

A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DURANTE O PERÍODO DE ENTREGUERRAS

THE DEFENSE OF THE CONSTITUTION DURING THE INTERWAR PERIOD

*José Francisco Siqueira Neto*¹
Mackenzie/SP

*Daniel Francisco Nagao Menezes*²
Mackenzie/SP

Resumo

A defesa da Constituição é, a rigor, uma categoria doutrinária surgida após a Primeira Guerra Mundial, que propõe um modo particular de proteger da Constituição e a democracia, desconhecida até então. A defesa da Constituição é concebida como uma norma que exerce a função de declarar ilícitos os fins contrários à ordem material em que as normas jurídico-positivas se apoiam, mesmo quando os procedimentos utilizados em seu processo são democráticos. Este trabalho tem como objetivo analisar criticamente os pressupostos teóricos da defesa da Constituição, a fim de julgar sua adequação para proceder à proteção da Constituição e da democracia.

Palavras-chave

Teoria da Constituição. Princípio democrático. Defesa da Constituição.

¹ Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (1982), Mestrado (PUC/SP) e Doutorado em Direito (USP). Advogado (Siqueira Neto Advogados Associados), Professor Titular do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico (1999-), Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo (2013-2016).

² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil.

Abstract

The concept of Defence of the Constitution arose as an scholar doctrine in the aftermath of the First World War. Strictly speaking, this concept involves a particular approach, previously unknown, to the protection of the Constitution and the democratic system. The core of this concept is conceived as a rule which role may be functionally summarized as follows: to deem illegal those aims contrary to the material order upon which rest the positive rules of law, even though the democratic character of the proceedings chosen for the consecution of those aims. In the light of the above, this paper will trace a critical analysis of the theoretical basis of the concept in order to arrive to a judgment on its appropriateness for the protection of the Constitution and the democratic system.

Keywords

Constitutional theory. Democracy. Defense of the Constitution

INTRODUÇÃO

Possivelmente, uma das construções dogmáticas mais relevantes implantadas na ciência do Direito Constitucional é a defesa da Constituição, originalmente concebida durante o período entre guerras sob a construção da Constituição de Weimar de 1919, demonstrando sua relevância no desenvolvimento de estados contemporâneos, em que a proteção da Constituição é cada vez mais exigida diante dos crescentes movimentos sociais voltados para a desestruturação do Estado e da Constituição. Assim, a defesa da Constituição aparece, acima de tudo, como um problema acadêmico de primeira ordem na medida em que, no contexto de eventos sociopolíticos muito específicos, a controvérsia - ainda hoje válida - reviveu sobre o papel do Estado, Constituição e democracia, como elementos centrais da moderna ciência do Direito Constitucional.

A defesa da Constituição dá um toque de Copérnico ao conceito de que esses elementos tinham atribuído as doutrinas do positivismo jurídico e do positivismo normativista que havia comandado o tratamento de direito constitucional desde o final do século XIX ao início do século XX, oferecendo um instrumento

tutelar da Constituição até então desconhecido³. O presente texto pretende apenas analisar de maneira crítica essa nova maneira de enfrentar a defesa do Estado, da Constituição e da democracia - assumida principalmente pela doutrina e pela democracia⁴ propondo um ponto de partida para o debate científico.

1. DEFESA DA CONSTITUIÇÃO E FORMA DE ESTADO

1.1 Objeto e função da defesa da Constituição. O conceito amplo e restrito da defesa da Constituição.

Com o conceito de defesa da Constituição, em seu sentido mais amplo - aquele que à primeira vista poderia ser deduzido a partir de sua própria expressão - é feita referência a uma norma ou a um conjunto de normas - tanto constitucionais como não - que têm como função responder à violação da Constituição, procurando assegurar sua efetividade como regra suprema da ordem jurídica. O que define esse conceito de defesa da Constituição é o seu propósito, composto pelo conjunto de regras consubstanciadas na Constituição, e sua função, visando suprimir atividades que os infringem. Este modo de entender a defesa da Constituição é atender realmente um conceito teórico, exigência inevitável da Constituição como ordenamento padrão compartilhado por toda a

³ Esses diferentes modelos sobre a maneira particular de conceber a defesa do Estado, a Constituição e a democracia, bem como a controvérsia doutrinária levantada a esse respeito, estão incluídos em diferentes estudos clássicos de consulta essencial. A partir de uma concepção positivista desses elementos, ver a obra de Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, publicada pela primeira vez em 1920. Antes deste estudo, desenvolve-se a clássica doutrina da defesa da Constituição desenvolvida sob a vigência da Constituição de Weimar de 1919; ver a este respeito as obras de Carl Schmitt.

⁴ Na verdade, o conceito de defesa da Constituição, que está no fundo da construção da democracia militante, lealdade federais e lealdade interorgânica, desde a aprovação da Lei Fundamental e Bonn de 1949, têm desempenhado um papel decisivo no contexto dos princípios democráticos, federais e legais.

doutrina constitucional, só se justificando se a infração for antijurídica⁵, retirando a “legalidade” da norma jurídica contrária à Constituição⁶. Segundo este entendimento, pode-se afirmar que o conceito (amplo) de defesa da Constituição é apresentado para a ciência do Direito Constitucional como uma categoria atemporal, uma vez que em qualquer sistema legal, ou seja, em qualquer ordem normativa é possível identificar padrões de manutenção material da Constituição.

Assim, tanto nos sistemas jurídicos pré-estatais - construídos a partir dos ordenamentos da lei natural -, como nos sistemas jurídicos estatais (nacionais), desenvolvidos a partir do século XVI, que são definidos por um processo gradual de positividade, sendo possível identificar regras de natureza constitucional, cuja eficácia é garantida através de certos institutos destinados a responder à sua infração⁷. No entanto, o conceito (amplo) de defesa da Constituição é expressamente definido como tal nos documentos constitucionais liberais do século XIX, servindo como denominação de Títulos nos quais os padrões foram coletados visando preservar a eficácia das normas constitucionais.

⁵ PARDO, Ignacio Otto y. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987, pág. 18.

⁶ Foi o que aconteceu em certas fases da história constitucional em que a Constituição foi concebida como um simples documento político e não como verdadeira norma legal (PACE, Alessandro; VARELA Suances, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid: ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 92).

⁷ No caso dos sistemas jurídicos pré-estatais, as provisões constitucionais materiais eram garantidas por normas de direito natural ou religioso, por exemplo, que, segundo algumas teorias, permitiam ao papa depor os monarcas ou autorizar o tiranicídio nos casos em que o príncipe separava seu governo do bem comum (GIERKE, Otto von. *Teorías políticas de la Edad Media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 84). Pelo contrário, nos sistemas jurídicos estatais, juridificados, corporificados, em normas de direito positivo, como as exigidas para fazer um juramento de respeitar a Constituição, que regulava os crimes de alta traição contra o Estado ou que desenhavam os mecanismos judiciais destinado a fazer cumprir a Constituição.

