UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

RAONI MACEDO BIELSCHOWSKY

CULTURA CONSTITUCIONAL

Belo Horizonte
2016

Raoni Macedo Bielschowsky

CULTURA CONSTITUCIONAL

Tese de doutorado apresentada por RAONI MACEDO BIELSCHOWSKY ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de doutorado sob orientação do Prof. Dr. José Luiz Borges Horta e coorientação do Prof. Dr. Nuno M. M. S. Coelho [Pesquisa desenvolvida junto à linha de pesquisa Estado, Razão e História e ao projeto coletivo Macrofilosofia, Direito e Estado com financiamento da *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* (CAPES)].

Belo Horizonte
2016

Bielschowsky, Raoni Macedo [1985]
B587c Cultura constitucional / Raoni Macedo Bielschowsky. - 2016.

Orientador: José Luiz Borges Horta
Co-orientador: Nuno M. M. S. Coelho
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Filosofia - Teses 2. Direito constitucional – Teses 3. Teoria da constituição I.Título

CDU(1976) 340.12: 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto CRB 6/1178

A presente tese foi defendida perante banca examinadora nesta data tendo sido .

Belo Horizonte, de de 2016.

Aos meus pais, Gorete e Beto,
por tudo e mais um pouco.

AGRADECIMENTOS

Não raro se alega que os trabalhos de pesquisa, especialmente as dissertações de mestrado e teses de doutorado, são um caminho solitário. Talvez o seja mesmo. Bernardo Soares, um dos muitos que foi PESSOA, afirma, inclusive, que *a liberdade é a* própria *possibilidade do isolamento* e, até por isso, parafraseando-o, permito-me dizer que as etapas de formação de certa forma exigem que, de algum modo, *atravessemos a dor de nossa própria solidão*.

Entretanto, PESSOA não deixa de lembrar que o poeta é um fingidor e por mais solitários que sejam os caminhos, é de se saber que a solidão dessas empreitadas é daquelas que só conseguimos cruzar com o suporte e apoio de pessoas queridas que, mais que qualquer outra coisa, entendem desprendidamente essa passagem. Algumas, por experiência, sabem bem como é difícil buscar por essa trajetória tão particular, outras, no entanto, apenas compreendem que temos de percorrê-la e nos dão algum amparo e aconchego, sem mais perguntas ou demandas. A todas elas só resta agradecer.

Faço-o, primeiro, a meu orientador o Professor Doutor José Luiz Borges Horta, que tendo me conhecido ainda como aluno do primeiro ano de graduação, sempre me instigou a pensar, me incentivou a seguir e me mostrou que posso ter meu próprio curso. Acredito que essas são, possivelmente, três das mais importantes ações de um Professor em nossas vidas, todas elas relacionadas ao permitir que nos formemos, que *nos conheçamos a nós mesmos*, que *nos tornemos aquilo que somos*. Particularmente quanto ao período de doutorado, agradeço por ter me recebido abrindo as portas da Universidade Federal de Minas Gerais e, também, por ter me permitido ser livre em minha pesquisa.

Agradeço, ainda, a alguns Professores que tive a felicidade de conviver e com eles aprender no âmbito institucional. Destaco os Professores Joaquim Carlos Salgado, Gonçal Mayos, Marcelo Cattoni de Oliveira, Adriana Campos, Karine Salgado, Renato Cardoso, Rodolfo Viana Pereira e, muito especialmente, com admiração e amizade, Ricardo Salgado.

Agradeço, também, ao Professor Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, da Universidade de São Paulo, por ter me honrado com sua coorientação.

Não me esqueço da amizade do Professor Arthur J. Almeida Diniz, ou apenas, Arthur, como prefere, por quem tenho muito carinho e admiração, em especial, pela simplicidade, por seu desprendimento, por ser daquelas pessoas que sabe muito mais do que faz questão que pensem que sabe, por sempre achar que o novo tem muito a dizer.

Também foram importantes os funcionários da UFMG, notadamente, os técnicos do Programa de Pós-Graduação em Direito com quem convivi como aluno e como representante discente no colegiado de Pós-Graduação. Registro meu obrigado a Maria Luiza Aguiar, Patrícia Salgado e Wellerson Roma.

Ainda foram e sempre serão importantíssimos os alunos de graduação com quem convivi e trabalhei em meus semestres de estágio docência, os do bacharelado em Relações Econômicas Internacionais, os do bacharelado em Direito e, em especial, aos do bacharelado em Ciências do Estado.

Agradeço à Fundação Capes e ao Ministério da Educação (no âmbito do programa REUNI) pelo financiamento da pesquisa e pela oportunidade de formação como docente e como investigador.

O doutorado nas Minas Gerais também me trouxe e consolidou uma porção de amizades que levarei para a vida toda. Elas me ajudaram a conviver e, mesmo, a contornar a solidão de que falei. Algumas delas vieram de outros tempos, outros lugares, mas permaneceram e se confirmaram nesses anos. Outras surgiram na vida em Belo Horizonte, na UFMG e mesmo fora dela, de modo que se tornaram muito importantes para mim.

Assim, meu enorme agradecimento a Gabriel Lago de Sousa Barroso, Paulo César de Oliveira, Thiago Simim, José de Magalhães Ambrósio, Ricardo Pleti, Adamo Alves, Guilherme Figueiredo, Wagner Artur Cabral, Henrique Souza, Mariana Avelar, Laís Lópes, Lucas Anjos, Victor Hugo Boson, Paulo Roberto Cardoso, Vinícius Balestra, Pedro Feitoza, Paola Gersztein, Tiago Zanella, Leonardo Antonacci, Ingrid Oliveira de Almeida. Agradeço, ainda, a Marlene, Devanir, Ana Paula e Regina pelo carinho do dia a dia.

Muito obrigado, também, a Fábio Queiroz, Gláucia Delboni, Guilherme Deckers, Isaac Netto, Marcelo Ramos, Maria Clara dos Santos (Cacau), Pedro Nicoli e Tayara Lemos, que sempre acolheram a mim e a alguns outros potiguares de forma universal, com carinho e suporte, ajudando a aliviar as saudades de casa.

Há ainda dois amigos que desde Natal e de São Paulo estiveram muito presentes nesse caminhar. Luiz Felipe Seixas pelas prosas e pelo compartilhar permanente. E, de maneira especial, a meu irmão Leo Arcoverde que sempre me tira o peso das coisas e muitas vezes acredita em mim mais do que eu mesmo consigo fazê-lo.

Aos antibianos da quase-República que foi minha casa, agradeço a amizade de sempre. A Pedro Henrique Cordeiro Lima, o Fundador, amigo de décadas e histórias, quem primeiro me recebeu em Belo Horizonte. A João Paulo Medeiros de Araújo, o Anarquista, querido amigo que primeiro me acolheu e me concedeu cidadania. A Rodrigo Calixto Mello, o Tranquilo, que comigo chegou para dar paz ao Antibes. A Marcelo Giacomini, o Ancião, com quem muito aprendi e compartilhei cafés, conversas e amizade. A Felipe Castro, o Intrépido, amigo de outras tantas décadas e histórias, quem por último me recebeu com o abraço e as risadas de sempre. E a Pablo Leurquin, o Fraterno, um irmão que a vida me deu, com quem compartilho boa parte das minhas angustias, esperanças, dores e conquistas, acadêmicas ou não. Muito obrigado!

Desde casa, se Dora significa dádiva, na minha vida tenho pelo menos duas, Dora e Dorinha. A primeira, a Rainha do Frevo e do (Mara)catú, Dora Macedo Bielschowsky,

minha irmã mais do que querida, que me é tão importante e que tanto amo! A segunda é Maria das Dores do Nascimento Gomes, Tia Dodora, que na dureza da vida é, sempre, só riso e sorriso, só carinho e alegria.

A Gabriela Marinho, por mais que tente, não tenho como agradecer o suficiente pela grande generosidade, pelo carinho, pela amizade, pela cumplicidade. Por ter me suportado quando nem mesmo eu já me suportava. Por ser só incentivo e aconchego. Por um amor que adoça a vida como Alfenim!

E, por fim, não posso deixar de falar de meus primeiros, melhores e maiores professores. Minha mãe, Gorete Ribeiro de Macedo, e meu pai, Roberto Hugo Bielschowsky. Curioso que minha irmã e eu nascemos com eles já Professores, os vimos tornarem-se doutores e viverem a Universidade, portanto, desde muito cedo sempre soubemos o quão importante isso foi para eles e para todos nós. Contudo, a maior certeza que temos em tudo isso é de que suas vidas sempre tiveram como prioridade... as nossas. A eles, não há palavras, não há como agradecer, não há o que fazer, até porque provavelmente eles nem mesmo permitiram qualquer retribuição. Só espero um dia ser algo parecido com o que eles são como professores, como pais e como pessoas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

1. CULTURA, POLÍTICA E DIREITO 4

2. DIMENSÕES DA CULTURA CONSTITUCIONAL 10

3. PLANO DE TRABALHO 15

PARTE I - PASSADO

CAPÍTULO 1 - DO DIREITO DO ESTADO À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: ALGUNS ANTECEDENTES PARA COMPREENDER A LUTA PELO MÉTODO DE WEIMAR 23

1.1. Cenário juspublicista alemão de fins do século XIX início do século XX 32

1.2. República de Weimar 57

CAPÍTULO 2 - O NASCIMENTO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: O DIREITO SEM ESTADO OU O ESTADO SEM DIREITO 67

2.1. HANS KELSEN 73

2.2. CARL SCHMITT 87

CAPÍTULO 3 - O NASCIMENTO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: CONCEPÇÕES DIALÉTICAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL 106

3.1. RUDOLF SMEND 108

3.2. HERMANN HELLER 116

PARTE II - PRESENTE

CAPÍTULO 4 - NORMALIDADE E NORMATIVIDADE: RELAÇÃO DESDE UMA TEORIA DO DIREITO 139

4.1. Algo de Teoria do Direito 142

4.2. Onde mora a Legitimidade 155

CAPÍTULO 5 - DA CONSTITUIÇÃO COMO PRODUTO DE UMA CULTURA: LEGITIMIDADE À VALIDADE 171
5.1. Constituição como produto de uma cultura 177
5.2. Uma aproximação à questão da soberania 189

CAPÍTULO 6 - DO CONSTITUCIONALISMO À IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: O QUE CONSTITUI O PODER CONSTITUINTE 203
6.1. A questão do Poder Constituinte 204
6.2. Da Identidade do Constitucionalismo à Identidade Constitucional 220

PARTE III - FUTURO

CAPÍTULO 7 - A CONSTITUIÇÃO ENTRE A UNIDADE POLITICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO 229
7.1. Criação e manutenção do ordenamento jurídico 237
7.2. Formação da unidade política: integração pela Constituição 246
7.3. Configuração social das condições de vida: ordenamento jurídico fundamental do Estado e da comunidade 249

CAPÍTULO 8 - GARANTIA INTERNA DA CONSTITUIÇÃO: A *CULTURA* DA CULTURA CONSTITUCIONAL 260
8.1. Vontade de Constituição 262
8.2. Sentimento Constitucional 266
8.3. Patriotismo Constitucional 279

CAPÍTULO 9 - CULTURA DE CONSTITUIÇÃO: FORÇA NORMATIVA, LEGITIMIDADE E EFICÁCIA 296
9.1. Identidade Constitucional e Cultura de Constituição 305
9.2. Pedagogia Constitucional 312
9.3. Cultura Constitucional, Cultura de Constituição e lealdade institucional 323

CONSIDERAÇÕES FINAIS 335

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 344

RESUMO 375

ABSTRACT 376

Uma vez que o conformismo
Faz crescer o egoísmo
E a injustiça aumentar
Em favor do bem comum
É dever de cada um
Pelos direitos lutar

Por isso vamos lutar
Nós vamos reivindicar
O direito e a liberdade
Procurando em cada irmão
Justiça, paz e união
Amor e fraternidade

Somente o amor é capaz
E dentro de um país faz
Um só povo bem unido
Um povo que gozará
Porque assim já não há
Opressor nem oprimido

PATATIVA DO ASSARÉ

(...)

O PÃO DO POVO

A justiça é o pão do povo.
Às vezes bastante, às vezes pouca.
Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim.
Quando o pão é pouco, há fome.
Quando o pão é ruim, há descontentamento.
Fora com a justiça ruim!
Cozida sem amor, amassada sem saber!
A justiça sem sabor, cuja casca é cinzenta!
A justiça de ontem, que chega tarde demais!
Quando o pão é bom e bastante
O resto da refeição pode ser perdoado.
Não pode haver logo tudo em abundância.
Alimentado do pão da justiça
Pode ser feito o trabalho
De que resulta a abundância.

Como é necessário o pão diário
É necessária a justiça diária.

Sim, mesmo várias vezes ao dia.
De manhã, à noite, no trabalho, no prazer.
No trabalho que é prazer.
Nos tempos duros e nos felizes.
O povo necessita do pão diário
Da justiça, bastante e saudável.

Sendo o pão da justiça tão importante
Quem, amigos, deve prepará-lo?

Quem prepara o outro pão?

Assim como o outro pão
Deve o pão da justiça
Ser preparado pelo povo.

Bastante, saudável, diário.

