de uma Teoria Constitucional notadamente pragmática, legitimada a partir de uma adequada ponderação entre interesses conflitantes postos em jogo perante a *praxis* da jurisdição constitucional. Acosta Sánchez (1998: 58) refere-se a esse fenômeno como

uma mutação de importância semelhante à que tiveram na história a aparição do Direito escrito, o direito positivo e o direito constitucional mesmo, e o decrescente papel do direito constitucional formal. O primeiro é material, por seu modo de criação, alheio às formas prescritas pela constituição, mas nasce do direito constitucional formal, é sua prolongação lógica.

Trata-se de um direito constitucional sustentado na idéia de *living constitution*, originária do constitucionalismo americano,⁴ concepção essa que reflete a aproximação crescente entre a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense e os Tribunais Constitucionais dos países da Europa continental (inclusive, do Brasil). Para Acosta Sanchez, pode-se recorrer ao funcionamento, estrutura e competência do poder judi-

⁴ A idéia de constituição vivente que perpassa a tradição constitucional norte-americana associada à teoria institucionalista de contornos franceses —Hauriou— havia sido parcialmente incorporada ao debate germânico a partir da concepção sociológica de constituição de Heller, redimensionada pela processualidade constitucional de Häberle (Bastos Jr., 2001: 52-64).

ciário americano, no que tange à interpretação da Constituição,⁵ por retratar uma experiência bem mais antiga e mais bem sucedida que a européia, posto que dotada de “certa racionalidade” —embora no sistema americano os limites da interpretação constitucional não sejam pacíficos.⁶

A formulação teórica de que se valem os neoconstitucionalistas resulta da observação do papel da Constituição e da Emenda XIV da construção jurisprudencial norte-americana e apresenta-se como aplicável à realidade européia ante a observação da atuação jurisdicional e garantística dos Tribunais Constitucionais europeus, dotados, em sua grande maioria, de Constituições formuladas ainda na primeira metade do século passado.

O direito constitucional americano, devido à dificuldade de modificação da Constituição —o chamado *amending power*— e do papel da Suprema Corte como produtora do direito, acabou por destituir de relevância o texto escrito no qual se encontra assentada a Constituição. Por isso mesmo, o direito constitucional há muito deixou de ser a interpretação da Constituição, posto que se tornava bastante difícil sustentar determinadas decisões, tomando-se como referência a Constituição escrita. Desta maneira, na América contemporânea, pode-se afirmar que *o direito constitucional é, praticamente, o produto do exercício do poder de revisão judicial das leis. Existe uma opinião compartilhada pelos membros da Suprema Corte e numerosos estudiosos sobre a essencial irrelevância da constituição para o direito constitucional* (Acosta Sánchez, 1998: 59).

Esse fato faz com que Acosta Sanchez se reporte ao direito constitucional como um *direito constitucional sem Constituição* que somente em alguma medida faz re-

⁵ Importa salientar uma significativa diferença entre as duas tradições constitucionais, consistente no fato de que a principal característica do sistema insular e, por herança, do sistema americano, é a sua abertura e a idéia de construção constante da Constituição. Isso faz, por exemplo, que a sua matriz positivista —representada por Hart— seja bem mais ampla e, portanto, bem mais apta a configurar a realidade do que a matriz positivista continental —representada por Kelsen.

⁶ Pelo contrário, o debate é marcado por uma diferença profunda entre interpretativistas e não interpretativistas, o que no fundo é um debate sobre divisão de poderes, regra da maioria e democracia. Os interpretativistas, que sustentam a *original understandig* ou *framers intent* e tentam reconstruir a obra dos *founding fathers* (que por sua vez deveria levar ao restabelecimento da regra da maioria como instância democrática), atribuem à Constituição o papel de limitar o poder político estatal, afirmam a superioridade do legislativo e atribuem a possibilidade de fiscalização pelo judiciário somente em casos excepcionais, ou seja, quando exista uma afronta clara à Constituição, cuja única função é procedimental, pois se constitui basicamente num instrumento do governo. O mais conhecido representante desta postura é John Hart Ely. Já os não interpretativistas (ou liberais), cujo discurso é dominante na atualidade, atribuem à Constituição um significado que vai além do texto. A Constituição se lhes apresenta como um projeto que deve valer-se de valores materiais tais como a liberdade, a igualdade e a justiça, sendo que interpretar a Constituição é sempre uma questão política que deve estar pautada por princípios morais, concretizados pelo juiz. O representante mais conhecido e que mais tem contribuído para oferecer a racionalidade teórica necessária nos liberais é Ronald Dworkin, cujas contribuições estudar-se-á a seguir. Antes, contudo, é necessário efetuar algumas considerações importantes.

