

# 1

## INTRODUÇÃO

### 1.1

#### Esclarecimento de ordem metodológica

Esta pesquisa alinha-se com outros estudos que investigam as Transformações Constitucionais e o Pensamento Constitucional Contemporâneo. Entre os objetos de reflexão desta linha de pesquisa está o estudo do constitucionalismo sob a perspectiva da dogmática jurídica, da teoria política, e da filosofia constitucional.

A teoria constitucional estrangeira, em perspectiva histórica, encontra-se polarizada entre o debate anglo-americano e o europeu-continental. Esclarece-se desde já que o recorte deste trabalho de pesquisa contempla apenas esta segunda matriz do pensamento constitucional, abordando especificamente o constitucionalismo alemão.

Inicialmente, a pesquisa pretendida envolvia a um aprofundamento do conhecido debate entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle. A partir das críticas formuladas pelo primeiro à teoria do segundo, tentar-se-ia, não só trabalhar as divergências entre estes autores, mas também tentar localizar um núcleo convergente, de aproximações.

Identificadas as eventuais aproximações encontradas nas visões de Hesse e Lassalle, seria possível contrapor-las às teorias construídas a partir de perspectivas mais contemporâneas. O objetivo do trabalho seria, então, identificar em que sentido as transformações do pensamento constitucional avançam, a partir desta comparação.

Ao iniciar as pesquisas, a primeira proposta mostrou-se esvaziada: diversas conclusões já haviam sido alcançadas, por muitos autores, a respeito do tema.

Contudo, à medida que as leituras iniciais conduziam a um aprofundamento dos temas problematizados pela linha de pesquisa escolhida, novas nuances do pensamento constitucional se revelavam. Uma teoria da constituição só é capaz de compreender a realidade se construída sobre categorias atualizadas.

O alemão Günter Frankenberg compreende isso claramente ao propor uma adaptação do programa clássico da teoria da constituição a uma gramática normativa complexa, capaz de compreender outros pontos de vista, não só na esfera das relações intersubjetivas, como na esfera transnacional. A premissa desta proposta inicial de Frankenberg é a releitura da trajetória constitucional, o que se buscou fazer, inicialmente agrupando toda a tradição constitucional europeia-continental.

No entanto, ante os diversos obstáculos metodológicos à constituição desta categoria, optou-se, então pela análise específica de autores, com ênfase na reabilitação do conflito, proposta pelo próprio Frankenberg, que tem origem no pensamento de Carl Schmitt.

Assim, tomou-se por objeto a janela de tempo que se inicia na República de Weimar e vai até os dias atuais, eventualmente omitindo períodos cuja produção acadêmica não tenha maior relevância para o objeto da pesquisa. O primeiro e segundo capítulos desta dissertação pretendem contribuir, inicialmente, com o delineamento da trajetória do pensamento constitucional dentro do espectro de análise e, após, com o detalhamento do pensamento de Carl Schmitt, a partir de seu conceito do político, de sua famosa obra de 1932.

Concluído este mapeamento, ter-se-á reunido subsídios para enfrentar a primeira hipótese: o debate constitucional da segunda metade do século XX abandonou uma visão de conflitos e o dinamismo político. Nesse ponto pretende-se investigar até que ponto o Direito do Estado e suas categorias políticas sucumbiram ante a preocupação com efetividade e normatividade no cenário da teoria constitucional.

Adiante, importa verificar se a visão limitada da constituição como ordenamento jurídico normativo fundamental restringiu as possibilidades do pensamento constitucional contemporâneo ou se, ao menos, a reabilitação do conflito pode ser um caminho para ampliá-las.<sup>1</sup> A segunda hipótese do presente trabalho é, justamente, a confirmação de que uma configuração contemporaneamente adequada da tríade Direito, Política e Constituição passa pela reabilitação do conflito.

Assim, será feita a análise dos impasses atuais confrontando-os com os limites diagnosticados pelo pensamento de Antonio Negri e de Günther Frankenberg. A segunda hipótese a ser investigada é a de que a reabilitação de categorias políticas – em especial do conflito – pode contribuir para o pensamento constitucional atual.