BERTOLD BRECHT

INTRODUÇÃO

A cultura é o que resta depois de se ter esquecido tudo[1]

Qual o sentido de uma Constituição? Qual o conceito de Constituição? Quais as possibilidades de realização de uma Constituição? São essas três das questões mais importantes postas pela nossa cultura, na nossa cultura e à nossa cultura jurídico-política. Elas mesmas estão, em boa medida, relacionadas às questões da legitimidade, da validade e da eficácia da Constituição. Pretender respondê-las de forma definitiva, sem dúvida, seria uma causa, pelo menos, pretensiosa, para não dizer impossível. Essa advertência aprofunda-se quando se realiza que a própria mundividência que está inerente a este trabalho e o ponto de partida epistemológico dela decorrente nos impedem de, mesmo, pretender intentar respostas definitivas a questões como essas.

Nesse sentido, é preciso advertir, com HERMANN HELLER, que "todo conocimiento sobre el Estado tiene que partir del supuesto de que la vida estatal incluye siempre al que investiga; éste pertenece a ella de un modo existencial y no puede nunca abandonarla"[2]. Neste caso, essa implicação parece-nos ir além, pois,

[1] Essa frase é, indistintamente, atribuída a diversas personalidades, por vezes à escritora sueca SELMA LAGERLOF (Prêmio Nobel de Literatura de 1909), por vezes ao escritor francês ÉMILE HENRIOT e, ainda, ao político ÉDOUARD HERRIOT (primeiro-ministro da França por três vezes entre 1924-1932). MIGUEL REALE, por sua vez, a atribui ao dramaturgo franco-romeno EUGÈNE IONESCO.

[2] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: FCE, 1998, p. 48.

especialmente quanto ao Direito Constitucional e à perspectiva metodológica que parece ser-lhe própria, é de se reconhecer que não é, exatamente, possível uma abordagem "neutra". Isso porque se trata, ele, de objeto e campo de investigação, por excelência, jurídico-político, portanto, que pressupõe em sua análise a subjacência e, mesmo, explicitação de valores e perspectivas quanto à comunidade[3]. Também por isso, o objetivo de apresentar respostas pretensamente únicas e definitivas não poderia ser exatamente o tom desta abordagem. Apesar disso, naturalmente, almeja-se, em alguma medida, trilhar caminhos de aproximação a (algumas) respostas a essas três primeiras indagações, relacionadas ao fundamento, à validade e à eficácia do Direito Constitucional[4].

Assim sendo, inicialmente pode-se identificar o objetivo principal desta tese com o aproximar-se da relação dialética existente entre essas três dimensões do fenômeno constitucional, na sequência, postulando que a garantia da força normativa da ordem constitucional depende da integração dialética – integrante e integradora – do cidadão na unidade cultural que é a Constituição. Para tanto, nesta tentativa de compreensão, pretende-se articular os contornos característicos da chave *cultura constitucional*.

O conceito de cultura constitucional é formado por dois termos que são, eles mesmos, bastante polissêmicos e complexos. Tratar de cultura é abordar das questões relacionadas ao humano, em sua perspectiva antropológica, linguística,

---

[3] OTERO, Paulo. *Instituições políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 16: "A perspectiva metodológica de estudo do Direito Constitucional nunca é axiologicamente neutra, antes tem sempre subjacente e revela na sua elaboração científica uma determinada pressuposição de valores: o Direito Constitucional é o sector da ciência jurídica mais ideologicamente comprometido".

[4] Essa tríade segue, de certa forma, uma recorrente estrutura tripartite comum à Teoria do Direito, identificadas por MIGUEL REALE com os termos vigência, eficácia e fundamento (norma, fato e valor), REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Ela é vista, também, em BOBBIO como *validade, justiça e eficácia*: BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3 ed. Bauru: Edipro, 2005, pp. 45 e ss. Ou, ainda, em ALEXY como *legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material*: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 15. Vale o destaque que, apesar da tríade ser recorrente, ela não é necessária e o tratamento dado à relação entre essas três dimensões varia muito de autor para autor. Em BOBBIO, por exemplo, essas esferas são um tanto mais estanques e individualizadas; o mesmo não vale para a compreensão realeana que entende por uma dialética entre essas dimensões, o que parece mais capaz de compreender a complexidade do fenômeno jurídico.

filosófica, social, existencial. Falar de Constituição, por sua vez, é dizer da forma jurídico-política mais amplamente difundida (ou, ao menos, pretendida), entre os Estados na contemporaneidade, quanto à organização do político, ao quadro de instituições, ao ordenamento jurídico, mas, especialmente, quanto ao discurso de legitimação do poder estatal.

De todo modo, é importante ter-se em conta que Cultura e Direito se implicam e, nesse sentido, haverá, inclusive, quem trate do "Direito como Cultura" e, mesmo, da "Cultura como Direito"[5]. TOBIAS BARRETO, por sua vez, poeticamente definirá que "O Direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana"[6] e MIGUEL REALE, ao seu modo, definirá o Direito como *força cultural*.[7]

De fato, todo Direito é expoente de uma cultura, expressando de modo institucionalizado certos valores e mundividências que são construídos e compartilhados em determinada comunidade política, em normas, símbolos, formas e conteúdos próprios. Essa relação fica ainda mais clara quando, no *locus* constitucional, aproximam-se e, até, tocam-se, as questões relacionadas à validade e à legitimidade do Direito e do poder. É no âmbito constitucional que Direito e Política aproximam-se de maneira indelével, em simultânea relação de tensão e complementariedade.

Falar em legitimidade é falar em justificação que se coloca em referência, semântica e simbólica, a uma rede de significados e valores que são, ao mesmo

---

[5] MEZEY, Naomi. Law as culture. *The Yale Journal of Law & the Humanities*, New Haven, v. 13, p.35-67, 2001, p. 55: "law as culture might mean emphasizing the mutuality and endless recycling between formal legal meaning-making and the signifying practices of culture, demonstrating that, despite their denials and antagonisms, these processes are always interdependent". Apesar de a perspectiva ser interessante, ela acaba por avançar sobre um debate bastante direcionado ao contexto norteamericano.

[6] BARRETO DE MENEZES, Tobias. "Idéia do Direito" — Discurso proferido em colação de grau na Faculdade de recife. *In*: SOUSA, Carlos Aurélio Mota de (org.). *Antologia de famosos discursos brasileiros*. São Paulo: Logos, 1957, pp. 92-93. A passagem completa, na verdade, é ela inteira muito bela: "É mister bater, bater cem vêzes, e cem vêzes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco*, a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a fôrça que não vence a fôrça, não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força".

[7] REALE, Miguel. Direito e Cultura. *In*: REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 292-296.

tempo, informados e construídos na cultura e que pretendem expressar o sentido de uma ordem justa[8]. Nessa medida, é importante ter-se em conta a politicidade da Cultura, uma vez que ela é criação humana, projeto de mundo e de *vida boa* de uma determinada comunidade, construída na história.

Assim sendo, o conceito de cultura, ainda que complexo e amplo, é inevitável para conhecer da experiência humana, sobretudo, da experiência do humano em comunidade. Nesse sentido, a expressão cultura constitucional aparece na literatura com uma significativa variedade de definições. Nesta introdução, buscar-se-á apresentar um quadro inicial dos conceitos possíveis à cultura constitucional, que serão mais detidamente trabalhados adiante e, por fim, um plano de trabalho geral do texto.

1. Cultura, Política e Direito

O gênero humano é espécie cultural por antonomásia[9]. É dependente, em sua existência e em sua qualificação enquanto humano, de uma rede de significados, símbolos e valores herdada e construída de forma dinâmica e dialética, que dá sentido a si e ao mundo que o rodeia e do qual faz parte[10]. O

[8] REALE, Miguel. Direito e Cultura, *op. cit.* p. 292: "O Direito, sob qualquer prisma que se considere, é sempre uma expressão de ordem, mas de ordem a que é inerente uma intencionalidade: a ser de ordem justa".

[9] MAYOS SOLSONA, Gonçal. Prologo - Cultura, Historia y Estado: pensadores en clave macrofilosófica. *In*: MAYOS SOLSONA, Gonçal; COELHO, Saulo Pinto; GARCÍA COLLADO, Francis (eds.). *Cultura, historia y Estado*: pensadores en clave macrofilosófica. Barcelona: La Busca, 2013, pp. 7-24, p. 8: "'Cultura' es una palabra-mundo de máxima amplitud pues no debemos olvidar que el género humano es claramente la especie cultural, lingüística, simbólica por antonomasia. Todo en los humanos – incluso la naturaleza, la physis o su propia vida – se da en un marco cultural, lingüístico, simbólico. Por tanto consideramos que la 'cultura' lo incluye en cierta manera todo, eso sí, conscientemente vinculado con la condición cultural y lingüística humana. Es decir bajo el presupuesto ontológico-existencial (en sentido de Kant, Hegel, Heidegger o Gadamer) de que los humanos solo podemos experimentar y conocer en la medida que es mediatizado, asumido y construido cultural y lingüísticamente".

[10] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 29-30: "La conciencia que transforma con sentido el mundo circundante, guiada por marcadas leyes ideales, pertenece, como algo necesario, al ser peculiar del hombre. Esta naturaleza del hombre que sale y se destaca de lo

indivíduo recebe através da história várias marcas espirituais que, de tão profundas, duram gerações e gerações. Nesse sentido, a Cultura, em sua totalidade, é uma forma que se alcança, mantém e atua na formação das gerações, sucessivamente:

> Es, cabalmente, en esta forma impresa, psíquico-espiritual, que viviendo se desarrolla, y en el afianzamiento y progresos unitarios de un estilo de vida que conforma el material social-vital con que encuentra, en lo que la cultura consiste, y no en una especie de museo del espíritu objetivo[11].

Assim, é possível dizer que a cultura é algo que acompanha e constitui o homem, sendo-lhe definidor. É sua forma de ver e construir o mundo – dar-lhe sentido, inclusive, a si mesmo –, de dar significado e transformar sua própria *natureza*. Mesmo a cisão entre *phisys* e *nomos*, de algum modo, é marca da mundividência típica do Ocidente, pois, mesmo este modo de projetar o mundo, definidor de nossa racionalidade, reporta, ainda que implícita e mediatamente, a um parâmetro, a uma identidade específica, ela mesma prescritivo-normativa.

Até por essa característica totalizante, é inevitável reconhecer-se *cultura* como um termo polissêmico e complexo. Assim o faz GADAMER, ao identificar que o conceito de cultura "paira numa indeterminação característica"[12]. Nesse sentido, também, EAGLETON, repetindo precisamente seu Professor RAYMOND WILLIAMS, aponta "cultura" como uma das duas ou três palavras mais complexas

---

meramente dado puede ser, para la historia natural, una variable, pero para la historia de la cultura es una constante. Por otra parte, las realidades naturales y culturales que encuentra el ser del hombre consciente transformador del mundo, y que condicionan su obrar en forma de leyes, revelan también, aunque en medida muy diferente, una constancia histórico-sociológica, gracias a la cual, precisamente, es posible la cultura".

[11] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 144-145.

[12] GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 9: "O conceito de cultura paira numa indeterminação característica. Se eu fosse um poeta filosófico da categoria de Platão, talvez não me fosse difícil escrever um diálogo em que Sócrates perguntasse a cada um de nós o que é que realmente queria dizer com cultura. E todos continuaríamos, no fim, a dever uma resposta, isto é, saberíamos todos que a cultura é algo que nos sustenta, mas nenhum de nós saberia o suficiente para poder dizer o que é a cultura. Isso aponta para um problema profundo. Conhecemo-lo a partir do nexo quase indestrutível entre cultura e crítica da cultura, entre orgulho cultural e pessimismo cultural".

de língua inglesa[13], o que fez autores como KROEBER e KLUCKHOHN esmerarem-se em compilar inúmeras definições da palavra[14].

Esse seu caráter polissêmico e complexo, por essência[15], entretanto, não coloca o conceito de cultura como imprestável à compreensão da experiência humana, quando, muito pelo contrário, expõe na riqueza de seu sentido sua capacidade de abarcar e compreender a dinamicidade da realidade do mundo do Espírito. Aliás, como revela GEERTZ, fazendo referência a LÉVI-STRAUSS, a "explicação científica" não consiste em reduzir o complexo ao simples, mas sim, em substituir uma complexidade menos inteligível por uma mais inteligível. Mais que isso:

> No que concerne ao estudo do homem, pode ir-se até mais adiante, penso eu, no argumento de que a explicação consiste, muitas vezes, em substituir quadros simples por outros complexos, enquanto se luta, de alguma forma, para conservar a clareza persuasiva que acompanha os quadros simples[16].

A cultura é processo de caráter histórico em que um determinado grupo humano, mais ou menos amplo, constrói seu próprio modo de vida e sua mundividência, que são transmitidos de forma normativa através das gerações, em uma dinâmica de acumulação e transformação social, contínuas[17]. Portanto, a cultura apresenta-se, de algum modo, como expressão e caminhar da identidade constitutiva e constituída de um Nós que se faz livre na história, a partir de sua construção contínua e dinâmica, em um cipoal de símbolos, significados e valores

---

[13] EAGLETON, Terry. *A ideia de Cultura*. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 9; WILLIAMS, Raymond. *Palvaras-Chave*: um vocabulário de cultura e sociedade. São Paulo: Boitempo, 2007, pp. 117-124.