ferência ao texto escrito, recorrendo a ele como mero expediente retórico, referindo-se à utilização da Emenda XIV como plataforma através da qual é postuladas a tábua de direitos fundamentais naquele país. Lucas Verdú (1994: 72-78), com bastante argúcia, questiona o perigo dessa concepção jurisprudencial, em face do irracionalismo que pode engendrar, uma vez que os argumentos levantados em favor da permanência da função integradora e cogente da constituição concorrem para o suicídio da liberdade, em face da inexistência de mecanismos que garantam a salvaguarda e o controle das decisões decorrentes dos *Tribunais constituintes*. Não obstante os diferentes matizes epistemológicos, já se lançavam, portanto, críticas desse jaez contra os desenvolvimentos da teoria material que propugnavam a interpretação aberta da constituição a partir da inserção de diferentes *topói*. Pérez-Luño (1991: 262) assinalava, então, que:

os aportes da tópica no plano da interpretação constitucional, não podem ser acolhidos sem reservas. Assim, quanto à idéia da concretização, se tem destacado o perigo que pode vir a dissolver a interpretação constitucional em uma casuística que comprometa a própria normatividade da Constituição.

Inclusive foi com o intuito de conferir *racionalidade* à metódica constitucional que Friedrich Müller formulou a sua *teoria estruturante do direito*. Pretender, portanto, recuperar a *normatividade perdida* através do esvaziamento de sentido material da Constituição e do reforço da necessidade de produzir consenso através do caráter prudencial das decisões das Cortes Constitucionais pode resultar na dissolução completa da própria função regulatória da Constituição.

Superar as crises por que atravessa a Teoria da Constituição, e, por conseguinte, o Direito e o Estado, nos termos assinalados por Dobrowolski (2000: 302-306), é algo que deve ser feito a partir do reconhecimento da imprescindibilidade do Estado e da própria Constituição.⁷ Deve-se, portanto, buscar elementos teóricos (e não negálos) para que as conseqüências nefastas que a *ineficácia social das normas constitucionais* geram possam ser superadas. Deve-se redimensionar o papel garantidor e limitador que a modernidade conferiu à Constituição, desde as teorizações do contratualismo até a formulação da teoria material da Constituição.

Lucas Verdú (1994: 103-108) vê no reconhecimento da função estimativa dos valores constitucionais, a pedra de toque nesse processo de refundação da Teoria Constitucional, por entender que somente através da consolidação de um *sentimento constitucional* é que se pode alcançar um enraizamento cultural dos valores constitucionais. E é esse enraizamento que representa a garantia objetiva mais efetiva contra o desvirtuamento constitucional.

⁷ Apesar de o autor valer-se de categorias diferenciadas concernentes à concepção de crise — concebidas a partir de uma tríplice dimensão: a crise de legalidade, do Estado social e da soberania — as conclusões a que chega só vêm reforçar as proposições esposadas neste trabalho.

A crise de racionalidade gerada pela tentativa de responder a questões práticas, utilizando um instrumental teórico que não está apto (em complexidade epistemológica) a fazê-lo, visto que os métodos foram deslocados do direito privado para o direito público, criaram uma grave crise de racionalidade que obrigou a revisão, incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas —como foi o caso da tópica—, tendo como força motriz a realização dos direitos fundamentais. Tentou-se, assim, responder à especificidade de um método voltado para o direito constitucional e que deve, ainda, conduzir à uma interpretação justa e, mais importante de tudo, fundamentar este resultado de forma racional e controlável. Esta é a real importância do método: o controle das decisões.⁸ A tópica, entretanto, não oferece a segurança que o sistema constitucional exige pois, tal como diz Bonavides (2001: 455), ela parece não impor limites à criatividade, produzindo exageros capazes de levar à impossibilidade teórica de oferecer segurança as decisões em seara constitucional.

Em que pesem, entretanto, os desafios epistemológicos enfrentados pela tópica, há em curso, sem dúvida, uma nova postura interpretativa que leva em consideração elementos importantes desprezados pelo constitucionalismo formalista. Aparecem, dessa forma, preocupações com a linguagem que dá ênfase à pragmática, conduzindo o direito constitucional a procurar uma teoria da linguagem ordinária, que *sempre procura uma forma de estabelecer um diálogo entre posições teóricas opostas, para chegar ao acordo possível entre elas, o que decorre de sua determinação fundamental em conciliar teoria e prática* (Guerra Filho, 1989: 43). A pragmática sempre foi a marca teórica dos sistemas constitucionais inglês e americano, conduzindo a uma postura bem mais aberta, a chamada textura aberta do direito, permeada pelo contexto no qual está inserida. E esse contexto seria o único limite à interpretação, trazendo para a discussão autores de matrizes epistemológicas diversas, como Hart.