---

<sup>1</sup> Há aqui outra hipótese oculta, mas de ordem lógica: deve-se, a princípio, verificar se há de fato o enfrentamento de crise no pensamento constitucional contemporâneo. Somente confirmando este dado pode-se partir para a investigação de suas causas.

A confirmação das hipóteses sugeridas levará à verificação, já à guisa de conclusão, de que uma teoria constitucional contemporaneamente adequada depende de um novo arranjo entre sociedade e Constituição para melhor compreender seu objeto. Pretende-se, ao final, reunir elementos capazes de fundamentar uma proposta nesse sentido.

Por fim, é imprescindível o registro: embora a maior parte das ideias deste trabalho investigativo tenha sido originada em um ambiente jurídico e sociopolítico diferente, o intercâmbio destas reflexões e sua harmonização com o contexto brasileiro é, sem dúvida, de grande importância para o desenvolvimento do pensamento constitucional no Brasil.

Não se trata de mera importação de conceitos. Buscou-se identificar ideias dos autores trabalhados com verdadeiro alcance transnacional e que, portanto admitem serem transportadas para o contexto brasileiro sem perda de significado.

## 1.2

### **Apresentação do tema e considerações introdutórias**

“O conflito, para o escopo da teoria da Constituição, não deve ser primeiramente descoberto, mas reabilitado. O pensamento jurídico de ordem e unidade circula (...) em torno do ‘fetice da unanimidade’ e de mitos de concórdia coletiva assim

como ‘nação’, ‘povo’, ‘comunidade vital’ ou Estado ou um primado da paz social”<sup>2</sup>.

O debate constitucional sempre encontrou na Alemanha terreno fértil. Identifica-se em sua trajetória, se alinhada em relevo cronológico, três grandes momentos de ruptura, nos quais o pensamento constitucional viu-se obrigado a inovar, buscando compreender melhor seu objeto de estudo. São estes: o período da República de Weimar (período entre guerras), a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (Pós-45) e a atual crise do pensamento constitucional (última década do século XX e início do século XXI).

O debate constitucional no período *weimariano* teve como expoente o pensamento de Carl Schmitt. Buscou explicar o evento constitucional a partir de uma perspectiva decisionista, ao outorgar a soberania àquele que decide sobre o estado de exceção.

Assevera que a questão política ocupa papel central no debate constitucional.<sup>3</sup> A inserção do político e seu relacionamento com a matéria estatal assumiu diferentes contornos diante do avanço da teoria do Direito do Estado (*Staatsrecht*) e de um Direito “político”.

Trata-se, portanto, de impor revisão à ciência do direito público alemão que teve seus fundamentos metodológicos estabelecidos a partir da obra de Carl Friedrich Von Gerber, com a pureza da dogmática jurídica garantida pela lógica formal e pela exclusão dos elementos metajurídicos.

---

<sup>2</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 170

<sup>3</sup> Com este horizonte, o pensamento de Hermann Heller – para quem o debate constitucional depende da dialética entre a normalidade e a normatividade – busca conciliar, ou ao menos mediar, as diferentes concepções de Kelsen e Schmitt, com apoio naquilo em que elas possuem em comum: a aceitação do político (ou, nas palavras de Heller, a construção dialética da realidade estatal).

Em 1865, com o seu livro, *Grundzuge des deutschen Staatsrechts*, Gerber apresenta sua proposta metodológica de dar tratamento científico ao direito público, fundando-se na aplicação do método do direito privado ao direito público. O método exclusivamente jurídico exige a precisão de conceitos fundamentais para estruturar um sistema, excluindo os elementos não-jurídicos. A despolitização da análise do Estado alemão é o objetivo, contudo isto não significa que a sua concepção fosse apolítica.

Pouco tempo depois, Paul Laband aplicou de forma sistemática o método jurídico do direito público desenvolvido por Gerber ao sistema constitucional alemão. O característico de Laband é a radicalidade nova na aplicação do método jurídico; o direito público de Laband não tem a pretensão de ser apolítico, mas de despolitizar sua argumentação com o discurso da pureza metodológica.

Em suma, Gerber é positivista no método, utilizando-se de um sistema de conceitos e princípios gerais. Laband fundamenta sua teoria na validade absoluta de categorias formais, totalmente afastadas fins ou valores.