[14] KROEBER, A. L.; KLUCKHOHN, Clyde. *Culture*: a critical review of concepts and definitions. Cambdrige: The Museum, 1952. Os autores dividem as definições em sete grandes grupos: a) descritivas; b) históricas; c) normativas; d) psicológicas; e) estruturais; f) genéticas; g) definições não sistemáticas que tratam por "incomplete definitions".

[15] TYLOR, Edward B. *Primitive Culture*: researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art, and custom, v. I. 6 ed. Londres: Murray, 1920, p.1.

[16] GEERTZ, Clifford. O impacto do conceito de cultura sobre o conceito de homem. *In*: GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008, pp. pp. 25-39, p. 25.

[17] HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, a. 58, n. 233, pp. 248-279, jul./dez. 2009, p. 258.

que, se apresentando de modo normativo, se colocam em uma *objetividade relativa*.

Nesse sentido, é possível dizer que o homem é um ser normativo a espera de um conteúdo que o preencha: a cultura. Aprofundando essa percepção, também se vê com GEERTZ que a estrutura normativo-cultural do homem lhe é inerente a ponto de seu próprio desenvolvimento biológico-evolutivo estar a ela relacionado, sendo impossível, por exemplo, falar-se em um "ponto crítico" de surgimento do *homo sapiens* ou em um "ponto crítico" de surgimento da cultura. Diante disso, GEERTZ elabora e defende uma antropologia não *estratigráfica*, sendo a compreensão da condição do homem possível apenas, justamente, desde a inter-relação dos níveis biológico, social e cultural[18].

Nessa ordem, REALE definirá cultura como o "sistema orgânico de bens de diversa natureza, nos quais se concretizam, através da história, os valores em razão dos quais a vida humana adquire sentido e significado"[19]. E VORLÄNDER assentará que as "instituições e práticas sociais tornam-se aquilo que são apenas através de sua localização e ancoragem com um nexo de significados culturais"[20].

Sendo assim, é inexorável reconhecer o Direito como filho da Cultura, mas, mais que isso, como expressão cultural que, assim, se apresenta de modo dinâmico e dialético, em constante processo vivo, vivido e vivente[21]. De toda sorte, dentro da ampla acepção de cultura, é possível restringir um pouco mais o

---

[18] GEERTZ, Clifford. O crescimento da cultura e a evolução da mente. *In*: GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008, pp. pp. 41-61.

[19] REALE, Miguel. Direito e Cultura, *op. cit.*, p. 293; REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003: "'cultura' é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história como cabedal ou patrimônio da espécie humana".

[20] VORLÄNDER, Hans. What is "constitutional culture"? *In*: HENSEL, Silke et al. *Constitutional Cultures*: On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2012, pp. 21-42, p. 27: "institutions and social practices become what they are only through their location and anchoring within a nexus of cultural meaning".

[21] Sobre a processualidade histórica da experiência jurídica: SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

espectro de significados possíveis, acenando, por exemplo, para o, ainda polissêmico e complexo, conceito de *cultura política*.

Aponta-se que a expressão cultura política foi primeiramente apresentada por HERDER. Ele esteve particularmente preocupado com as determinações que ajudassem a produzir um sentido de identidade coletiva que, por um lado, unisse os indivíduos e, por outro, os diferenciasse de outras coletividades. Nesse contexto, o sentido mais restrito de cultura política insere-se e interage com a mais ampla acepção: cultura sócio-política[22]. Contemporaneamente, há um primeiro conceito bastante difundido de *cultura política* que é particularmente vinculado a uma perspectiva analítica e que diz respeito ao conceito de sistema político[23]. Nesses termos, ela é compreendida como o modelo de atitudes e orientações dos membros de um sistema político em relação à política, como o conjunto de significados e finalidades em que cada sistema político está fixado. Essa perspectiva se coloca de modo um tanto atomista, focando-se na dimensão subjetiva da política, através da agregação da opinião pública e da analise dos padrões de comportamento dos indivíduos, agentes sociais e atores políticos. Se relacionada a esse sentido de cultura política, cultura constitucional seria mais proximamente identificada com a dimensão sociológica do sistema político.

No entanto, a partir da aproximação da ciência política à teoria cultural e à antropologia cultural, o conceito de cultura política tende a ser reorientado, especialmente, sobre duas premissas. A primeira delas é que a política, fundamentalmente, é uma atividade social que se desenvolve em uma rede de significados socialmente construídos e que, apesar de sujeita a preferências, restrições e direcionamentos, contribui pra a construção normativa e simbólica dessa rede de significados, funcionando como uma guia mestra para interpretação da vida e dos comportamentos culturais. A segunda coloca-se na compreensão de que as conotações políticas são cristalizadas nas culturas que encarnam os

[22] BARNAND, F. M. Culture and political: development Herder's suggestive insights. *The American Political Science Review*, v. 63, n. 2, pp. 379-397, jun. 1969.

[23] ALMOND, Gabriel; VERBA, Sidney. *The civic culture*: political attitudes and Democracy in five nations. New Bury Park: Sage Publications, 1989.

significados sociais de uma comunidade, portanto, é basicamente a cultura que distingue uma comunidade da outra[24].

Nesse contexto, a ideia de cultura aproxima-se da ideia de identidade, enquanto identificação e diferenciação de uma comunidade própria, no tempo e no espaço. Uma identidade que é produzida por uma cultura, sendo-lhe parte e momento, reflexo e impulso. De mesmo modo, como se desenvolverá, a cultura constitucional relaciona-se com a identidade constitucional, bem como com a cultura e com a identidade do constitucionalismo.

Há ainda outro conceito importante que busca relacionar Cultura e Direito que é o conceito de *cultura jurídica*. Como aponta RALF MICHELS, por cultura jurídica muitas vezes compreende-se uma concepção alargada de Direito, portanto, no sentido de "Direito vivo" (EUGEN EHRLICH) ou "Direito em ação" (ROSCOE POUND), ou ainda, como sinônimo de família jurídica ou tradição jurídica. Autores como LAWRENCE M. FRIEDMAN, de modo um pouco diferente, utilizam a expressão em um sentido mais preciso, articulando-o com os valores, ideias e atitudes que a sociedade tem em relação ao Direito. PETER HÄBERLE, de sua parte, trata cultura jurídica como um valor que se coloca em oposição à barbárie e ao totalitarismo, praticamente, como sinônimo ao Estado de Direito[25].

De todo modo, a ideia de cultura jurídica implica que o Direito – práticas, regras, instituições, doutrina – deve ser tratado como inserido em uma cultura mais ampla e abrangente. Assim, ela abarca não apenas a concepção de que o mundo "oficial" do Direito relaciona-se a uma cultura, mas, também, encara o Direito desde uma consciência mais geral, uma experiência jurídica que é amplamente compartilhada por aqueles que habitam um ambiente jurídico

[24] VORLÄNDER, Hans. What is "constitutional culture"? *op. cit.*, pp. 25-26.

[25] MICHELS, Ralf. *Legal Culture*. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3012&context=faculty_scholarship. MICHELS ainda elenca: "Others understand culture as certain modes of thinking; they speak of episteme or mentalité (Pierre Legrand), legal knowledge (Annelise Riles) and collective memory (Niklas Luhmann), law in the minds (William Ewald) or even cosmology (Rebecca French, Lawrence Rosen). In addition, an anthropologically influenced understanding exists of legal culture as the practice of law (Clifford Geertz)".

particular[26]. Nesse contexto, haverá, inclusive, quem fale de uma *cultura jurídica interna* (que diz respeito à atitude dos atores oficiais e operadores do Direito) e de uma *cultura jurídica externa* (relacionada à atitude da comunidade em geral para com o Direito)[27].

Nesses termos, MICHELS constata que a aproximação do Direito desde a perspectiva de uma cultura jurídica oferece pelo menos três contribuições interessantes: para a compreensão das particularidades de cada sistema legal, isto é, de suas características próprias, sua identidade; para a percepção do efeito do Direito na sociedade e em que medida o Direito positivado tem aderência na comunidade, sendo as leis e os julgados por ela implementados; e, também, para a uniformização do Direito, sua sistematicidade e coerência. Boa parte dessas contribuições que o conceito de cultura jurídica dá à compreensão do Direito chega à ideia de cultura constitucional para a compreensão do fenômeno e da realidade constitucional.

2. Dimensões da Cultura Constitucional

A ideia de cultura constitucional, articulando-se com a polissemia e complexidade dos conceitos de cultura e de Constituição, é ampla, sendo encontrada com diversas acepções. Ainda assim, elas guardam importante relação, especialmente, quando abordadas desde a perspectiva de que a Constituição é

[26] COTTERRELL, Roger. Comparative Law and Legal Culture. *In*: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias (eds.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 709-37. Sobre consciência jurídica: SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, *passim*.

[27] MICHELS, Ralf. *Legal Culture*, *cit.*, p. 2: "More useful is the division between internal and external legal culture introduced by *Lawrence M. Friedman* (but already visible in *Savigny*). Internal legal culture describes the attitude towards law of legal actors such as judges and lawyers; external legal culture describes the attitude towards law of the general population. Legal sociologists frequently consider the external legal culture as more important; doctrinal lawyers, by contrast, focus more on internal legal culture. The more autonomous law is within the society, the more important internal legal culture becomes in comparison to external legal culture".

uma unidade cultural, integrante e integradora, dos cidadãos e da comunidade política.

Em um primeiro sentido, a cultura constitucional é identificada com a própria tradição do constitucionalismo, na medida em que se coloca como a construção mais acabada da cultura jurídico-política contemporânea do quadrante ocidental. Nessa esteira, anda de braços dados com o Estado de Direito, acompanhando seu desenvolvimento no Estado Liberal de Direito, no Estado Social de Direito e no Estado Democrático de Direito. É, portanto, a expressão, na e à comunidade jurídico-política, de uma mundividência muito própria que, especialmente, pretende a todos os indivíduos como fundamentalmente iguais em uma humanidade comum e que, por conseguinte, fundamenta e justifica sua legitimidade em uma premissa cultural: a dignidade da pessoa humana.

Essa acepção revela uma primeira dimensão da cultura constitucional relacionada à cultura e à identidade do constitucionalismo que se apresentam em um conjunto dinâmico de símbolos, significados, valores e estruturas que se sedimenta a partir de processos históricos e se coloca como forma política legítima da e à comunidade, em justificativa fundamentada nessa cosmovisão particular[28].

Sobre essa primeira definição, assenta-se o conceito de constituição substancializado na premissa cultural do constitucionalismo, especialmente, em atenção a seu momento e ciclo histórico em relação ao Estado de Direito e à premissa da dignidade da pessoa humana.

Em uma segunda acepção, particularmente útil à sociologia constitucional, a cultura constitucional dirá respeito ao nível de conhecimento que o povo tem de sua constituição. Nesse sentido, não se trata, exatamente, da preocupação com fato do povo ter um conhecimento literal do texto e/ou da constituição em sentido instrumental. Sob essa ótica, a questão coloca-se em perguntar-se em que nível os

[28] Esse, por exemplo, é o sentido que se vê empregado em: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo Saraiva, 2015, p. 177. Utilizando a expressão "cultura política occidental" nesse sentido, em várias passagens: LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional* (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madri: Reus, 1985, p. 92.

cidadãos, os agentes públicos (!) e a sociedade em geral têm conhecimento do próprio projeto jurídico-político que a constituição lhes propõe. Assim, afiguram-se mais claramente a importância aos direitos e deveres fundamentais, ao compromisso com a igualdade, os instrumentos básicos de cidadania etc. Ainda se relacionando a esse sentido, está a questão da opinião que a sociedade, os diversos indivíduos e grupos sociais têm da própria Constituição e, em alguma medida, do sentimento que têm com relação a ela. Isso importará, naturalmente, em uma politização da discussão a seu respeito, trazendo colorações ideológicas, chegando, como aponta FERREIRA DA CUNHA, ao domínio do opinativo.

Uma terceira dimensão estará relacionada à existência e ao fomento de uma *cultura de constituição*, no sentido de integração da comunidade política na construção de um patrimônio ético republicano e democrático comum, com uma *interiorização constitucional pelo povo*. Nesse sentido, a concepção da cultura constitucional passa da sociologia constitucional para o da ética republicana[29]. Nesse sentido, estará relacionada a diversos outros conceitos que se apresentam de modo a complementarem-se, tais como, os de *vontade de Constituição*, *patriotismo constitucional* e *sentimento constitucional*[30].

Haverá ainda um quarto sentido, relativo à dinâmica e contexto da realidade constitucional, particularmente naquilo que, no debate norteamericano, muitas vezes se tratará por *jurisgenesis*. Desde essa perspectiva, cultura constitucional refere-se à compreensão do papel e das práticas de argumentação que guiam a interação entre os cidadãos e agentes públicos em questões e matérias

[29] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Constituição & Política*: poder constituinte, constituição material e cultura constitucional. Lisboa: *Quid Juris*, 2012, pp. 30-32. FERREIRA DA CUNHA tratará, basicamente de três sentidos: "do conhecimento constitucional, grau de informação (sentido 1), outra coisa é matear as opiniões sobre a constituição (sentido 2), e outra ainda (sentido 3) é encarar a *interiorização constitucional popular*, ou por um dado grupo da sociedade, considerando elementos positivos os preceitos ou os princípios de uma constituição propriamente dita", p. 31.