No entanto, não foi esse conceito de defesa da Constituição que vem sendo utilizado, pela antonomásia, no campo da ciência do Direito Constitucional. Em seu sentido mais estrito, a categoria de defesa da Constituição refere-se a uma norma ou a um conjunto de normas cuja função é declarar ilegais opções políticas contrárias aos princípios constitucionais básicos, embora os procedimentos utilizados em sua busca sejam corretos. Esse conceito de defesa da Constituição é construído, conseqüentemente, com base em uma distinção entre a ação e o fim ao qual ela serve, onde se consubstancia a inconstitucionalidade. São precisamente as normas que se destinam a estruturar a maneira pela qual as normas são criadas nos níveis mais elevados do ordenamento, é que são chamadas para exercer de maneira especial a função materialidade constitucional. Por esta razão, fornecer eficiência a esses padrões é garantir a eficácia da Constituição como um todo⁸.

Esse conceito restrito de defesa da Constituição, que é o resultado de uma construção exclusivamente doutrinária desenvolvida durante o período entre guerras, só foi assumida pelos textos constitucionais após a Segunda Guerra Mundial, mais notavelmente na Lei de Bonn, de 1949, em resposta a episódios de radicalismo que caracterizam o partido nazista durante a vigência da Constituição de Weimar de 1919⁹, declarando partidos políticos inconstitucionais mesmo observando os procedimentos democráticos estabelecidos, suprimindo a ordem democrática liberal (Artigo 21.2)¹⁰.

⁸ Será necessário analisar, portanto, o por quê a eficácia da Constituição como um todo deve ser garantida pela defesa de seus princípios estruturais.

⁹ Como você pode ver, há uma dissonância cronológica entre o surgimento do conceito, puramente doutrinário, e sua expressão nos textos constitucionais.

¹⁰ Entretanto, ao lado dessa norma, a Lei Fundamental de Bonn inclui um instrumento completo de normas de defesa da Constituição, como a do art. 9.2 que proíbe associações contrárias à ordem constitucional ou que no art. 18, declara a perda dos direitos fundamentais quando são usados para minar a ordem democrática liberal. Essa função ilegalizadora de certas opções políticas também é realizada por outras normas constitucionais mais recentes, como o art. 1.3 da

Como pode ser deduzido inicialmente a partir do que já foi afirmado, a defesa da Constituição é justificada a partir de uma perspectiva política dogmática, no âmbito de um processo de participação daqueles que estão submetidos ao ordenamento jurídico na formação da vontade do Estado em um regime de liberdade. Quando este ordenamento teórico é cumprido, o exercício da função de defender a Constituição assume um significado real, excluindo as opções políticas contrárias aos princípios estruturais do processo de formação da vontade do Estado. No caso de não participação do Estado no regime de liberdade, o que aconteceu durante longos períodos na história do Estado moderno, não se pode construir de forma coerente a necessidade de tornar inconstitucionais opções políticas incompatíveis com os princípios estruturais da Constituição. Nesse tipo de ordenamento só há espaço para uma concepção ampla da defesa da Constituição, que aparece como exigência teórico-normativa vinculada ao conceito de Constituição como norma.

No entanto, embora a existência de uma ordem constitucional seja apresentada, como se viu, como uma condição *sine qua non* para que haja uma defesa da Constituição, no sentido que se tem hoje, ela não é em absoluto, um *condictio per quam* dele. E isso porque a função normativa da defesa da Constituição possuiu uma justificação real sob duas premissas que só se propagam na Europa durante o período entre guerras: o princípio democrático e, a maneira de conceber a Constituição¹¹.

Verbotsgesetz austríaca, que proíbe qualquer manifestação em favor do Partido Nacional Socialista e seus propósitos, a XII disposição transitória da Constituição italiana - proibindo qualquer reorganização do partido fascista ou, o art. 46 da Constituição portuguesa - que proíbe associações que adotam ideologia fascista.

¹¹ Portanto, o conceito restrito de defesa da Constituição não pode mais ser visto como uma categoria atemporal da ciência do Direito Constitucional, mas como consequência exclusivamente ligada àqueles sistemas surgidos após a Primeira Guerra Mundial. No entanto, deve reconhecer-se que, excepcionalmente, em certos sistemas do século XIX, como na Constituição alemã de 1871, veio a se

1.2 Forma de Estado e defesa da Constituição. O princípio democrático como ordenamento teórico da norma de defesa da Constituição.

Um dos elementos estruturais inerentes ao processo de produção do Estado liberal regulamentar século XIX foi permitir que o sujeito contribuísse para a formação da vontade do Estado, mas condicionado a sua participação nas capacidades econômicas. Assim, pretendia-se garantir a efetividade dos princípios estruturais da Constituição, permitindo que somente aqueles que compartilhassem os orçamentos do Estado liberal pudessem contribuir para a formação da vontade da ordem. Isto é o que nos permite explicar porque não foi considerado necessário proteger diretamente a eficácia dos princípios estruturais, sendo suficiente garantir a eficácia das outras normas constitucionais - como a que regulava o sufrágio censitário - que serviam para proteger de uma forma indireta, a efetividade de tais princípios, excluindo dos procedimentos de formação da vontade do Estado qualquer opção política contrária à ordem liberal.

Tais opções foram proscritas preventivamente no nível procedimental, o que significa que elas só poderiam ser obtidas fora dos canais constitucionais, isto é, em violação das normas da Constituição. Isso é o que explica o fato de que as Constituições liberais do século XIX entenderem que a defesa da Constituição era garantida pela mera observância da Constituição, estabelecendo em seu objeto a totalidade de suas normas.

A função normativa da defesa da Constituição só pode ser plenamente explicada no quadro de uma forma de Estado democrático, que estrutura os processos de produção do sistema jurídico de acordo com uma participação na formação da vontade

espalhar algumas consequências muito semelhantes às atualmente pregadas na categoria de Defesa constitucional. Isso será discutido mais adiante.

do Estado com base em aos princípios da liberdade e da igualdade. De fato, é este princípio de igualdade que dá verdadeiro sentido à defesa da Constituição, na medida em que através dela é possível projetar legalmente a formação da vontade normativa do Estado, em princípio, qualquer opção política, independentemente do seu conteúdo.

O princípio democrático permitirá que os princípios estruturais estejam disponíveis para aqueles sujeitos ao ordenamento jurídico, mesmo antes daqueles que propõem a sua substituição por opções políticas incompatíveis com aqueles. É, então, neste momento - começando a partir da Primeira Guerra Mundial. - que os mecanismos de defesa da Constituição passam a declarar opções políticas inconstitucionais, embora os procedimentos utilizados em sua acusação sejam democráticos. Como se pode ver, o princípio democrático permite satisfazer o ordenamento no qual se constrói a própria ideia de defender a Constituição, distinguindo entre a ação e a finalidade a que serve, negada por uma forma estatal liberal e, em geral, por qualquer forma de Estado que seja construída a partir do princípio da desigualdade de opções políticas.