Por outro lado, ainda que tenha recebido profundas críticas e destoe completamente de seus contemporâneos, o único que efetivamente denuncia o caráter totalitário do chamado “consenso democrático” —mas que já teve diversas denominações no constitucionalismo material (normalidade em Heller, valores anteriormente vividos em Smend, cultura em Hesse e Häberle e realidade circundante em Müller)— é Carl Schmitt. Diz Schmitt que o momento anterior, necessário à construção de uma Constituição ou, por assim dizer, de uma pré-compreensão necessária à interpretação constitucional, é uma decisão que é produzida por quem tem condições materiais de produzi-la naquele momento, ou seja, é sempre uma questão de poder, ou melhor, de quem tem condições de decidir no momento específico de exceção. Dessa forma,

⁸ Tal como já foi visto, para dominar o problema apareceram vários métodos, tais como o tópico concretizante, o hermenêutico, o científico espiritual, o estruturante, entre outros que, entretanto, permanecem num campo aberto à reflexão.

a idéia de legitimidade, recolocada no âmbito da razão prática, remete à contingência das “escolhas iniciais” que seu funcionamento supõe. A razão é sempre “razão decidida” e, como tal, sempre parcial, já que toma partido. Portanto, a legitimidade política tanto quanto o direito que estrutura o Estado encontram suas raízes nas “formas fundamentais do discurso racional que supomos em cada decisão” (Goyard-Fabre, 1999: 300).

Portanto, a Teoria da Constituição que se espera, deve revestir-se de elementos da filosofia constitucional, a fim de que, como destaca Canotilho (1999: 1246), exerça uma dupla função: teoria científica —*porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, idéias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional*— e teoria [filosofia] política, *porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica de sua força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional*.

A discussão acerca dos fundamentos e dos critérios de correção, como possibilidade de crítica e controle dos descaminhos da concretização constitucional, é veementemente ressaltada por Moraes (2000: 14) ao se questionar sobre o papel a ser desempenhado pela Constituição frente aos novos desafios da contemporaneidade.

Por que constituição se não para expressar estas preocupações e definir algumas *regras do jogo*, não para impedir que este se estabeleça e desenvolva, mas para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar, sabedores das circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato, não ficando à mercê de eventuais poderosos, ou mesmo de maiorias constituídas aleatoriamente com a utilização de instrumentos político-midiáticos.

Tem-se, assim, um campo aberto para pensar a Constituição e suas funções no Estado a partir de premissas distintas que partem de uma questão comum, ou seja: o que se tem até agora está teoricamente esgotado, é preciso ir além, é preciso procurar alternativas de respostas a essas demandas. Esse momento é retratado de forma bastante sugestiva por Lucas Verdú, para quem o direito político (que, na tradição espanhola, abrange a Teoria da Constituição) e a Constituição atravessam uma encruzilhada, que exige uma profunda redefinição conceitual do direito, questão retratada pela alegoria do renascimento de *Fênix (palingenesia)* que, ao encerrar seu ciclo existencial, desintegra-se em cinzas para, então, lançar-se renovada, sem contudo, ter desnaturalizada a sua essência. Por isso, o autor, em resposta ao questionamento inicial acerca do futuro do constitucionalismo, conclama pela *palingenesia iuris politici*.

Referências bibliográficas

- ACOSTA SÁNCHEZ, José, “Transformación de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de estudios políticos*, Madrid, Nueva Época, abril-junio 1998, n.º 100, p. 57-100.
- BASTOS JR., Luiz Magno Pinto, *Constituição como processo – categoria central da teoria constitucional de Peter Häberle*, dissertação de Mestrado, Centro de Pós-Graduação e Direito, 151 f., Florianópolis: UFSC, 2001.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1999.
- DOBROWOLSKI, Sílvio (org.), *A Constituição no mundo globalizado*, Florianópolis, Diploma Legal, 2000.
- GOYTARD-FABRE, Simone, *Os Princípios filosóficos do direito político moderno* (tradução Irene A. Paternot), Coleção Ensino Superior, São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição* (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes), Porto alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (traducción de Luis Tobio, edición y prólogo de Gerhart Niemeyer), 2ª edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, Sección de obras de Política y Derecho, 1998 (1934).
- LOIS, Cecília Caballero, *Uma Teoria da Constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls*, tese de Doutorado (Centro de Pós-Graduação e Direito), 376 f., Florianópolis, UFSC, 2001.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución en la encrucijada: palingenesia jus politici* (discurso de ingresso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de España), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1991.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución* (introducción de Francisco Ayala), reimp., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Serie C: Grandes Tratados Generales de Derecho Privado e Publico, vol. III, s/d..
- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985
- VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.