[30] É nesse sentido também, que acaba por trabalhar: MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *O Direito*, Lisboa, a. 138, n. 4, 2006. E tratando a todos esses sob a ideia de dinamismo constitucional: COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 378-81.

relacionadas ao sentido da constituição[31]. Portanto, ao contexto cultural em que se desenvolve a interpretação do sentido da constituição, não apenas em sua interpretação oficial, mas, aproximando-se da ideia de Constituição como um processo aberto, que se relaciona à compreensão de que a própria norma constitucional, construída na interpretação, dependerá, para além do texto, do contexto (cultural) em que se encontra[32].

Não em sentido destoante, ainda que não absolutamente coincidente, HÄBERLE entende a Constituição como um processo aberto. Assim, entende a *cultura constitucional* em sentido amplo. Define-a como a soma de atitudes, atividades, ideias, escala de valores, experiências e expectativas subjetivas, bem como, das ações objetivas que lhes correspondem, quer no nível pessoal do cidadão, quer no nível de suas associações, dos órgãos estatais e de quaisquer outros relacionados à constituição[33].

Ainda nessa esteira é possível falar-se de culturas constitucionais particulares[34] ou de *identidades constitucionais*[35]. Esse sentido é pertinente ao conceito de cultura política e implica em reconhecer-se uma cultura constitucional brasileira, uma cultura constitucional alemã, francesa, mexicana, americana e assim por diante. Ele se revela na forma particularizada como interagem as molduras e

---

[31] SIEGEL, Reva B. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: the Case of the de facto ERA (2005-06 Brennan Center Symposium Lecture). *California Law Review*, Berkeley, v. 94, n. 5, pp. 1323-1419, out. 2006, p. 1325.

[32] HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, a. 7, n. 13, pp. 379-411, jan./jun. 2010; HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madri: Tecnos, 2000, pp. 39-51.

[33] HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, *cit.*, pp. 36-37; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1997.

[34] HENSEL, Silke. Constitutional cultures in the Atlantic World during the "Age of Revolutions". *In*: HENSEL, Silke et al. *Constitutional Cultures*: On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2012, pp. 3-16; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 5 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 43.

[35] ROSENFELD, Michael. Constitutional identity. *In*: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford Press University, 2012, pp. 756-776; ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*: selfhood, citizenship, culture and community. Nova York: Routledge, 2010.

premissas do constitucionalismo e as identidades culturais locais, formando engenharias, contextos e sentidos constitucionais próprios. Nessa linha, várias são, por exemplo, os sistemas de governo possíveis de serem conciliadas com o constitucionalismo, havendo formas políticas particulares de presidencialismo, parlamentarismo e semipresidencialismo. De mesmo modo, variadas e diferentes são as leituras e abordagens a respeito de questões muito caras ao constitucionalismo, como o tema da tolerância e, mesmo, da tolerância para com os intolerantes, o do aborto, do tratamento de minorias etc. É nessa esteira que HÄBERLE também trata da constituição como peça cultural, para além do texto jurídico ou do sistema normativo de regulação, considerando-a como expressão "de un estado de desarrollo cultural, instrumento para la autorepresentación cultural de un pueblo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas"[36].

De toda sorte, mais do que acepções diferentes e desprendidas, essas são, todas, dimensões de uma ideia de cultura constitucional que gravita em torno da concepção da Constituição como uma unidade cultural, integrante e integradora, dos cidadãos e da comunidade política.

Deste modo, é possível dizer que se parte de uma concepção ampla de cultura constitucional que, em síntese, se identifica com três dimensões: uma relacionada à *identidade* e às *amarras do constitucionalismo*, qualificadora do próprio conceito de constituição; outra dimensão vinculada à *identidade constitucional*, na diferenciação e singularização das experiências constitucionais; e sua dimensão vital, relacionada à vivência da própria Constituição, que aqui trataremos em relação a uma *cultura de constituição*.

É a partir dessas dimensões que buscará se abordar esse conceito, não de forma enciclopédica, tratando individualmente cada uma das acepções ou dimensões possíveis à cultura constitucional, mas articulando-os de modo a evidenciar que todas elas são complementares e implicadas umas nas outras.

---

[36] HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación Constitucional, *op. cit.*, p. 384. Não deixa de ser significativa a referência e remição expressa que faz, nessa passagem, a SMEND, HELLER e HESSE, dentre outros.

3. Plano de Trabalho

Este trabalho é divido em três partes: Passado, Presente e Futuro. Na primeira delas, é tratado o caminhar e o formar da própria Teoria da Constituição até chegar às respostas weimarianas mais claramente ligadas à aproximação dialética do fenômeno constitucional. Na segunda parte, a partir das considerações desenvolvidas, apresentam-se apontamentos sobre o local da legitimidade, já em articulação com a própria dimensão da validade que, por sua vez, é mais claramente vinculada à ordem jurídica presente. Nesse caminho, avança-se na terceira parte observando aquilo que a cultura constitucional indica normativamente para o futuro, daquilo que pretende conformar e transformar, chegando à dimensão da eficácia de uma Constituição sem, contudo, deixar de atentar para a relação dessa face com a própria validade e, especialmente, com a legitimidade.

Portanto, ao tratar da cultura constitucional, não se pretende uma aproximação ao Direito Constitucional Cultural, isto é, ao tratamento constitucional positivo e dogmático da cultura pelas diversas ordens jurídicas. Esse é tema correlato que não será abordado de forma mais detida. De todo modo, essa é uma questão interessante para a compreensão de uma específica identidade constitucional, o que tampouco é objeto deste trabalho, especificamente.

Outro registro que se faz é o de que ao organizar o texto em Passado, Presente e Futuro, não se propõe uma abordagem a respeito do constitucionalismo do passado, do presente e do futuro. O que se pretende é articular as questões da legitimidade, da validade e da eficácia da Constituição (da cultura constitucional) em relação a uma referência que é construída historicamente no curso da cultura do constitucionalismo, que se pronuncia no presente com a construção de uma ordem válida e que lança perspectivas e

expectativas para o futuro enquanto projeto normativo que se pretende eficaz e efetivado.

Para abordar e relacionar essas várias dimensões da ideia de cultura constitucional, é importante ter-se claro as dificuldades, questões e posturas que, maximamente, subjazem à Teoria da Constituição. Se o Direito Constitucional, basicamente, nasce e se consolida a partir das construções desenvolvidas na sequência das Revoluções Liberais, o questionamento acerca das condições de possibilidade de seu conhecimento e, de algum modo, de sua existência, surge, efetivamente, apenas no ambiente alemão dos anos de 1920, início dos anos 1930. As discussões jurídico-políticas a respeito da República e da Constituição de Weimar de 1919, desenvolveram-se, particularmente, em episódio que é muitas vezes denominado: a *luta pelo método*. RUDOLF SMEND aponta, que, com essa *disputa*, de algum modo, rompeu-se com certa "ingenuidade" da Teoria do Estado e do Direito do Estado a respeito do fenômeno constitucional, particularmente, a partir das considerações elaboradas por KELSEN[37], que, de certo modo, inauguram essa *querela*.

A Alemanha do entreguerras vivia um momento marcadamente politizado, não apenas no que diz respeito às disputas sociais e político-partidárias, mas, também, quanto às discussões e posições acerca do método de conhecimento do Direito, do Estado, da constituição e das formas de vida política[38]. Nesse ambiente, o criticismo kelseniano foi seguido por uma série de visões que, de maneiras diferentes, responderam, se contrapuseram e se colocaram como alternativa à Teoria Pura, no mais das vezes, apresentando grande atenção e preocupação com a politicidade da dinâmica constitucional.

Assim, é possível dizer que a Constituição de Weimar, quer pelo cenário e atmosfera a que foi vinculada, quer pelos desenvolvimentos da Teoria da Constituição que ali afloraram – mas, também, pelas previsões e propostas contidas em seu próprio texto – revelou ao máximo a carga política da experiência

[37] SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, p. 47

[38] STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre* – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte? Steiner: Stuttgart 2001, p.5.

constitucional. Não raro diz-se que aquele foi o momento de fundação e fundamentação do Estado Social, marcado pelo reconciliar entre Estado e sociedade e que, nessa esteira, em boa medida, trouxe para dentro do círculo e do jogo jurídico-constitucional grande parte das disputas político-sociais antes colocadas à parte do Direito.

Portanto, antes de adentrar-se mais propriamente nas questões mais intimamente relacionadas às dimensões da ideia de cultura constitucional, abordar-se-á a conjuntura e as formulações presentes no berço da Teoria da Constituição. Para se compreender mais claramente esse contexto, iniciaremos situando a questão do Direito Constitucional da segunda metade dos oitocentos, "pré-Teoria da Constituição", portanto, do ambiente jurídico-político que deu substrato para o nascimento da Teoria da Constituição. Nele se registra um caminhar interessante quanto à consolidação do Direito Público, que, no entanto, é marcado por um fechar-se sobre uma postura estática e, em boa medida, acrítica sobre o fenômeno jurídico-político. Dele é fruto, por exemplo, uma Teoria *Geral* do Estado, de cunho, particularmente, jurídico e universalista, pretensamente destacada de qualquer "contaminação política" e intimamente relacionada aos pressupostos do *Gesetzespositivismus* mais clássico. A compreensão dessa discussão "*intramuros*" é interessante para ter-se em conta a própria razão de ser da Teoria da Constituição que lhe segue.

Destarte, na sequência, avançar-se-á expondo-se, propriamente, sobre algumas das principais respostas jurídico-políticas apresentadas naquele momento. Para tanto, far-se-á uma aproximação às formulações dos principais expoentes da *luta pelo método*, tendo como referências os quatro autores, via de regra, tidos como canônicos da *disputa*: KELSEN, SMEND, SCHMITT e HELLER. Para essa abordagem, eles estarão divididos entre aqueles que podem ser identificados com uma posição epistemológica eminentemente não dialética (KELSEN e SCHMITT)[39] e os de posição epistemológica basicamente dialética (SMEND e HELLER)[40].

[39] Em que pesem as imensas diferenças, debates e tensões entre as figuras e as ideias de HANS KELSEN e CARL SCHMITT, muitas vezes tidos como antípodas – como, de fato, desde uma certa

Essa exposição inicial terá como principal intuito apresentar algumas das questões inerentes à Teoria da Constituição desde seu berço, nas quais subjaz boa parte da discussão a respeito da realidade constitucional até a contemporaneidade[41].

A partir da segunda parte da tese, desenvolver-se-á a sequência do trabalho mais proximamente alinhada a uma tradição da Teoria da Constituição de matiz dialético, buscando compreender o Direito Constitucional, a Teoria da Constituição, o constitucionalismo e a própria constituição, em sua dimensão cultural. Portanto, não apenas como uma estrutura de normas de organização do Estado e/ou da sociedade válida tão somente a partir de procedimentos formais, racionalmente tidos como "legitimadores", ou desde uma decisão *ex nihilo*, mas reconhecendo a experiência constitucional como um processo cultural em curso. Assim, caminha-se na direção de compreender a constituição como uma unidade cultural (dinâmica) da qual são parte e estão em constante diálogo: normalidade e normatividade, conteúdo e forma, política e Direito, indivíduo e comunidade.

Nesse contexto, algumas questões aparecem em destaque. A primeira delas está relacionada ao fato de o próprio conceito de constituição surgir em referência a uma determinada rede de valores, signos e significados. A questão original colocada ao constitucionalismo é, justamente, a necessidade de legitimidade do poder. Uma legitimidade que se apresenta como justificação em referência a uma mundividência específica, construída e apresentada pela cultura política do Ocidente. Esta mesma, com raízes remotas na tradição greco-romana e judaico-cristã, mas, especialmente, entendida como fruto de lutas sociais, construções filosóficas e ideológicas, portanto, como decorrente de processos históricos – guia e produto – de um projeto político-cultural. Este, a princípio, é muito próprio do

---

perspectiva o foram – parece possível identificar como ponto comum a ambos serem leitores de HOBBES, o que lhes implicou posições não dialéticas a respeito da Teoria da Constituição.

[40] Essa dicotomia que acompanhamos, desta forma, é sugerida em: CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*: the theory and practice of Weimar constitutionalism. Durham: Duke University Press, 1997 (eBook).

[41] VEGA GARCÍA, Pedro de. Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. *In*: La ciencia del derecho durante el siglo XX. México: UNAM, 1998, pp. 3-44.

quadrante ocidental[42] que se organiza, constitui e é constituído, daquilo que aqui tratamos enquanto cultura do constitucionalismo. Cultura em toda sua complexidade, logo, envolvida e envolvente de dimensões pretérita, presente e futura, no que importa compreender que há uma relação dialética entre legitimidade, validade e eficácia, intrínseca à própria realidade constitucional e à história do constitucionalismo.

A implicação dessas dimensões insinua determinadas perspectivas a respeito da questão da soberania e do poder constituinte, bem como, da atuação deste no momento de fundação de uma nova ordem jurídica estatal, mas não só nesse momento fundacional. Eis que, como dito, há uma relação necessária entre normalidade e normatividade; entre forma e conteúdo; *ser* e *dever ser*; entre indivíduo e comunidade, em integração (em liberdade), numa dinâmica cultural de amiúde legitimação da constituição, à formula de RENAN, que, por conseguinte, influencia as construções de SMEND e HELLER[43].