2. A TEORIA DO “DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO” COMO CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA LIGADA A UM CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO MATERIAL

Como vimos, o primeiro dos pressupostos teórico-normativos a partir dos quais a função normativa de defender a Constituição pode ser adequadamente explicada é o princípio democrático. No entanto, este princípio não é suficiente em si mesmo para compreender plenamente a função que a categoria de defesa da Constituição procura desempenhar. Isso só adquire um verdadeiro sentido, também, no marco da concepção material da Constituição que se difunde na Europa após a Primeira Guerra Mundial em reação ao modelo formal que presidiu à análise do Direito Constitucional no final do século XIX e início do século XX.

Com base nesse pressuposto metodológico, a defesa da Constituição será concebida como uma norma a serviço da eficácia de um conjunto de princípios metapositivos subjacentes ao texto constitucional, isto é, ao que a doutrina material concebe como a verdadeira “Constituição”. No entanto, como se verá ao longo desta seção, essa forma de entender materialmente a defesa da Constituição apresenta importantes problemas teórico-normativos com a função que pretende executar, o que torna necessário questionar a adequação dessa categoria para defender a Constituição e a democracia.

2.1 A função da defesa da Constituição e a negação do princípio democrático.

A teoria clássica da “defesa da Constituição” vem originalmente como um material de construção desenvolvidos pela doutrina decisionista sob a Constituição de Weimar de 1919. Esta parte doutrina parte da interpretação da distinção entre a lei constitucional, constituída pelo conjunto das normas positivas do texto constitucional, e da Constituição, como expressão de uma decisão política do povo - titular do poder constituinte - sobre o caminho concreto de sua existência política.

Como você pode ver, essa pressuposição - assumida de maneiras diferentes pela totalidade das teorias materiais disseminadas durante o período entre guerras - leva diretamente a uma distinção teórica entre o que é a defesa de normas legais positivas (deveria ser), e a própria defesa da Constituição, entendida como a tutela de uma decisão política metapositiva cuja validade reside, como enfatizava a doutrina decisionista, em sua própria existência como realidade política, isto é, em ser¹². Portanto, a função de defe-

¹² Esse contraste entre a tutela do dever de ser e o ser é aquilo que está em segundo plano da distinção doutrinária relativamente moderna e genericamente difundida hoje no Direito Constitucional, entre a defesa do Estado-Staatsschutz - e a defesa do Estado-Constitution-Verfassungsschutz--

sa da Constituição parece estar associada, pela antonomásia, à defesa do ser e não do dever de ser legal positivo¹³.

Esta função da defesa da Constituição foi identificada pelo decisionista dogmático nas regras da Constituição de Weimar, muito especificamente, em seu art. 48, que atribuiu ao Presidente da República determinados poderes destinados a garantir a “ordem pública e a segurança”, cujo conteúdo foi identificado com a decisão política fundamental do povo alemão subjacente ao documento constitucional¹⁴.

Foi precisamente a natureza metapositiva deste objeto de defesa - refletido para a teoria aqui analisada nas próprias disposições da Constituição de Weimar (Artigos 1.1 e 2), que explica por que a doutrina decisionista apresentou precisamente o presidente do Reich como verdadeiro “defensor da Constituição”, distinguindo-o dos demais órgãos do Estado aos quais o texto constitucional atribuía, em sua opinião, funções destinadas a tutelar a eficácia das normas jurídico-positivas da lei constitucional de 1919, particularmente daqueles que exercem a função jurisdicional. Estes últimos, do ponto de vista da dogmática decisionista, não poderiam

¹³ Este dualismo entre a defesa da Constituição e a defesa do Estado é possível identificar também em outras categorias, como a contraposição doutrinária entre as categorias de lealdade e submissão, difundida principalmente na doutrina italiana desde a segunda metade do século XX, e que visa expressar um elo diferente com as normas metapositivas e as provisões legal-positivo (LOMBARDI, GIORGIO. *Contributto allo studio dei doveri costituzionali*. Milão: Giuffrè, 1967, pág. 147 e CARBONE, Carmello. *Carbone. I doveri pubblici nella Costituzione*. Milão: Giuffrè, 1968, pág. 243).

¹⁴ Os poderes do defensor da Constituição destinados a defender a Constituição consistiam na suspensão de direitos fundamentais específicos (previstos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 do texto constitucional de 1919) e, além disso, na adoção de “todas as medidas necessárias” para o restabelecimento da eficácia da decisão política fundamental do Povo alemão, o que foi entendido como a positivação de uma verdadeira potência soberana destinada operar no “estado de exceção”.

ser concebidos como verdadeiros defensores da Constituição, mas, no máximo, defensores da lei constitucional¹⁵.

É nesse dualismo a defesa da Constituição - defesa da lei constitucional - que se explica uma das principais consequências teóricas da clássica doutrina do defensor da Constituição: a distinção entre os inimigos da Constituição - isto é, entre os que se opõem ao conteúdo da decisão política metapositiva e, os meros infratores das normas positivas do documento constitucional, uma distinção que, como se ver, será responsável por um dos principais problemas que afligem a doutrina do defesa da Constituição.

A compreensão adequada da distinção entre inimigos e infratores pela teoria do defensor da Constituição deve necessariamente ter lugar dentro do contexto político que inspirou o surgimento da doutrina do defensor da Constituição. Isto é particularmente relevante no campo da teoria material de constituição, cujo pressuposto metodológico é precisamente erigir como ponto de partida o *ser*, isto é, a realidade, para a interpretação do que *deve ser* jus positivo. Isso é o que faz com que esta interpretação deve ser qualificada, na maioria das ocasiões, como uma interpretação tópica orientada para a solução de problema. Bem, para a teoria do defensor da Constituição, os maiores inimigos da Constituição foram o

¹⁵ Esse é o papel que a teoria do decisionista atribuiu ao Tribunal Constitucional do Reich ao qual se negou a possibilidade de se tornar um verdadeiro defensor da Constituição quando conheceu exclusivamente sujeita às normas positivas do direito constitucional. Foi precisamente essa afirmação que levaria a resposta clássica oferecida pela teoria do positivismo normativista à doutrina material que aqui é examinada sobre quem deve ser o verdadeiro defensor da Constituição de Weimar 1919. A doutrina, que começou a partir da identificação da Constituição com um estado de direito positivo, entendeu que o conceito de defesa da Constituição só poderia ser compressível como uma resposta à violação das normas positivas do texto constitucional. Portanto, a doutrina do positivismo normativista entendeu que o verdadeiro defensor da Constituição de Weimar não poderia ser qualquer outro órgão que não o Tribunal Constitucional do Reich, ao realizar a função de resolver, de acordo com normas positivas, em última análise, as possíveis contradições da Constituição.

parlamentarismo e o modelo processual de democracia vez que, legitimados durante o período de Weimar com a existência de muitos partidos políticos e interesses conflitantes, o que impediu a adoção de fato das decisões indispensáveis para a execução da decisão política do povo.