Foi a partir da crítica às posições pretensamente apolíticas e puramente jurídicas de Gerber e Laband<sup>4</sup> que Heinrich Triepel consagrou a equação *político* = *estatal*. A teoria de Triepel constituiu um passo intermediário nesta mudança, que somente se consolida com o pensamento de Carl Schmitt.

Em Schmitt o político desenvolve-se verdadeiramente: deixa de ser apenas o estatal, embora as noções permaneçam intimamente ligadas. Até mesmo a pretensão à pureza apolítica pode ser assumida como uma postura política.

---

<sup>4</sup> TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*. Madrid: Editorial Civitas SA, 1974.

O desenvolvimento máximo da teoria decisionista de Schmitt sobrelevou o Executivo ao patamar de poder central, retirando força dos demais. Defendia que o debate parlamentar é inadequado para momentos em que a própria existência da sociedade encontrar-se em risco, demandando uma decisão última, final, pelo Soberano.

“Carl Schmitt busca limitar o parlamento ao conceito liberal-constitucional de lei, contrapondo-se aos autores positivistas, definindo um conceito político de lei, em que inclui as medidas do poder executivo. O parlamento, para ele, deve se limitar às leis gerais, limitando a esfera de atuação parlamentar e garantindo a supremacia do executivo (...)”.<sup>5</sup>

Ao final da década de 1930, eclode a Segunda Guerra Mundial e com ela os horrores do nazismo. Ao fim da guerra, derrotada a Alemanha e, internamente, seu partido Nacional Socialista, é promulgada a Lei Fundamental de Bonn.

O debate constitucional ao final da primeira metade do século XX deixa de lado o dinamismo próprio do Direito do Estado, preocupado com a reconstrução da expressão normativa do pensamento constitucional. Uma alternativa ao *decisionismo* político era procurada; buscou-se verdadeiramente um marco zero que reposicionasse o debate constitucional em oposição diametral ao caminho que vinha sendo trilhado.

A fórmula encontrada por Werner Kägei foi o abandono completo das questões de forte conteúdo político, tais como a dicotomia entre Estado e sociedade, o problema da vontade, da participação da sociedade, da unidade e da soberania. Kägei promoveu dura crítica ao dinamismo resultante da abertura do cenário constitucional para temas políticos, alertando para uma crise do

---

<sup>5</sup> BERCOVICI, Gilberto – *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo* – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 304.

pensamento jurídico e para o fenômeno que definiu como desmontagem constitucional.<sup>6</sup>

Em pouco tempo o Direito do Estado deu lugar a questões normativas de Direito Constitucional, alijando o político de um cenário que passou a se ocupar exclusivamente das questões de eficácia (social, ou efetividade) e normativização. Foi a vitória da vontade normativa (*wille zur norm*) sobre a vontade do poder (*wille zur macht*).

Contemporaneamente faz-se o diagnóstico da crise do pensamento constitucional e dos impasses do atual caminho trilhado pelos atores envolvidos no debate constitucional. O italiano Antonio Negri afirma que a Teoria (do Direito) Constitucional se coloca de forma limitada ao não enxergar a continuidade no processo constituinte, enquanto o alemão Günter Frankenberg decreta o esgotamento da fórmula do pós-45 que, a partir de um exorcismo, pretendeu banir do pensamento constitucional o fator subjetivo da política e da vida social.<sup>7</sup>

“Com alguns resíduos do positivismo jurídico-político e outros das teorias do Estado e da Constituição da época da república de Weimar resulta impossível fundamentar uma teoria da Constituição em condições de sustentar o edifício teórico dos diferentes institutos constitucionais; menos ainda porque vários pressupostos históricos da antiga teoria do Direito Político hoje estão desaparecidos, tornando-se necessária a compreensão e elaboração teóricas de uma problemática nova.”<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson. 2005. p. 55

<sup>7</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 146.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74.



Diante do panorama traçado se põe a incômoda pergunta: qual a saída para os impasses da teoria constitucional contemporânea? Como reconfigurar as relações entre Direito, Política e Constituição no atual momento da Teoria Constitucional?