Essas, basicamente, são as preocupações expostas na segunda parte da tese. No capítulo quarto abordar-se-á a legitimidade como justificação político-cultural da ordem jurídico-política. No quinto, aproximar-se-á das questões da constituição como produto de uma cultura, da soberania popular. E, no sexto, segue-se para uma compreensão do que constitui o poder constituinte e deste momento fundador como uma leitura específica da identidade do constitucionalismo em articulação com as culturas e identidades locais para, assim, formar-se uma nova *identidade constitucional* que se faz viva na cultura constitucional.

Todos esses tópicos estão especialmente, ainda que não exclusivamente, relacionados à primeira dimensão da cultura constitucional – ou, dito de outro modo, da cultura e identidade do constitucionalismo – e à relação entre

---

[42] Em sua multiplicidade comum, sua "pluralidade em unidade", de algum modo, como CHARLES TAYLOR anota: "The contemporary Atlantic world is seen as a culture (or a group of closely related cultures) with its own specific understandings of, for example, person, nature, and the good", TAYLOR, Charles. Two Theories of Modernity. *Public Culture*, Durham, v. 11, n. 1, pp. 153-174, inverno 1999.

[43] SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1985, p. 63; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 208; RENAN, Ernst. *¿Qué es una nación?*. Buenos Aires: Hidra, 2010.

legitimidade e validade da ordem constitucional. No entanto, a constituição como "ordem jurídica da comunidade política" coloca-se com pretensão de eficácia social, isto é, com a força normativa que lhe é característica, particularmente, a partir do Estado Democrático de Direito. Antes de mais, as normas constitucionais são normas jurídicas e, assim, dotadas de imperatividade. De toda sorte, em razão de certas circunstâncias, elas possuem algumas características muito peculiares que lhes colocam em situação excepcional em relação às demais normas do ordenamento, em especial, no que se refere à sua efetiva concretização, eficácia e efetividade. Assim, elas dependem de algo para além das sanções e dos instrumentos coercitivos classicamente tidos em conta pelo Direito. É desde aí que se propõe a aproximação da relação entre as dimensões da legitimidade e da eficácia da ordem constitucional, com particular atenção ao elemento vital da cultura constitucional.

A eficácia de uma constituição, em última instância, não pode ser compreendida, tão somente, a partir de uma visão estritamente jurídica. Considerando que a própria constituição é um fenômeno jurídico-político, atenta-se para o fato de que a politicidade não é presente apenas na justificação da legitimidade da ordem, mas, também, a eficácia dela depende do reiterado compromisso atualizado da comunidade, como um todo, e dos cidadãos, individualmente, com esse determinado projeto jurídico-político. Assim, em alguma medida, é possível apontar que a própria possibilidade de a constituição pautar a comunidade, normativamente, para o futuro, depende de uma *cultura política* revelada em um patrimônio ético comum que possibilite esse compromisso com o cumprimento da normatividade constitucional que incide na realidade constitucional, isto é, que depende de uma *cultura de constituição*.

Essa relação mútua entre sentir-se uma ordem legítima (porque justificada) e sua eficácia/efetivação, de certo modo, trata de um reconhecer de uma determinada estrutura valorativa imanente no *ethos* da comunidade, portanto, de uma consciência. Ao mesmo tempo, é uma vontade, enquanto fator proativo e vital necessário a essa estrutura para a eficácia e força normativa constitucional. É, também, um tanto de patriotismo, na medida em que é uma estrutura normativa a

ser defendida e revigorada, capaz de produzir uma força integradora. E, ainda, é sentimento por ser uma ordem axiológico-normativa, não apenas racional ou coercitivamente cumprida, mas, também sentida e interiorizada como própria da comunidade e de seus cidadãos, como uma identidade constitucional da comunidade. É, portanto, mais amplamente bem reconhecida como uma *cultura de constituição* que impulsiona o movimento e o viver de uma *cultura constitucional*, expondo aquilo que o conceito de Cultura tem a capacidade de compreender nas dimensões pretérita, presente e futura[44].

Sem dúvida, a consolidação de tal cultura constitucional não é a panaceia de todas as questões referentes à comunidade jurídico-política, tampouco, revela-se como superadora, por si só, das desigualdades sociais, ou autonomamente emancipadora dos cidadãos. De mesmo modo, não é o fortalecimento e encaminhamento da cultura constitucional capaz de, isoladamente, criar e conformar uma comunidade justa, em que estejam realizados plena e prontamente (se é que isso seria mesmo possível em alguma hipótese estática) "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". Naturalmente, há muitos componentes correlatos e necessários a esse projeto, como, por exemplo, especialmente nos casos de países periféricos, a promoção de uma democracia econômica, a superação do subdesenvolvimento, dentre outros fatores que, em boa medida, demandam uma renovação de uma Teoria do Estado própria[45].

Contudo, em tempos de discursos de "exceção econômica permanente", que, por vezes, indicam o fim, ou, algum fim da estatalidade, quando não do próprio Estado, a consolidação de uma cultura constitucional na comunidade jurídico-política é condição para a realização da dinâmica democrática necessária à persecução do projeto do Estado Democrático de Direito, viabilizador da emancipação do indivíduo à condição de cidadão, portanto, não apenas como elemento, mas, realmente, como partícipe do processo político. Isso depende da repolitização da questão da legitimidade, da insistente identificação do povo como

---

[44] HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização, *op. cit.*, *passim*.

[45] BERCOVICI, Gilberto. Intervenção. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 77-79.

soberano dentro do jogo democrático e da (re)colocação da questão da soberania em seu efetivo lugar: no Político.

Quanto aos planos da legitimidade e da eficácia, essas são duas dimensões que vivem em processo dialético de mútua conformação e conformidade. Nas discussões acerca das possíveis teorias sobre o justo é recorrente questionar-se: aquilo que é tido como justo é aquilo que é socialmente eficaz enquanto norma moral e/ou jurídica? Ou será que aquilo que tem eficácia enquanto norma é que é, necessariamente, aquilo que é tido como idealmente justo? Ou, em outras palavras, o Direito conforma a atuação do Político ou o Político é que conforma o conteúdo do jurídico? Que dimensão explica a outra? A resposta que parece aplicável é justamente a de que existe um processo dialético que se desenvolve no sentido de equilibrar ambas as dimensões.

E é nesse limite que se chega ao último ponto a ser explorado. O compromisso com o projeto jurídico-político da cultura do constitucionalismo e de uma identidade constitucional coloca-se, não apenas, como um compromisso com sua normatividade e eficácia, mas, também, necessariamente, como um compromisso com sua própria concretização e atualização. A identidade constitucional é em parte dada, em parte criada e renovada. Ela se coloca, simultaneamente, na natureza contrafactual da normatividade constitucional e na inerente "normalidade/normatividade" que a justifica em referência à cultura do constitucionalismo.

Parte I

Passado

O Poder emana do povo
- Mas, para onde ele vai?
BERTOLD BRECHT

CAPÍTULO 1

DO DIREITO DO ESTADO À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO:

ALGUNS ANTECEDENTES PARA COMPREENDER A LUTA PELO MÉTODO DE WEIMAR

A Teoria da Constituição surge no contexto da República de Weimar, a partir das discussões a respeito da comunidade política e do espírito da Constituição alemã de 1919. Esta foi a primeira experiência que, realmente, pretendeu combinar constitucionalismo e democracia[46] e, até por isso, ainda que não apenas por essa razão, possibilitou, provocou e foi cenário de uma intensa disputa metodológica entre diversos pensadores, de variadas posições, sobre os fundamentos e caminhos da Teoria do Estado e, em desdobramento, da Teoria da Constituição.

Na *luta pelo método* (*Methodenstreit*)[47], como ficou conhecido esse episódio, houve uma significativa ampliação dos campos de discussão a respeito da

[46] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 149.

[47] Ainda que a expressão *Methodenstreit* esteja muito relacionada à (disputa) *luta pelo método* na Teoria da Constituição na República de Weimar, ela também é bastante ligada à importante disputa travada no mundo germânico, particularmente entre as décadas de 1880 e 1890, conhecida como *Methodenstreit der Nationalökonomie* que teve como principais antípodas a Escola Austríaca – "dedutiva" e "axiomática" –, liderada por CARL MENGER, e a Escola Historicista alemã – "histórica" e "institucional" – capitaneada por GUSTAV VON SCHMOLLER. De fato, esta disputa influenciou fortemente todo o curso das ciências sociais aplicadas e suas

comunidade política e do Estado, de seu desenvolvimento, vida e dinâmica. Desde aí, fomentou-se o questionamento, especialmente, a respeito das condições de possibilidade de conhecimento da realidade estatal, do ordenamento jurídico e, particularmente, da constituição.

Não que, antes disso, não tenha o Ocidente proposto vários arranjos e possibilidades para a compreensão e para a aproximação à questão da comunidade política ou do Estado. Muito pelo contrário, em grande medida, essa tem sido a pauta de boa parte das principais reflexões sobre o humano desde o milagre grego, estando presente de modo perene durante toda a Antiguidade, o Medievo, a Modernidade, chegando ao tempo presente. Entretanto, sua observação a partir das lentes da Teoria da Constituição coloca-se desde perspectiva uma jurídico-política determinantemente marcada pelo constitucionalismo e pelo Estado de Direito. Ela surge como fruto do momento de crise do formalismo jurídico e do modelo liberal de Estado de Direito; portanto, coloca-se em momento de certa "reconciliação" entre Estado e sociedade, o que implicou em alguma juridificação dos próprios processos políticos e das relações sociais, de modo geral[48].

---

raízes remontam a uma longa história filosófica. Aqui, quando falarmos indefinidamente *Methodenstreit,* estaremos nos referindo à *luta pelo método do Direito Constitucional* na República de Weimar. Esta também é às vezes tratado como *Richtungsstreit*. *Richtung* pode significar caminho, direção, orientação, tendência, escola de pensamento. SMEND, por exemplo, utiliza esta expressão para ser referir ao debate weimariano: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer um der Richtungsstreit. *In*: SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche Abhanlungen:* und andere Aufsätze, 4 ed., Berlim, Ducker & Humblot, 2010, pp. 620-635. Entretanto, essa expressão também é utilizada em outras áreas, tratando de outras discussões não necessariamente ligadas ao Direito Constitucional ou à Teoria do Estado. É exemplo disso o embate relacionado à disputa ocorrida, também na Alemanha dos anos 1920, sobre o papel e sentido das bibliotecas públicas, a *Richtungsstreit im Bibliothekswesen*, em que polarizavam duas escolas: a *Alte Richtung*, liderada por ERWIN ACKERNECHT, e a *Neue Richtung*, de WALTER HOFMANN. Sobre a *luta pelo método* da economia: BOSTAPH, Samuel. Methodenstreit. *In*: KALDIS, Byron (ed.). *Encyclopedia of Philosophy and Social Science*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2013, pp. 603-605.

[48] Juridificação aqui é utilizado no sentido dado por: NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 91, pp. 5-20, 2011, p. 18: "Utilizamos juridificação aqui no sentido mais largo e amplo de 'tradução para o código do direito', de tal maneira que todos os diferentes sentidos apontados por Teubner possam ser reunidos sem se excluírem mutuamente", o que, portanto, não se confunde com judicialização. Não raro atribuísse a utilização original do termo a OTTO KIRCHHEIMER, que, na verdade, o propõe de modo crítico, no contexto que da acusação que a esquerda alemã fazia à "domesticação" da luta de classes pelo Direito: RODRIGUEZ, José

Ao iniciar-se esse trabalho com um remontar dessa disputa, principiando pelo momento que imediatamente lhe antecede, pretende-se apontar para como o rompimento com percepções e respostas formalistas e/ou positivistas possibilitou uma mais apurada compreensão das dificuldades e das complexidades do fenômeno jurídico-político.

É possível dizer que o momento de Weimar, realizado como instante de abertura de horizontes às possibilidades do Estado de Direito e de realização de uma cultura de liberdade, já propõe as bases de grande parte das questões que ainda hoje são caras e decisivas para o debate sobre a Constituição e sobre a cultura constitucional.

O período de consolidação do Estado alemão, inicialmente sob a preponderância da corte prussiana e depois com a República de Weimar, foi marcado por diversas discussões teóricas e políticas sobre o formato, a função e a estrutura do Estado. Nessa linha, se foi do momento alemão do século XIX – após a unificação bismarckiana – a preocupação por se autonomizar as *Ciências do Estado* (*Staatswissenschaften*) e por se estabelecer uma *Teoria Geral do Estado (Allgemeinestaatslehre)*[49], é especialmente das discussões epistemológicas de Weimar – contexto conhecido como *a luta pelo método* (*Methodenstreit*) – que saíram as principais questões e respostas jurídico-políticas sobre o conceito e sentido do Estado e sobre as formas de vida política[50].

Rodrigo. *Fuga do Direito*: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009, especialmente, pp. 129-168. Para uma visão mais ampla do conceito, inclusive, destacando mais firmemente sua ambiguidade como algo positivo e negativo: TEUBNER, Günther. Juridification: concept, aspects, limits, solutions. *In*: TEUBNER, Günther (ed.). *Juridification of Social Spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlim: Walter de Gruyter, 1987, pp. 3-48.

[49] CARVALHO, Orlando de. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: *Kriterion*, 1951, pp. 21 e ss.