É o que explica a teoria clássica do defensor da Constituição, tão importante quanto os poderes atribuídos pela art. 48 da Constituição de Weimar para o Presidente do Reich, fora o poder de dissolução do Parlamento atribuída ao mesmo órgão pelo art. 25 do texto constitucional. A dissolução e a subsequente convocação das eleições apresentavam o Reichspräsident como o verdadeiro defensor da “Constituição”, remetendo o povo à decisão sobre a nova composição parlamentar, mais ajustada ao conteúdo de suas próprias decisões políticas fundamentais¹⁶. Precisamente uma das características definidoras da doutrina do defensor da Constituição era precisamente o seu elo exclusivo com a decisão política do povo, sem submissão a qualquer norma legal positiva.

Como pode ser visto, o defensor da Constituição aparece como árbitro ou, como se afirma a partir da teoria acima, como “poder neutro” destinado a garantir, supostamente, a adequação democrática entre o conteúdo da vontade do Estado e da vontade dos submetidos às suas normas. Essa interpretação do art. 25 da Constituição como uma norma a serviço da eficácia de determinadas matérias subjacentes ao texto constitucional de 1919 foi compartilhada por outras doutrinas materiais, também se espalhando no período entre guerras, como a doutrina da integração, que concebeu a faculdade de dissolução do parlamento destinada a criar a “unidade de sentido” metapositivo do povo alemão. Mas é preci-

¹⁶ A teoria decisionista tentou justificar a existência de uma nova decisão política, de um conteúdo contrário ao que se refletiu no texto da Constituição de Weimar de 1919 a favor liberdade e democracia, a legitimidade do advento do regime nacional-socialista. Essa mudança teria se manifestado através do pronunciamento das pessoas através das eleições de 1932.

samente na teorização implantada pela doutrina decisionista sobre o poder de dissolução parlamentar que se destaca a primeira das questões teóricas e políticas que incorre na doutrina clássica do defensor da Constituição.

Como tivemos a oportunidade de analisar anteriormente, a norma de defesa da Constituição adquire real significado no âmbito do princípio democrático, que funciona como um dos pressupostos teóricos e normativos para a sua função a desempenhar. E, pelo menos à primeira vista, este pressuposto está no fundo da construção clássica do defensor da Constituição. Com efeito, a defesa da Constituição aparece como uma norma destinada a proporcionar efetividade a um conjunto de propósitos, princípios e valores acordados pelo povo, que se apresentam como detentores do poder constituinte¹⁷.

O problema que incorre na doutrina do defensor da Constituição é que em nome de tais valores acaba impedindo a disseminação de quaisquer outros que sejam contrários ao seu conteúdo; consequência que emerge claramente de sua pretensão clássica de que a essência de qualquer democracia é a defesa do homogêneo e a destruição do heterogêneo. Nisto é possível apreciar como a defesa da Constituição aparece, na realidade, como norma destinado a garantir que o conteúdo da maioria, tentando suprimir a minoria, seja um elemento inspirador do pluralismo, sem o qual não é próprio falar em democracia. A minoria e o pluralismo aparecem, conseqüentemente, na perspectiva decisionista, como uma ameaça contra a decisão política do povo.

Aqueles que incorporam esses valores, inerentes à democracia, adquirem a consideração de inimigos da Constituição, tornando-se assim uma área subjetiva da suposição de fato da defe-

¹⁷ Com efeito, o elemento democratizante da teoria material da Constituição procura ser introduzido através da teoria do poder constituinte, uma das exigências é que a Constituição seja democraticamente elaborado pelo povo.

sa da Constituição. Isso está registrado na interpretação que foi feita do poder de dissolução parlamentar que o art. 25 da Constituição de Weimar de 1919 atribuída ao Presidente do Reich, que foi concebido para responder à incapacidade do Parlamento para tomar decisões destinadas a implementar a Constituição.

Aqui podemos ver como a função legislativa é estritamente concebida como uma execução da Constituição, sem que o legislador receba qualquer faculdade para desenvolver diferentes programas dentro de uma estrutura constitucional¹⁸, uma consequência inescapável à qual o conceito de Constituição democrática conduz. Por conseguinte, e em virtude de tudo o que precede, a teoria clássica do defensor da Constituição, erradicando o pluralismo, acaba por suprimir a democracia, como pressuposto teórico indispensável para que a função de defender a Constituição adquira um sentido real¹⁹.

¹⁸ É precisamente por isso que Schmitt elogiou a concentração de poderes estatais em Adolf Hitler, que seria realizado pelo Ermächtigungsgesetz de 1935, uma que vez, em 1934, morto Hindenburg, adicionou à sua condição de Chanceler, o de Presidente da República. Na opinião de Schmitt, um verdadeiro defensor da Constituição, deve, ao mesmo tempo, ser um legislador e juiz, a fim de executar fielmente a decisão política do povo. Esta execução da decisão do povo é distorcida onde a tomada de decisão é democratizada, isto é, é pluralizada, a qual conduz o parlamentarismo. Por esta razão, Schmitt concebeu o Führer como um verdadeiro defensor Constituição, garantindo a sua execução a partir da concentração de todos os poderes estatais.

¹⁹ Mas o parlamentarismo não era o único inimigo da Constituição e da decisão política fundamental, mas era qualquer tipo de expressão do pluralismo, como era o princípio que permitiu uma pluralidade de sistemas jurídicos parciais integrados em um Estado soberano.

2.2 A aparente definição ju-positiva do objeto e a confusão teórica entre defesa da Constituição e defesa do Estado

A doutrina clássica de defesa da Constituição destina a ser construída, tanto no que diz respeito a sua função - ilegализadora de certas opções políticas -, e seu objeto, isto é, as decisões políticas fundamentais que são atribuídos um alcance metapositivo das normas do texto constitucional²⁰. Este aspecto pretende tornar-se outro dos elementos identificadores da categoria de defesa da Constituição, que tenta se apresentar como um resultado inextricavelmente ligado à Constituição de Weimar de 1919 e à sua concepção dogmática particular, supostamente determinado por sua pretensão de autoconceito como a incorporação jus-positiva de certos assuntos para os quais ela mesma reconheceu uma natureza metapositiva.

Esta autocompreensão material da Constituição de Weimar tentou ser apoiada pela teoria dos decisionistas nas partes 1.1 e 2 da Constituição de Weimar, que incorporou os princípios estruturais do estado federal. Foi a maior relevância (política) de tais normas - frente às demais previstas no texto constitucional - a que justificaria que fossem reputadas como a positivação das decisões políticas fundamentais do povo alemão, dotando-as de uma posição hierarquicamente superior às normas positivas²¹.

²⁰ Esta concepção jurídica supostamente positiva da defesa da Constituição constitui uma das premissas fundamentais da categoria de democracia militante. Tanto na doutrina como na jurisprudência, a constante tem sido tentar deduzir das disposições do texto constitucional um princípio geral destinado a dar eficácia ao princípio democrático, neste procedimento.