[50] STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre*, *cit.*, p. 5. Naturalmente, a questão do conceito e sentido do Estado é, ela mesma, anterior a esse momento. Para não nos estendermos muito, basta apontar para a criação da Ciência Política por MAQUIAVEL, ainda no século no século XVI, e a construção magna de HEGEL no século XIX. Já a discussão sobre as formas de vida política é perene e visceral ao Ocidente, bastando apontar para a *República* de PLATÃO, para a *Política* de ARISTÓTELES e todos os que lhes seguiram no curso da história ocidental. Contanto, o que se aponta aqui, acompanhando STOLLEIS, é que esse é um privilegiado momento crítico e de crítica sobre essas temáticas a partir de um despertar para as questões epistemológicas de natureza jurídico-política.

Foi basicamente nesse contexto weimariano que nasceu a Teoria da Constituição, propriamente dita, e se delinearam mais claramente suas principais correntes que até hoje influenciam e pautam este campo, quer aquelas ligadas ao positivismo normativo, quer aquelas ligadas ao decisionismo ou, ainda, às posições marcadamente não positivistas e dialéticas[51]. Parafraseando NELSON SALDANHA – ele tratando da sobrevivência de certas ideias na Filosofia – talvez não seja demais afirmar, quanto à continuidade das questões na Teoria da Constituição, que ela se dá "mais talvez por conta das perguntas do que das respostas"[52].

A Constituição de Weimar fundou a República alemã que sobreviveu entre 1919 e 1933. Trata-se de texto, momento e espírito absolutamente determinantes *do* e *para o* constitucionalismo. Ela marca o formular da própria ideia de Estado Social e Democrático e, em que pese a anterior entrada em vigor da Constituição Mexicana de 1917, é com ela e com toda a discussão a seu respeito que se modulam as bases dessas importantes dimensões do Estado de Direito contemporâneo[53].

As primeiras constituições escritas – a de 1787 da Convenção da Filadélfia e a de 1791 da Assembleia Nacional francesa – surgem como fruto de movimentos

---

[51] HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 6, pp. 177-198, 2002, p. 182: "«Sobre las espaldas de los gigantes»: esta expresión, en mi opinión, es particularmente válida para definir, en la Ley Fundamental, la relación con «Weimar» de los tratadistas alemanes de Derecho público desde 1949 hasta nuestros días. Así como los famosos años veinte aportaron a Berlín un florecimiento todavía hoy admirado en el arte y en la ciencia, de la misma forma los publicistas de Weimar, en sus controversias, han planteado las preguntas y ofrecido las respuestas, que hoy se consideran «clásicas», y frente a las cuales nosotros todavía somos «enanos sobre las espaldas» de aquellos gigantes, lo que no excluye que nosotros, que seguimos sobre sus espaldas, podamos, alguna vez, ver más allá de lo que ellos lo hicieron". Também: LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Historia Constitucional*, Madri, n. 9, pp. 259-295.

[52] SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3: "A filosofia se desdobra continuamente, incorpora temas e problemas, adapta-se aos tempos (...). E sempre a sobrevivência de certas idéias, mais talvez por conta das perguntas do que das respostas. Certamente que as transformações históricas afetam as perguntas tanto quanto as respostas, mas estas são sempre mais precárias: as respostas duram menos do que as perguntas, e geralmente atingem nível menos fundo".

[53] Sobre o destaque histórico da Constituição de Weimar sobre a Constituição Mexicana de 1917: PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *República de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 169, pp. 101-126, jan./mar. 2006.

revolucionários, liberais, modernos, burgueses, que, em boa medida, revelavam a carta de intenções de revoluções vitoriosas[54]. Ainda que diferenças marcantes possam ser identificadas ao comparar essas duas experiências jurídico-políticas[55], ambas são filhas de seu tempo e refletem seu momento histórico[56].

As revoluções burguesas, em França e na América do Norte, ambicionaram subverter o *status quo* de organização da sociedade e das estruturas jurídico-políticas. Para tanto, institucionalizaram em suas constituições uma

---

[54] É de se destacar que, particularmente em França, em que pese a primeira Constituição do novo regime ser de 1791, várias constituições, cartas constitucionais e governos transitórios sucederam-se em um bastante curto período. Indicando alguns motivos para essa instabilidade gerou seis Constituições entre1791 e 1804: DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26. Indo além, inclusive, apontando para o fato de, nem mesmo, o número de constituições francesas na história ser um consenso na história constitucional: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A revisão da constituição francesa de 1958. A permanente procura de uma constituição modelar. *Cuestiones Constitucionales*, Cidade do México, n. 3, pp. 121-165, jul./dez. 2000. Tratando do conturbado período pós-revolucionário francês: BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 134 e ss.

[55] GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2006, p. 64: "Sin embargo, América precedió a Europa en la constitucionalización del poder y el motivo se halla, una vez más, en la ruptura revolucionaria con el poder tradicional. Ciertamente, la responsabilidad de esa ruptura no puede atribuirse a la burguesía en su acepción continental, puesto que este concepto no es transferible sin reparos a la sociedad americana, carente de estamentos; pero, en sentido no corporativo, puede considerarse burgués al conjunto de la América da aquella época. Esta hipótesis encuentra apoyo en la circunstancia de que los habitantes blancos no sólo era políticamente libres sino también, en su gran mayoría, económicamente independientes y que esta independencia la habían obtenido de su actividad económica, no de empleos públicos o rentas inmobiliarias"; em sentido similar, DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*, *cit.*, p. 38.

[56] A primeira das diferenças que se pode mencionar é exposta no fato de a Constituição de 1787, efetivamente, fundar e constituir o recém-nascido Estado Norte-Americano, enquanto a Constituição Francesa de 1791, de certa forma, refunda o já existente Estado Francês. Nesse sentido, JACOBSON e SCHLINK apontam que na tradição jurídico-política anglo-americana a Constituição antecede e, mesmo, funda o Estado, enquanto na tradição jurídico-política continental o Estado antecede a Constituição. Isso se deve a uma série de fatores e características próprios de cada experiência. Também nessa linha, enquanto, oficialmente, a França vive sua décima quinta Constituição (vigente desde 4 de outubro de 1958), dentre tantas outras (vinte e duas) constituições que chegaram a ser escritas (entre oficiais e não adotadas), os Estados Unidos seguem com sua mesma constituição desde 1787 à qual fora acrescentadas vinte e sete emendas. JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). *Weimar:* a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002, p. xi. Em outro texto, SCHLINK, comentando a construção da *identidade constitucional* nos termos de ROSENFELD, destacará, inclusive, que a identidade alemã é, em muito, tributária de um *Staatsvolk*, de uma certa identidade estatal, que é diferente, quer da identidade nacional, quer da identidade constitucional: SCHLINK, Bernhard. The constitutional subject and its identity: my german experience. *Cardozo Law Review*, Nova York, v. 33, n. 5, pp. 1869-1873, 2012, pp. 1871-1873. Com posição diferente, entendendo que é marca de todas as Constituições liberais constituírem um novo Estado: GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 45 e ss.

igualdade formal, eliminando da organização estatal os privilégios nobiliárquicos[57]. Fizeram-no, de certo modo, reproduzindo a divisão entre Estado e sociedade tão típica dessa modernidade. Nessa visão, o Estado deveria tratar a todos de forma "igual", enquanto a sociedade civil deveria organizar-se autonomamente. Com isso, de alguma maneira, pode-se dizer que as revoluções burguesas romperam com um *status quo* social estático – regido por padrões nobiliárquicos, de honra e de sangue – e, afirmando-se frente esses poderes históricos, instauraram outro modelo social, também estático, agora regido pelos valores burgueses[58]. Ou seja, as constituições liberais não programavam mudanças ou transformações políticas ou sociais, mas, basicamente, consolidavam e cristalizavam as mudanças ocorridas e conquistadas no seio social e pelos movimentos revolucionários[59].

Além disso, especialmente no âmbito francês – e europeu de modo geral –, no curso do século XIX houve um progressivo processo de dessubstancialização

---

[57] Naturalmente, nem mesmo esse processo de reconhecimento de uma igualdade formal ocorreu de forma estanque e imediata, simples ou direta. Num primeiro momento, e durante todo o século XIX, muitas foram as previsões de votos censitários e condições à participação política dos cidadãos, como se vê na vedação ao voto feminino, que só veio a ocorrer no mundo em 1893 na Nova Zelândia, para não se falar da base escravagista da economia americana até a Guerra de Secessão americana.

[58] GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, pp. 55 e 56, "Este cambio se explica por la distinta función que tenía que cumplir la teoría del Derecho constitucional, pues una vez asentado y asegurado el régimen liberal burgués, tal teoría ya no precisaba – como en los tiempos en que el nuevo régimen pugnaba por afirmarse frente a los poderes históricos – ser un medio de conocimiento al servicio de una transformación, al modo de la primitiva doctrina constitucional fundada en el iusnaturalismo y tan mezclada con estimaciones políticas, sino simplemente un medio de explicación de una realidad cuyo contenido aparecía como indiscutible y definitivamente afirmado. Ahora bien, es claro que toda evidencia en el contenido conduce, en principio, a un resaltamiento de la forma; toda evidencia en lo substancial, a una doctrina desustancializada".

[59] É importante destacar que os contextos revolucionários Francês e Americano, em vários sentidos, são bastante diferentes um do outro. Ainda que tenha havido significativa mudança social em ambas as realidades, de fato, os principais *fronts* de batalha política das duas revoluções eram significativamente diferentes. Enquanto a Revolução Francesa opunha-se forte e explicitamente aos poderes históricos e aos privilégios nobiliárquicos, a revolução norte-americana, na verdade, encontrava seu principal motivo e bandeira revolucionária na emancipação da economia norteamericana em relação à exploração inglesa, marcadamente personificada na instituição do parlamento. Tais diferenças decorrem e implicam em inúmeros fatores históricos, que passam pelo formato do Estado Inglês, suas instituições e organização jurídico-política em comparação ao Estado absolutista francês; pela estrutura e organização econômica, já, significativamente, mais moderna na Inglaterra que no Reino da França; pelo fato, também, de a revolução norteamericana tratar-se de uma guerra de independência e a Revolução Francesa situar-se, justamente, em solo francês; pela estrutura colonial adotada para as colônias norteamericanas e, particularmente, sua estrutura social, dentre tantos outros.

das constituições, ao passo que o jusnaturalismo ligado ao movimento revolucionário francês foi esgrimindo-se como uma ideologia legitimadora das reivindicações burguesas. Esse fato foi acentuado pela preponderância da perspectiva *jusprivatista* e pelo intenso movimento de secularização do Estado e, mesmo, da sociedade, que conduziu à formalização dos conceitos e à tecnicização (tecnificação) das estruturas constitucionais. O que na Alemanha foi visto, especialmente após a *primavera dos povos* no *annus mirabilis* de 1848, com a resposta conservadora da própria burguesia[60].

Nessa virada de século, do XVIII para o XIX, enquanto Inglaterra, França e até os recém-nascidos Estados Unidos, vivam esse processo de "modernização" de suas sociedades e de seus Estados, os Estados e sociedade germânicos andavam a outro passo. HEGEL, mesmo, afirmou: "A Alemanha não é mais um Estado"[61]. Com isso identificava que o "direito constitucional" alemão convertera-se em Direito Privado e que, assim, não havia mais soberano na Alemanha. As instituições políticas germânicas daquele momento eram ultrapassadas e ainda reproduziam sua herança medieval[62]. Deste modo, em que pese um atribulado século XIX – quando a questão da unificação alemã, via de regra, esteve sempre bastante presente – a modernização dos Estados Alemães não significou um fortalecimento das classes burguesas, menos ainda alguma transformação da configuração social ou mudança de valores sociais ou do *establishment*.

Com o fim do Sacro Império Romano-Germânico em 1806 seguiram-se diversas tentativas de organização e unificação do território teutônico, até que em 1848 ocorrem as diversas revoluções na Europa central, inclusive nos territórios dos Estados Alemães. Em 1849, essas culminaram na Constituição de Frankfurt, que teve vida curta, sendo seguida, quase que imediatamente, pelas respostas

---

[60] HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? *In*: HELLER, Hermann. *Europa y el Fascismo*. Granada: Comares, 2006, pp. 117-135; LUCAS VERDÚ, Pablo. Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, n. 83, jan./mar. 1994.

[61] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La constitución de Alemania*. Madri, Aguilar, 1972, p. XXIII, texto originalmente publicado em 1800-02.

[62] BAVARESCO, Agemir; KONZEN, Paulo Roberto. Cenários da liberdade de imprensa e opinião pública em Hegel. *Kriterion*, Belo Horizonte, 2009, vol.50, n.119, pp. 63-92.

contrarrevolucionárias conservadoras capitaneadas pelos *junkers*[63] que restauraram os privilégios nobiliárquicos.

É durante a *Primavera dos Povos* que ganham espaço movimentos, jornais e ideais de esquerda (comunistas, socialistas e anarquistas), bem como, se destacaram lideranças como MARX e ENGELS, que voltavam da Bélgica e instalavam-se em Colônia, ou BAKUNIN que, escapando do regime czarista russo, refugiara-se em Dresden. Desde então, burguesia e proletariado, inicialmente aliados nos movimentos de 1848, foram se distanciando progressivamente. Nesse processo de afastamento, as camadas burguesas foram gradualmente se aproximando da aristocracia, de certo modo, incorporando seu *habitus* de forma cada vez mais profunda, num processo que durou, pelo menos, até a queda da monarquia em 1918[64]. Esse acoplamento da burguesia alemã à estrutura aristocrática foi definitivamente enraizado com a Unificação Alemã em 1871, quando a aristocracia militarista atendeu aos anseios comuns da nobreza e do *bourgeois*.

É partir da década de 1870 que se intensifica um processo de modernização do Estado alemão. Uma série de fatores particulares da sociedade teutônica, dentre eles peculiaridades muito próprias da burguesia alemã e da

[63] Os *Junkers* eram latifundiários de origem aristocrática, mas de modos e estilo de vida absolutamente diferentes dos nobres franceses ou dos *Whigs* britânicos, também proprietários de vastas terras. Ao contrário destes, que se caracterizavam por serem classes ociosas, que viviam a maior parte do tempo longe de suas propriedades, na corte francesa ou em Londres, mantendo-se a partir do recolhimento de tributos e dívidas feudais ou de rendas de suas propriedades, respectivamente, os *Junkers* eram, praticamente, "capitalistas agrários", mais assemelhados àqueles que exploravam as pradarias americanas. Apesar das raízes aristocráticas, eles possuíam as virtudes de eficiência e o valor do trabalho, até mesmo mais fortemente marcantes que na classe burguesa alemã do século XIX. Essas virtudes eram chave para o processo de modernização do Estado alemão e, inclusive por esse motivo, formaram a base de sustentação da sociedade alemão, sendo aliados da corte dos de HOHENZOLLERN. TAYLOR, A. J. P. *The Course of German History*: A survey of the development of German history since 1815. Taylor and Francis e-Library, 2005 (eBook), pp. 20 e ss.

[64] ELIAS, Norbert. *Os alemães:* a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. Para ELIAS essa incorporação desses valores militares e nobiliárquicos pela sociedade alemã, como um todo, permaneceu marcando seu *habitus* mesmo após 1918 e arraigando-se na sociedade ainda quando da República. Para o autor, algumas dessas características possibilitaram o regime nazista.

aristocracia[65], contribui para que esta permanecesse como *establishment* até 1918[66]. Isso fez com que o próprio processo de modernização do Estado tedesco ocorre-se sobre o lastro de um *establishment* "não burguês" e, em sua maioria, pouco urbano. Com isso, a estruturação e consolidação do constitucionalismo alemão ocorrem, também, em um momento histórico e desenho social bastante próprio e bem diferente dos "momentos fundadores", estadunidense e francês. Isso implicou uma necessária e anunciada ruptura constitucional quando da queda da kaiserinato e da instauração da República, tardiamente, já no século XX.

Naturalmente, essas características acabaram por influenciar a própria Constituição de Weimar. Passadas as cartas de 1849 e de 1871[67], foi apenas em

---

[65] TAYLOR, A. J. P. *The Course of German History*, *cit.*, pp. 21 e 22: "The Junkers were hardworking estate managers, thinking of their estates solely in terms of profits and efficiency, neither more nor less than agrarian capitalists. This economic characteristic had a unique political result. Everywhere in Europe the Crown was striving to make the organization of the State more efficient; therefore, despite the King's personal preference for the manners and culture of the nobility, he had to turn for political backing to the capitalist middle classes, who alone possessed the virtues of efficiency and hard work. But these were the very virtues possessed by the Junkers and not possessed to the same degree by the German burghers of the eighteenth century. The German trading classes had abandoned all attempt to keep up with the capitalist triumphs of England, Holland, or even France. Instead they prided themselves on their civic liberties and on the high level of their culture as citizens of the world. These were not assets likely to appeal to Frederick II. But the Hohenzollerns had long ago stamped out the last flickers of aristocratic liberties; and the Junkers had neither the leisure nor the ability to develop a taste for culture – to go to Berlin was merely to leave the threshing floor for the barrack-room. Thus in Prussia alone in Europe, a reforming Crown could carry out its reforms through the agency of great landowners; and the greater the efficiency of the Prussian State, the more it needed the services of the Prussian Junkers. It was no paradox, but an inevitable development, that Frederick, the most efficient of the Hohenzollerns, first made absolute the Junker monopoly of civilian and military office. The State created by Frederick II combined two qualities which were elsewhere opposites. It had, on the one hand, the unscrupulous authoritarianism, the disregard both of humanity and of principle, everywhere characteristic of rule by a privileged upper class; on the other hand, a striving after efficiency and improvement, a rigid devotion to the balancing of accounts, elsewhere associated with the rule of a reforming middle class. The Prussian Junkers, one might say, were politically in the Stone Age; economically and administratively they looked forward to the age of steel and electricity", TAYLOR, A. J. P. *The Course of German History*, *cit.*, pp. 21 e 22.

[66] ELIAS, Norbert. *Os alemães*, *cit.*, *passim*.

[67] Antes da Constituição de 1919, a Alemanha teve a Constituição do Império Alemão (*Verfassung des Deutschen Reiches*) também conhecida como Constituição Imperial de Bismarck (*Bismarcksche Reichsverfassung*) de 1871, que unificava o Império Alemão sob a chefia dos Reis da Prússia, da casa de Hohenzollern; além dela, houve a tentativa frustrada de um Império Alemão unificado em sucessão ao Sacro Império Romano-Germânico através da Constituição de Frankfurt de 1849 (*Frankfurter Reichsverfassung*, FRV), também conhecida como Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchenverfassung*), cujo nome oficial também era, a exemplo de sua sucessora e mais famosa, Constituição do Império Alemão (*Verfassung des Deutschen Reiches*).

1919 que a República, a despersonificação e desvinculação da razão de Estado da vontade do Imperador, a questão da soberania popular e da igualdade, tomaram maior dimensão e tratamento constitucional. Era, também, um momento em que a Europa central vivia uma avalanche de acontecimentos e transformações, na sequência da primeira guerra mundial (1914-1918), da Revolução Russa (1917) e da própria Revolução Alemã (1918).

Para melhor compreender o debate weimariano, voltemos um pouco a atenção para o cenário do Direito Público alemão do século XIX, apresentando, ainda que de forma apenas panorâmica, o contexto juspublicista no qual se consolidou a Teoria Geral do Estado e o Direito do Estado (*Staatsrecht*)[68]. Ele apresentava-se desde uma postura que, por um lado, influenciou e foi substrato para a Teoria da Constituição, mas que também serviu de impulso para perspectivas que se contrapunham a suas respostas e atitude. Foi-lhe marca a tentativa de isolamento metodológico do conhecimento do Estado, visto apenas como jurídico, quando se buscou ao máximo eliminar as relações entre as dimensões jurídicas e políticas de vivência da comunidade estatal.

1.1. CENÁRIO JUSPUBLICISTA ALEMÃO DE FINS DO SÉCULO XIX INÍCIO DO SÉCULO XX

[68] A tradução de *Staatsrecht* por *Direito do Estado* ou por Direito Político ou mesmo por Direito Constitucional não é óbvia, nem precisa. Segundo JACOBSON e SCHLINK, apenas a partir da Lei Fundamental de 1949 o termo *Staatsrecht* passou a representar um campo do direito e de ensino jurídico na Alemanha, tendo sido gradualmente substituído pelo termo *Verfassungsrecht*. Em que pese essa progressiva substituição, ainda hoje os cursos e manuais de Direito Constitucional, via de regra, ainda apresentarem-se como *Handbuch des Staatsrechts*, bem como, mantem-se o nome da *Associação de Professores Direito do Estado Alemão* como *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Relatam, também, que a escolha entre chamar o "Direito que rege o Estado" como *Staatsrecht* ou como *Verfassungsrecht* ainda tem uma importante ressonância na política alemã, sendo o primeiro termo tendencialmente preferido pela direita e o segundo pela esquerda. JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional crisis the German and the American Experience. *In*: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). *Weimar:* a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 2. Assim, aqui utilizaremos a tradução literal para nos referimos a *Staatsrecht*: *Direito do Estado*.

O Direito Público, de um modo geral, e o Direito Constitucional, especificamente, em comparação ao Direito Privado, desenvolveu-se tardiamente. Em toda a Europa, mas particularmente na Alemanha, sua consolidação definitiva ocorreu apenas no século XIX o que lhe legou uma forte influência do espírito liberal da época e, por conseguinte, de todos os avatares do Direito Privado que pautaram a *jusprivatista* desde o Direito romano, passando pelos publicistas medievais, os renascentistas, a Escola Histórica, a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses, o *liberalismo*, a jurisprudência dos valores etc. Nesse sentido, LUCAS VERDÚ atenta que, por ser o Direito, particularmente, o Direito Constitucional um *setor cultural*, "el constitucionalista no puede ignorar esto"[69].

França e Alemanha desde o século IX disputavam o legado de Carlos Magno (742-814). Entre a segunda metade do século VIII e a primeira metade do século IX a dinastia carolíngia foi responsável por um Império que reuniu a maior parte da Cristandade do Ocidente sob um poder central. O império de Carlos Magno, que VAN CAENEGEN chega a chamar de primeira Europa[70], segue relativamente centralizado durante os anos de reinado de seu filho Luís, o Piedoso (778-840), até que em 843, com o Tratado de Verdun, é definitivamente dividido em Frância Ocidental (França), Frância Oriental (Alemanha) e Lotaríngia[71].

É verdade que as forças descentralizadoras (centrífugas) medievais fizeram com que esses reinos fragmentassem-se, atravessando um grande processo de

---

[69] LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*: la teoría constitucional de Rudolf Smend. Madri: Tecnos, 1987, p. 75. Registramos o especial agradecimento pela atenção e solicitude do Professor Doutor GONÇAL MAYOS SOLSONA que, muito gentilmente, como lhe é habitual, viabilizou o acesso à obra.

[70] CAENEGEM, Raoul C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 65.

[71] Um ano antes do Tratado de Verdun, em 842, Carlos, o Calvo, e Luís, o Germânico – também filhos de Luís I e consagrados reis da Frância Oriental e da Frância Ocidental, respectivamente – assinaram o Juramento de Estrasburgo (*Sacramenta Argentariae*) – considerado o primeiro texto em francês antigo, também escrito em alto-alemão antigo e em latim – que selava uma aliança de ambos contra seu irmão Lotário I, a fim de conseguirem a divisão do Império. A Lotaríngia era um longo reino que se localizava entre os outros dois, que posteriormente viria a se tornar, majoritariamente, Alemanha. Seu nome decorre de seu soberano Lotário I, o neto de Carlos Magno, filho de Luís I, o Piedoso. Além de territórios da Alemanha, a Lotaríngia também compreendia terras que hoje pertencem a Itália, França, Holanda, Bélgica e Luxemburgo. O reino foi dissolvido em 870 com o Tratado de Meersen.

"feudalização"[72]. Depois disso, uma retomada para um poder centralizado só se dará em França durante o século XII, enquanto no mundo germânico esse processo ocorrerá apenas vários séculos mais tarde. Em que pese esse fluxo, a tensão entre esses dois lados foi se reproduzindo ao longo da história e os episódios da concorrência pela centralidade e preponderância do poder político e cultural do continente são reiteradas.

O pêndulo dessa contenda tem perfil bastante amplo e pode ser observado, por exemplo, nas diferentes formatações estéticas e filosóficas da modernidade. Além disso, também a tensão política e geopolítica, sempre foi muito acirrada. Basta que se lembre da perene querela pelos territórios da Alsácia-Lorena[73], tão marcante na história europeia e mundial. Vários foram os capítulos dessa rixa, que na Idade Moderna vão desde a incorporação da Alsácia-Lorena pelo reino francês, com o Tratado da Vestfália em 1648, passando pela Guerra Franco-Prussiana e o tratado de Frankfurt de 1871, até a Primeira e a Segunda Guerra Mundial.

Além disso, essas diferenças estão presentes também na história do direito, como no diferente formato do processo de modernização do Direito em cada lado da fronteira. Enquanto em França ele ocorre pela codificação, com particular primazia da fonte legal, acompanhado pela *Escola da Exegese*, no Direito alemão ele se fez com o intenso desenvolvimento da Ciência do Direito, a partir da força da *Escola Histórica*, seguida pelas demais correntes que vieram na sua esteira. São essas duas experiências, exemplos do desdobramento de duas visões distintas da modernidade, nenhuma delas menos moderna que a outra.

Nesse sentido, a codificação em 1804 coloca-se na história francesa em um momento de valorização dos ideais liberal-burgueses, com a intensa busca por mais segurança jurídica, decorrente das exigências do capitalismo em expansão, assentando-se assim, em boa medida, em oposição à insegurança jurídica do antigo

[72] ELIAS, Norbert. *O processo civilizador:* volume 2 Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro; Zahar, 1993, pp. 23 e ss. Fragmentação que num primeiro momento, curiosamente, foi até mais intensa na porção francesa que na porção germânica.

[73] Território que no original Tratado de Verdun pertencia ao Reino da Lotaríngia (*Lothringer*), de Lotário (*Lothar*), portanto, da Lorena.

regime. Dessa forma, não é exagero afirmar que essa busca por mais segurança jurídica não fora apenas uma exigência política, mas, também, uma demanda econômica[74]. De fato, muito mais que uma renovação do conteúdo do direito (civil) em si, o movimento de codificação em França significou uma mudança no formato, no modo de organização do Direito e suas fontes, a partir de um processo de formalização do universo jurídico, já no início do século XIX, com o robustecimento da legalidade e a ideia da lei como expressão da *vontade geral*[75].