²¹ Nestes mesmos termos, tem se pronunciado o Tribunal Constitucional Federal alemão, sustentando que “o conteúdo do Constituição é deduzido de certos princípios constitucionais e decisões fundamentais para aqueles que as prescrições constitucionais particulares são infraordenadas”(BVerfGE. 1, 14 (32)).

Deste modo, seria a própria vontade constitucional que criaria a distinção entre a Constituição e a lei constitucional, entre ser e dever ser. Este dualismo operado entre as normas positivas e certas matérias que assumem um alcance metapositivo é o que explica o fato da doutrina decisionista identificar a função da defesa da Constituição naquelas declarações do texto constitucional que tinham como função proteger a eficácia de certos conceitos (ordem, Constituição) que evocava uma submissão a determinadas matérias supostamente não coincidentes com as regras do texto constitucional.

Por esse motivo, o art. 48 - que consagrou a função de proteger a ordem e a segurança pública -, o art. 127 - que contém o dever de jurar a Constituição foram considerados pela teoria do decisionismo como a personificação da defesa da Constituição. Este argumento é seguido pela chamada teoria da dupla submissão, desenvolvida com a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e que, constitui uma das derivações atuais mais óbvias da teoria clássica da defesa da Constituição²².

A teoria da dupla submissão também procura apoiar nas disposições jus-positivas a existência de um dever de sujeição às disposições do documento constitucional e um dever de lealdade aos assuntos localizados acima do texto constitucional²³.

²² Este mesmo procedimento metodológico consiste em apoiar a função positiva protetora da eficácia de uma Constituição metapositiva também pode ser identificada na clássica doutrina das “normas constitucionais inconstitucionais”, que se constitui no contexto da Lei Fundamental de Bonn de 1949, a primeira incorporação da teoria clássica do defensor de Constituição. A presente doutrina identifica no texto constitucional certas normas que têm um alcance metapositivo

²³ E assim, por exemplo, da afirmação de arte. 61 da Lei Básica de Bonn, em que afirma que o Bundestag ou o Bundesrat podem acusar o Presidente perante o Tribunal Constitucional Federal por violação intencional da Lei Básica ou outra lei federal, como afirmou, a distinção entre a Lei Fundamental e o resto das leis federais seria nada mais que expressão da dupla apresentação do Presidente do Reich às normas jurídicas positivas e às normas metapositivas localizadas acima do texto constitucional positivo.

No entanto, esse procedimento de argumentação que consiste em tentar apoiar em normas jurídico-positivas a função tutelar da efetivação de uma constituição metapositiva apresenta importantes contradições com a função que tenta se imputar à categoria de defesa da Constituição. Como já se destacou, a função de defesa da Constituição é construída em oposição àquela realizada por outras normas (descritas na doutrina atual como defesa do Estado) que se destinam a responder à violação de regras positivas. Portanto, a doutrina decisionista nega a consideração dos verdadeiros defensores da Constituição aos órgãos sujeitos apenas às normas positivas do documento constitucional.

O defensor da Constituição só pode ser quem está diretamente sujeito à decisão política fundamental do povo, sendo capaz de tomar decisões de acordo com ele, sem condicionamento por nenhuma norma positiva. E, de fato, o que dá verdadeiro sentido ao conceito da defesa da Constituição no campo do Direito Constitucional é que tanto sua função quanto sua finalidade se distinguem das da defesa do Estado.

No entanto, esta distinção desaparece logicamente se a função e o objeto da defesa da Constituição tentam se definir a partir de parâmetros plenamente positivos, como acontece à primeira vista na construção da figura do defensor da Constituição. E assim, se a defesa da Constituição é concebida como uma norma destinada a dar efetividade a certos conteúdos que, embora sejam de caráter metapositivo, tanto sua existência normativa quanto seu conteúdo, se afirmam a partir das disposições do texto constitucional, a defesa da Constituição acaba necessariamente se identificando com a defesa do Estado, negando qualquer sentido ao seu tratamento autônomo em Direito Constitucional²⁴.

²⁴ Nessa mesma incoerência, a teoria da dupla submissão, que procura afirmar a existência de um dever de lealdade, que não a sujeição, com base em disposições legais, como a teoria do positivismo afirmou corretamente, de acordo com esses parâmetros, a lealdade acaba sendo diluída no mandato de sujeição, já que tanto

Esse é o problema que a teoria decisionista da Constituição impõe, que baseia tanto a norma de defesa da Constituição (artigos 25 e 48) quanto sua finalidade (artigos 1 e 2) nas disposições positivas do texto constitucional²⁵. De acordo com essas premissas, só se poderia falar, no máximo, da defesa do Estado qualificada pela natureza metapositiva de seu objeto. Isto leva a afirmar que a defesa da Constituição só pode ter sentido como categoria autônoma na ciência do Direito Constitucional se sua função e seu objeto são construídos a partir de um ponto de vista dogmático, portanto, das normas positivas da Constituição.

É por isso que a resposta oferecida pelo positivismo normativista à teoria decisionista que, baseada em uma concepção plenamente positiva do texto constitucional de 1919, afirmou que o verdadeiro defensor da Constituição de Weimar era o Tribunal Constitucional, no exercício da função, também apresenta contradições relevantes ao resolver, em última instância, as violações do documento constitucional de acordo com as suas próprias disposições positivas. E, como já foi dito, não pode haver defesa da Constituição onde se tenha por objeto normas legais positivas.

Consequentemente, embora a doutrina clássica do defensor da Constituição tente justificar sua existência por sua oposição à submissão a normas positivas, a articulação de sua função e seu objeto das disposições do texto constitucional acaba sendo diluída na defesa do Estado, isto é, na sujeição às normas jurídico-positivas. Isto não tem nada a ver com o fato de que, de fato, uma Constituição, como soberana, pode ter desejado ser concebida co-

sua existência como norma como seu objeto são definidos a partir das disposições do documento constitucional.

²⁵ Também nesta mesma contradição incorre na construção jurisprudencial da democracia militante. Esta doutrina constrói o objeto da norma de defesa da Constituição das disposições do texto constitucional, em particular, das matérias consideradas irreformáveis pelo texto constitucional no art. 79,3 (a ordem democrática liberal). Este aqui intangibilidade, na medida em que subtrai certas questões da decisão de positividade, foi identificada com sua natureza metapositiva.

mo a personificação positiva de certos assuntos aos quais ela mesma atribuiu uma classificação mais elevada do que o texto constitucional. O que se objetou é que, talvez seja esse o caso, pode-se falar em defender a Constituição como algo conceitualmente diferente da defesa do Estado.

2.3 A defesa da Constituição como requisito teórico-normativo vinculado a um modelo material de Constituição

No entanto, uma análise crítica cuidadosa da doutrina clássica do defensor da Constituição permite ver como, nem o objeto nem a função, da regra de defesa da Constituição são definidos em termos legais positivos, que, se assim fosse, levaria à privação de um sentido autônomo da ciência do Direito Constitucional.

De fato, a doutrina do defensor da Constituição tenta se apoiar nas normas positivas, resultados que, ao final, é deduzido a partir do conceito material de Constituição anteriormente tomado como ponto de partida para a interpretação do documento constitucional positivo. Nesse sentido, não se trata de uma norma positiva que aponta para uma concepção material de constituição, mas é aquela que preexiste argumentativamente à norma positiva, sendo utilizada para sua interpretação. Daí surge a regra de defesa da Constituição.

A tentativa de construir a função e objeto da defesa da Constituição com base em normas positivas constitui uma incoerência metodológica motivada pela dificuldade enfrentada por qualquer teoria material na hora de identificar a Constituição de um Estado a partir de um método baseado no ser, isto é, na validade social de certos sujeitos - a aclamação na doutrina dos decisionistas ou, as eleições na de integração.

A teoria do defensor da Constituição tenta identificar a função tutelar da eficácia das questões subjacentes à Constituição de Weimar em suas artes. 25 e 48, que autorizam o Presidente da República a adotar determinadas medidas em caso de verificação de dois fatos incompatíveis com a eficácia da decisão política do povo alemão: o grave atentado contra a ordem pública e a segurança e, a incapacidade do Reichstag de tomar medidas destinadas a executar a decisão política fundamental subjacente ao texto constitucional. Em consonância com esses pressupostos estabelecidos como ponto de partida, a regra de defesa da Constituição teria necessariamente de ser identificada com uma resposta a tais atividades e com as consequências expressamente previstas no documento constitucional e não outros documentos.

Entretanto, no desenvolvimento da doutrina clássica do defensor da Constituição, fica evidente como a defesa da Constituição se apresenta, basicamente, como critério que legitima a ilegalidade de qualquer atividade potencialmente prejudicial à efetividade da decisão política fundamental e, não apenas as referidas nos arts. 25 e 48. Isto é destacado na afirmação feita a partir dessa teoria de que regras positivas não podem servir de base para atentar contra a Constituição, uma questão que parece evocar claramente como a defesa da Constituição é apresentada, de fato, como regra que limita todos os mandatos ou faculdades previstas no texto constitucional²⁶.

Na realidade, a defesa da Constituição não pode encontrar a sua base nas disposições legais positivas, mas num requisito teórico indispensável para poder garantir a eficácia da Constituição²⁷. Portanto, para falar de “Constituição” é, por definição,

²⁶ Este argumento é aquele que foi desenvolvido na atual categoria jurisprudencial de democracia militante que, aparentemente deduzida de disposições muito específicas da Lei Fundamental de Bonn, aparece em segundo plano como um limite geral para o exercício da totalidade direitos fundamentais

²⁷ Esta concepção de defesa da Constituição como requisito teórico-normativo necessário para garantir a eficácia da Constituição é o que foi revelado na cons-

defender a própria Constituição. Não há um sem o outro. Portanto, os arts. 25 e 48 da Constituição de Weimar devem ser entendidos de maneira coerente apenas como a expressão declarativa legal de uma norma metapostiva de defesa da Constituição, cuja existência teria que ser afirmada mesmo sem essas. É precisamente isso que significa a defesa da Constituição: a possibilidade de declarar comportamentos ilícitos que, cumprindo com as disposições positivas, comprometem a eficácia das matérias subjacentes ao texto constitucional, ou seja, atividades que, mesmo sujeitas a à lei constitucional, são desleais à “Constituição”.

Essa consequência pode ser vista abertamente em outras teorias materiais espalhadas pelo período entre guerras. Nelas, embora não tenham falado abertamente sobre a defesa da Constituição, chegam a reconhecer a existência de uma metapostiva destinada a proteger a eficácia dos assuntos aos quais há uma natureza metapostiva. Isso, que tem sido largamente ignorado pela doutrina atual, já foi revelado pela teoria integracionista desenvolvida durante a vigência da Constituição de Weimar. Tal dogmática, com base na existência prévia de uma existência de uma unidade de sentido de alcance metapositivo, afirma a existência de nenhuma regra positiva consubstanciada na Constituição da Weimar. Este resultado também é plenamente compatível com o apresentado pela teoria do defensor da Constituição e, é encontrada em outras dogmáticas materiais clássicas, como a doutrina da Consti-

trução da democracia militante, afirmando ao Tribunal Constitucional Federal como pluralidade de ideologias e interesses que podem tornar virtualmente impossível construir um estado unitário e, então, deve ser exigido em relação àqueles chamados à construção da vontade do Estado pelo menos um consenso sobre a afirmação dos valores fundamentais da Constituição. No entanto, na maioria das vezes, a norma de defesa da Constituição não é concebida desta forma, mas como uma norma que encontra sua base na Constituição. É tão particular a construção da democracia militante, que é na verdade uma das formas possível apoiar a defesa da Constituição no contexto do raciocínio material, levando a uma contradição teórica: a confusão entre o objeto e a própria norma de defesa da Constituição, desde que esta se deduza da Constituição Metapostiva.

tuição em sentido material, e das instituição na constituição política total²⁸.

Nesse sentido, pode-se ver como a categoria de defesa da Constituição não se origina, como se entende quase universalmente na doutrina atual, na dogmática assumida pelo texto constitucional de 1919, mas no seio de um movimento teórico-material sobre o que deve ser entendido por Constituição. E esse movimento é o que se vê em certas construções já desenvolvidos no século XIX, sob a Constituição do Reich de 1871, particularmente a lealdade federal, que deve ser entendida, na realidade, como a primeira elaboração dogmático-doutrinal de categoria de defesa da Constituição.

A construção da lealdade federal, desenvolvida pela teoria integracionista, aparece como uma exigência teórico-normativa destinada a dar efetividade a um pacto celebrado entre os príncipes alemães que sustentam o texto constitucional²⁹, que responde claramente aos perfis da norma de defesa da Constituição que, como tal, seria desenvolvida no contexto da Constituição de Weimar de 1919 pela teoria do decisionista³⁰.

²⁸ Veja em relação à teoria da Constituição em um sentido material conferir MORTATI. Constantino. *La Costituzione in senso materiale*. Milão: Giuffré, 1988, pág. 134, que postula um mandato dirigido aos órgãos constitucionais para equipar eficazmente as forças da classe política dominante situada à margem do texto constitucional.

²⁹ Esta categoria de lealdade federal foi importada pela teoria da integração no âmbito da Lei Fundamental de Bonn de 1949, mais uma vez, sem apoio normativo nas disposições do texto constitucional. Parte da doutrina criticou a possibilidade de importação da referida construção, desenvolvida sob a proteção dos elementos definidores da Constituição de 1871, que não são dadas na atual Lei Fundamental: o princípio monárquico e o princípio concepção pactista da Constituição.

³⁰ No contexto da própria constituição do Reich alemão de 1871, também se espalhou, proteção de uma concepção material da Constituição, a teoria de que os indivíduos tinham obrigação de proteger a eficácia de certos valores que foram entendidos como localizados acima do texto constitucional. Era um dever de lealdade que visava a monarquia, o Estado, a unidade da nação.

A construção inteiramente metapositiva da defesa da Constituição não pode ser vista apenas no nível de sua função, que desdobra seus efeitos para além das disposições do texto constitucional. Sua plena desvinculação das normas jus-positivas se coloca em evidência também em relação à construção de seu objeto. Este, como afirma a doutrina clássica do defensor da Constituição, é moldado pelas decisões políticas fundamentais incorporadas nos arts. 1 e 2 da Constituição de Weimar.

Em qualquer caso, um dos pressupostos indispensáveis para que a função normativa da defesa da Constituição possa fazer sentido é que seu objeto é intangível para o poder da reforma constitucional. Precisamente porque em uma ordem democrática - onde a defesa da Constituição tem um significado real - a possibilidade total de mudar as disposições constitucionais pressupõe logicamente a capacidade de promover sua substituição, a ilegalidade de certas opções políticas deve necessariamente estar associada à inviolabilidade constitucional da mesma.

Esta exigência teórica derivada do princípio democrático não foi satisfeita, sem embargo, nas disposições da Constituição de Weimar de 1919 em seu art. 76 não contivesse qualquer proibição de reforma constitucional³¹. Isto é apresentado como uma desvantagem decisiva para poder afirmar a possibilidade de construir a defesa da Constituição a partir do texto constitucional.

No entanto, o pressuposto da intangibilidade dos assuntos objeto da defesa da Constituição - as decisões políticas fundamentais - foi reconhecido pela doutrina da defesa da Constituição, embora neste caso, dada a evidente ausência de um apoio

³¹ Esta afirmação da intangibilidade dos assuntos localizados acima do texto constitucional objeto positivo da norma de defesa da Constituição - é evidenciada na teoria da Constituição em sentido material que virá a afirmar que a cláusula de intangibilidade estabelecida no art. 139 de a Constituição italiana de 1948, que declara irreformável a “forma republicana de governo”.

positivo, sua satisfação se deu diretamente do ponto de vista dogmático, entendendo que o poder de reforma regulado em uma norma positiva não pode ser utilizado para suprimir a decisão política fundamental metapositiva.⁶³ Na realidade, essa consequência é típica de qualquer teoria material da Constituição, que permanece imutável frente ao poder constitucional derivado.

3. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO E A CONFUSÃO ENTRE ORDENS NORMATIVAS

Até aqui, tivemos a oportunidade de examinar como a função da defesa da Constituição adquire significado como categoria autônoma de Direito Constitucional quando é objeto de uma construção exclusivamente dogmática, desconectada das normas positivas. No entanto, ainda entendida desta forma particular, a defesa da Constituição enfrenta outro importante problema que está ligado a uma das exigências dogmáticas derivadas do princípio democrático, pressuposto sem o qual não pode falar adequadamente de defender a Constituição.

3.1 A função da defesa da Constituição ao serviço da confusão entre ordens normativas

A defesa da Constituição configura-se como meta-norma, cuja função é proporcionar efetividade a um conjunto de questões que não coincidem em sua natureza ou em seu conteúdo com as normas positivas do documento constitucional. A defesa padrão da Constituição desempenha, estritamente falando, a função de fornecer eficaz cedo ou títulos de fora das ordens normativas jurídicas de direito positivo, descansando logicamente também os seus próprios orçamentos validade dessas ordens sociais.

Isso não só foi revelado na teoria clássica do defensor da Constituição, que buscou dar eficácia às decisões políticas subja-

centes ao texto constitucional de 1919. Também o resto das teorias materiais que se desenvolveram durante o período entre guerras, da mesma forma admitem implicitamente a existência de defesa da Constituição não procurando proteger a eficácia das forças políticas, éticas ou normalidades sociais. No entanto, isso não significa, de maneira alguma, que a defesa da Constituição busque garantir a eficácia de questões sem valor jurídico. Criticar a defesa da Constituição baseada apenas no caráter supostamente antijurídico de seu objeto não seria mais do que uma simplificação equivocada do sentido do raciocínio material.

Precisamente a característica identificadora do conceito material de Constituição - na impossibilidade de entender o funcionamento do Estado apenas segundo regras positivas - residiu em atribuir caráter jurídico a princípios ou valores pertencentes a diferentes ordens normativas que, a partir de sua perspectiva, condicionam o exercício da força, identificando com característica de normas jurídicas.

É verdade, no entanto, que esse pressuposto metodológico leva a teoria material a importantes desvantagens na determinação do conteúdo desses princípios e valores, uma insegurança que põe em risco o adequado exercício da função do direito pois, é complexo saber quais são as normas que predeterminam o exercício da força.

No entanto, a materialização do conceito da Constituição baseia-se na atribuição de natureza jurídica à realidade e não apenas a norma positiva³². O mesmo pode ser visto na teoria do

³² Esta incerteza jurídica leva a teoria material a optar por uma solução incompatível com o princípio democrático. Embora o raciocínio material, em sua pretensão de satisfazer as exigências do princípio democrático, identifica o conteúdo da Constituição da validade social de determinados sujeitos, a insegurança gerada por esse método levou a teoria material optar que determinação de tal conteúdo é especificada por um órgão. Isso é o que acontece particularmente na teoria decisionista da Constituição, que confere essa tarefa de determinar o conteúdo

defensor da Constituição, que afirmava que a relevância jurídica da decisão política fundamental do povo alemão subjacente ao texto constitucional de 1919 residia politicamente em sua existência.

Portanto, o exercício da função do direito é realizado na teoria material por normas legais positivas, mas também e fundamentalmente, - daí a atribuição do caráter constitucional - por normas metapositivas, sendo capaz de falar, conseqüentemente, de uma confusão de ordens normativas (positiva, política, moral, etc.).

Por esta razão, é inteiramente coerente com as próprias suposições materiais que a doutrina clássica do defensor da Constituição - como um construto dogmático - pretendia contribuir para essa confusão, tentando dar eficácia a questões de natureza metapositiva legal. Mesmo nesta área de confusão entre ordens sociais, poderia ser compreensível que a doutrina da defesa da Constituição identificasse isso nas normas positivas da Constituição de Weimar, mesmo que tal procedimento levasse essa doutrina a uma identificação crítica entre a defesa da Constituição e a defesa do Estado. Com efeito, a tentativa de identificar a defesa da Constituição com normas positivas pode ser considerada como a expressão de uma instrumentalização do direito positivo em direção à confusão com a ordem política³³.

das decisões políticas fundamentais para o Presidente do Reich, a quem é entendido como o verdadeiro defensor da Constituição. Mesmo que a teoria do decisionismo, como foi visto, utilize como técnica para determinar o conteúdo da Constituição por aclamação, isso acontece em momentos específicos. Em todas as outras situações, a teoria decisionista atribui a um órgão a função de determinar o conteúdo das decisões políticas fundamentais: o defensor da Constituição. E assim, é para o Presidente da República que é atribuído o poder de determinar quando ocorre um ataque contra a ordem e a segurança, identificada pelo público na teoria do decisionista com prejuízo da eficácia das decisões políticas fundamentais, pressuposto para o exercício de poderes extraordinários reconhecidos no art. 48 da Constituição de Weimar de 1919.

³³ No entanto, este procedimento, comum as teorias materiais da Constituição, é só assim na aparência, já que o texto constitucional, uma vez utilizado para inferir certas conseqüências, é posteriormente diluído em seu caráter normativo. Isto

3.2 A distinção entre ordens sociais como requisito dogmático do princípio democrático

Embora seja verdade que a concepção da função da defesa da Constituição a serviço da confusão entre ordens normativas é consistente com os pressupostos dos quais se afasta a teoria material para a análise do Direito Constitucional, ela apresenta, no entanto, problemas com um dos requisitos teóricos necessários para se ajustar de forma coerente para defender a Constituição. Como tive a oportunidade de destacar ao longo deste trabalho, o princípio democrático aparece como um requisito dogmático essencial para a defesa da Constituição exercer de forma adequadamente a sua função.

E isto foi reconhecido pela teoria clássica da defesa da Constituição - como nas demais doutrinas materiais em que a existência de tal norma é implicitamente admitida - que constrói sua base no princípio democrático. No entanto, é um tanto controverso que a função da defesa da Constituição a serviço da confusão entre as ordens normativas sociais postuladas a partir da materialização do conceito de Constituição possa ser compatível com este princípio.

O conteúdo do princípio democrático consiste em adaptar, tanto quanto possível, o conteúdo da vontade do Estado e daqueles sujeitos às suas normas, o que é realizado de acordo com o reconhecimento da participação dos sujeitos à ordem na criação normativa em conformidade com os princípios da liberdade e da igualdade.

Assim, a função do princípio democrático consiste em permitir que as diferentes expectativas - política, religiosa, moral

constitui claramente uma inconsistência metodológica, uma vez que o raciocínio material toma como ponto de partida o texto constitucional para interpretar o Direito Constitucional, mas no final acaba dispensando totalmente este.

- sejam canalizadas processualmente para o sistema jurídico, o que pode vir a conformar o conteúdo da vontade do Estado³⁴. Com isso, parece se deduzir que a reinvidicação de um estado democrático é diferenciar o sistema legal das outras ordens sociais que também regulam o comportamento humano, nesse sentido, podemos dizer que a diferenciação do sistema legal aparece como uma exigência dogmática princípio democrático.

Bem, essa exigência é verdadeiramente possível quando a lei é definida em termos estritamente positivos, concebidos como um conjunto de regras que expressam o significado objetivo dos atos da vontade humana. Quando isso acontece, o sistema legal pode ser diferenciado, em primeiro lugar, de outras ordens sociais cujas normas provêm de vontades divinas ou racionais, e não propriamente humanas³⁵.

É o que acontece com os chamados "princípios éticos do direito", aos quais a teoria material da Constituição política total procurou dar-lhes um estatuto constitucional, tornando-se objeto da defesa da Constituição. Mas é também, por outro lado, quando o sistema jurídico é concebido de acordo com parâmetros positivos, suas normas são apresentadas como a objetivação de atos de vontade humana, distinguindo assim a realidade da norma, do

³⁴ Esta construção da democracia a partir dos elementos de liberdade e igualdade é o que leva ao princípio da relatividade e à equivalência de opções políticas como os elementos que melhor expressam a ideia de democracia. É por isso que a democracia deve ser identificada com um procedimento para a criação de padrões, independentemente do seu conteúdo. Isso se distancia do modelo de democracia postulada pela teoria material da Constituição que está associada ao caráter intangível dos assuntos acordados pela maioria. Este modelo de democracia, como ficou claro antes, depende do elemento da liberdade e não da igualdade, essencial para a falar sobre democracia.

³⁵ Uma análise cuidadosa dos resultados que derivam desta condição totalmente positiva da ordem legal em relação à sua possível diferenciação do resto das ordens regulamentações sociais, está em CORRAL, Benito Aláez. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 61.

ser e do dever ser, que aparecem confusos na doutrina do defensor da Constituição³⁶.

Nisto, lembre-se, a Constituição - como acontece com a teoria da Constituição no sentido material - aparece como um conjunto de elementos políticos cuja validade legal repousa, como foi reconhecido, em sua própria existência como uma realidade política, é para dizer, no ser. Por esta razão, a defesa da Constituição aparece como uma norma legal destinada a dar eficácia à realidade e não à norma (positiva).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do acima exposto, o princípio democrático, como pressuposto teórico indispensável da defesa da Constituição, exige que a lei seja concebida em termos positivos, o que deve necessariamente levar tanto à norma de defesa da Constituição quanto ao seu objeto são definidos de acordo com esses pressupostos.

Desse modo, a defesa da Constituição não poderia mais ser concebida, na realidade, como uma norma jurídica destinada a contribuir para a confusão entre a lei e o resto das ordens normativas - consequência postulada a partir da teoria material -, mas como dever ser servo da diferenciação da lei, tentando dar eficiência a ela através da resposta à violação dos princípios fundamentais da Constituição.

³⁶ Isso acontece, de fato, em toda teoria material em que a Constituição exige a validade social de determinados sujeitos. Isso leva à materialização do conceito da validade e eficácia da Constituição. A distinção entre deve ser e ser, só tem lugar, na realidade, quando a validade e a eficiência são distinguidas, sendo esta última concebida apenas como uma condição de fato essencial para que a ordem possa ser entendida como válida.

No entanto, ao chegar a este resultado inevitável, o problema reside no fato de que essa função pode ser atribuída efetivamente a um padrão qualificado como defesa da Constituição e oposto ao que tem sido doutrinariamente chamado de "defesa do Estado", um dos os pressupostos consubstanciais à doutrina do defensor da Constituição. Se a categoria da defesa do Estado é identificada com um conjunto de dispositivos destinados a responder a violações de normas legais positivas, parece evidente que o princípio democrático e a necessária identificação do direito com positividade devem levar a defesa da Constituição deve necessariamente ser diluída na defesa do Estado. Em virtude de tudo isso, é possível afirmar que o princípio democrático se opõe à possibilidade de falar da defesa da Constituição como categoria autônoma dentro da ciência do Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

CARBONE, Carmello. **Carbone. I doveri pubblici nella Costituzione.** Milão: Giuffrè, 1968.

CORRAL, Benito Aláez. **Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GIERKE, Otto von. **Teorías políticas de la Edad Media.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

LOMBARDI, GIORGIO. **Contributto allo studio dei doveri costituzionali.** Milão: Giuffrè, 1967.

MORTATI, Constantino. **La Costituzione em senso materiale.** Milão: Giuffrè, 1988.

PACE, Alessandro; VARELA Suances, Joaquín. **La rigidez de las constituciones escritas**. Madrid: ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995

PARDO, Ignacio Otto y. **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**. Barcelona: Ariel, 1987.