Ainda assim, é possível dizer com JOHN KELLY que o racionalismo que influencia o Código de Napoleão não é presente exatamente em seu conteúdo. As fontes imediatas utilizadas por seus autores foram, basicamente: o direito comum francês do século XVIII, preponderantemente, o direito consuetudinário em sua forma anotada (particularmente o *Coutume de Paris*); o direito romano (erudito), especialmente desde a sistematização de DOMAT; as três grandes ordenações reais de 1731 a 1747; e, ainda, de forma complementar, alguma jurisprudência dos

---

[74] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 6ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50.

[75] Não deixa de ser curiosa a observação de JOHN M. KELLY que, apoiado em RENÉ DAVID e HENRY P. VRIES, descreve que "Na França, embora fosse a pátria do Iluminismo do século XVIII, o papel desempenhado pelo direito natural e pela razão pura na construção do código civil foi extremamente modesto. Este, quando finalmente surgiu em 1804, revelou-se amplamente composto pelo direito antigo – isto é, a combinação de antigos costumes germânicos da região norte da França, do direito romano (parte dele na forma que tinha recebido nos códigos visigóticos) e do direito canônico, cada um predominando em seus próprios setores do sistema. Houve muito pouca inovação; e, onde houve, o código 'não aponta nem sanciona sistemas teóricos totalmente novos; o rompimento com as regras e ideias pré-revolucionárias foi menos claro do que se esperava'. A razão foi que os que tinham redigido o código eram em sua maioria homens na faixa dos sessenta anos, que tinham crescido e recebido sua formação profissional num tempo mais recuados do século XVIII, sob o antigo regime; para eles, 'a razão escrita era o direito que sempre tinham conhecido'. Não obstante, embora a prática da codificação fosse conservadora, como tinha sido na Áustria, a atmosfera em que foi levada a cabo ainda sofria a pesada influência da doutrina de um direito natural baseado na razão. Repetidas saudações ao direito da natureza e da razão vieram de oradores na Convenção Nacional, enquanto o artigo de abertura do projeto do código civil, publicado no Ano VIII da Revolução (1799), declara que existe uma lei universal e imutável, a fonte de todas as leis positivas: não é outra senão a razão natural'. Por essa data, contudo, a desilusão e o ceticismo induzido pelo curso da Revolução já tinham, mesmo na França, começando a esfriar o ardor pela razão que havia alimentado o movimento codificador", KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 347-348. Em sentido um tanto diferente, WIEACKER entende que forma e conteúdo, não apenas do *Code civil,* mas de todo movimento de codificação oitocentista europeu eram bastante influenciados pelo *jusnaturalismo racionalista,* WIEACKER, Fraz. *História do Direito Privado Moderno*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 365 e ss.

parlamentos franceses, especialmente, do de Paris[76]. Portanto, o conteúdo do *Code civil* não era, exatamente, revolucionário e/ou criado *ex nihilo*. No entanto, sua concepção e estrutura sistemática, formal e racional, esta sim é especialmente moderna[77]. Foi nesse caminho que se constituiu e fortaleceu a *Escola da Exegese*, fruto desse impulso objetivista e neutral(izador), que buscava retirar do aplicador da lei qualquer margem de subjetividade e discricionariedade, através de um grande apego à palavra da lei[78].

Enquanto isso, do lado alemão, a primeira resposta do Direito à modernidade veio com a *Escola Histórica*, de nomes como PUCHTA (1798-1846) e WINDSCHEID (1817-1892), com a importante liderança e influência de SAVIGNY (1779-1861).

A *Escola Histórica* se dá no contexto alemão que só vai conhecer o Estado Nacional, unificado, no último terço do século XIX[79]. Para HESPANHA,

---

[76] CAENEGEM, Raoul C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 8 e 9. Ainda que o autor aponte que o tom geral do código ser nitidamente conservador, ressalta que: "Embora o antigo direito fosse o elemento mais importante do *Code civil*, não era intenção de seus autores restabelecer a ordem jurídica do regime derrubado e abandonar os avanços conseguidos com a Revolução. Pelo contrário, numerosos princípios que derivavam das idéias da Revolução e do Iluminismo e eram considerados socialmente benéficos foram incorporados em sua obra legislativa".

[77] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, *cit.*, p. 231.

[78] Nesse sentido, MARGARIDA LACOMBE CAMARGO destaca: "A atividade dos juízes, na França, então comprometidos com o Antigo Regime, seria controlada pelo atendimento severo e restrito aos termos da lei", CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica* e *argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66. Também HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 400 e ss. HESPANHA ressalta que "apesar da imagem legalista que se criou desta escola, os juristas que lhe correspondem oscilam entre a fidelidade aos novos códigos e uma substancial adesão ao jusnaturalismo que dominava na segunda metade do século XVIII. Logo no discurso de apresentação do projeto do Código Civil ao Conselho de Estado, Jean-Etienne-Marie Portalis salienta que, afinal, o novo código não seria mais do que a redução a artigos das aquisições de gerações de juristas que, possuidores de uma especial capacidade de reflexão sobre o direito e da autoridade que daí provinha, tinham podido sondar na razão natural as melhores máximas para regular a sociedade" p. 404. Para mais aprofundamentos sobre a *Escola da Exegése*: BONNECASE, Julien. *La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil*. Tradução José M. Cajica Jr. Puebla: José M. Cojica, 1944.

[79] WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, *cit.*, p. 400, sobre a Alemanha de inícios do século XIX: "Aqui não existia qualquer monarquia central; as antigas estruturas da sociedade e um florescimento cultural desviavam as pessoas – com exceção das que viviam nas grandes capitais políticas – da acção social para o «poetar e pensar» no sentido mais estrito das palavras. Na verdade, também na Alemanha, sobretudo depois da legislação napoleónica, uma parte da elite tinha os olhos postos na França; e quando, depois das guerras de libertação, a

essa característica fez com que houvesse uma "fuga" da ideia de monopólio jurídico-político do Estado, mais ligada à tradição nacional, resultando na valorização de formas tradicionais e espontâneas de organização política, como eram as antigas formas comunitárias de vida, as comunas e os concelhos medievais. Além da fragilidade e, em alguns momentos, inexistência das formas modernas de Estado Nacional no mundo germânico (e na península itálica) do início do século XIX, havia outra considerável dificuldade posta naquele espaço à forma de Estado, nacional e uno, que era, em França, bem simbolizada pelo sucesso do *Código*: "seu universalismo cosmopolita e 'desnacionalizador' e o seu artificialismo"[80].

Nessa conjuntura, a *Escola Histórica Alemã* tinha por programa, justamente, buscar e trabalhar formas e fontes não estaduais e não legislativas do Direito. O fazia desde uma mundividência de alicerces diferentes dos do *jusnaturalismo racionalista* francês, quer do ponto de vista filosófico, quer do ponto de vista da base sócio-política, no entanto, não menos modernos.

A esse respeito, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA aponta para a influência exercida por HERDER e sua filosofia da cultura. Assim, destaca na *Escola Histórica* a pré-compreensão da sociedade como um todo orgânico que, tal como os seres vivos, estaria sujeita a uma evolução histórica, sendo possível observar no presente as marcas do passado, que, também, condicionariam seu porvir[81].

WIEACKER, por sua vez, dá especial peso à influência kantiana, atribuindo ao filósofo de Königsberg o primeiro refutar a metafísica jurídica do jusnaturalismo e do jusracionalismo, antes mesmo de HEGEL, ao negar – especialmente, na sua *Crítica da Razão Prática* e na primeira parte da *Metafísica*

Alemanha pareceu, por um momento, estar pronta para uma democracia nacional unificada, esta elite pensou que o caminho estava livre para uma Constituição comum a toda a Alemanha e para um Código Geral que fosse, não decretado, mas elaborado por toda a nação. Mas o que se passou foi que estas forças foram imediatamente subjugadas pela restauração dos Estados territoriais e forças ao caminho «caminho interno» de uma renovação do direito a partir de uma consciência jurídica histórica e científica, pois a restauração das dinastias tradicionais da queda de Napoleão fez abortar a oportunidade de um integração democrática do Estado alemão unificado".

[80] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*, *cit.*, p. 409.

[81] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*, *cit.*, p. 410.

dos Costumes[82] – a admissibilidade de seus postulados materiais naturalizáveis, condicionando-os às situações de quaisquer opções éticas[83].

Quanto à influência kantiana, a posição de WIEACKER é compartilhada por HESPANHA que, no entanto, sinaliza mais claramente sua importância a partir da segunda fase da *Escola Histórica*, com PUCHTA e WINDSHEID, em sua vertente formalista, na *pandectística* e no conceitualismo jurídico da *jurisprudência dos conceitos*. Tal influência se daria, sobretudo, pelo novo ideal de ciência (formalista), quando a coerência interna das categorias do *sistema de saber* passou a ser garantidora da verdade científica, substituindo a adequação do pensamento a uma realidade externa. Isto é, ao passo que o quadro categorial passou a ser decisivo para um *saber*, em detrimento da apreensão atomística e da "ignorância" da realidade empírica[84].

Também tratando do tema, KARL LARENZ atém-se em demonstrar a vinculação da ideia de sistema – para o autor herança, de forma imediata, da doutrina do Direito natural – como fundamentada primordialmente na filosofia do idealismo alemão de FICHTE, SCHELLING e HEGEL. E aponta, ainda, que tal influência já pode ser identificada em SAVIGNY e em sua preocupação com a historicidade[85].

No Direito essa concepção importou, desde SAVIGNY, em uma relativa desvalorização da lei, bem como, dos fatos sociais. Com isso ganhou força a Ciência do Direito e o *direito doutrinal* (*Professorenrecht*), que tem por função construir um sistema de conceitos jurídicos[86]. Uma construção feita não

---

[82] A primeira parte da *Metafísica dos Costumes*, na tradução brasileira da obra, é intitulada *Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. No entanto, na tradução lusitana do livro de WIEACKER vê-se a referência a *Fundamentos metafísicos da Teoria do Direito*. Essa, na verdade, é a tradução literal de *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, título original da Parte I da obra. KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

[83] WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, *cit.*, pp. 401 e 402.

[84] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*, *cit.*, pp. 413 e ss.

[85] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, 21.

[86] SAVIGNY, Friedrich Carl van. *Metodologia jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 37. Por traz dessa primazia há subjacente uma questão político-cultural da sociedade alemã que é o papel de destaque que os professores universitários exerciam na sociedade alemã, desde meados do

exatamente ao modo *jusracionalista*, mas a partir de reflexões absolutamente abstratas, a partir da indução desde as máximas do direito positivo[87]. Nessa ordem, para LARENZ, é definitivamente com PUCHTA que se apontou o caminho para um sistema lógico "no estilo de uma «pirâmide de conceitos», decidindo assim a sua evolução no sentido de uma «Jurisprudência dos conceitos formal»"[88].

Desde PUCHTA, seguido por uma série de juristas que se sucederam até WINDSCHEID, foi-se realizando, gradualmente, a transição entre os ideais metodológicos do começo da *Escola Histórica* até o positivismo acadêmico e jurídico, de modo mais pronto e completo, no que STOLLEIS define como *transição na Metodologia no Direito Civil*[89].

Nessa tradição prevalecia o entendimento de que a atividade do jurista não consistia em criar de forma arbitrária os princípios jurídicos, mas observá-los, identificá-los e descrevê-los a partir de uma estrutura científica, de um formalismo ascético, que eliminasse as "contaminações" de qualquer natureza (ética, política, moral, filosófica), preocupado com o rigor da observação e com o rigor conceitual. Portanto, já nesse momento, apontava-se que considerações de caráter ético, político ou econômico, não pertenciam aos juristas e seu universo de preocupações. Vê-se, assim, certa aproximação dessa postura formalista ao papel do Direito no sistema ético kantista, e, nessa medida, também, a uma posição quanto ao Direito, tanto *individualista*, quanto *relativista*. Individualista por entender a sociedade como a soma de atos de vontade de indivíduos livres que são

---

século XVIII, que será novamente abordado mais adiante. Sobre essa cultura, por todos, RINGER, Frank K. *O declínio dos mandarins alemães*: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

[87] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*, *cit.*, pp. 415 e 416: "Rudolf v. Jhering distingue claramente estas duas fases do trabalho do jurista. A primeira fase, a que chama 'jurisprudência inferior', consistiria na 'ligação imediata à forma com que o direito aparece na lei, graças a uma relação puramente receptiva em relação às fontes' ('Unsere Aufgabe', 1857, em Rudolf v. Jhering, *la lotta per il diritto e altri saggi,* Milano, Giufrfrè, 1989, 7). A partir daqui, desenvolver-se-ia a 'jurisprudência superior' que produziria, por destilação e síntese da matéria-prima antes obtida, 'uma matéria absolutamente nova' (*ibid.*), o conceito. A função dos conceitos é, ao mesmo tempo, (i) facilitar a apreensão do direito, já que eles se tornam sintéticos e intuitivos, e (ii) tornar possível a produção de novas soluções jurídica por meio do desenvolvimento conceitual, do chamado 'poder genético dos conceitos'".

[88] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, *cit.*, p. 23.

[89] STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*. Oxford: Berghahn Books, 2001, p. 315.

aprioristicamente titulares de um direito originário dessa liberdade. Relativista (e formalista), por pretender superar os grandes sistemas ético-políticos naturalistas, entendendo que o poder deveria se limitar, apenas, a atribuir a forma de organização política que melhor garantisse a liberdade individual (liberalismo). Desse modo, essa postura pretendia desprender-se de qualquer conteúdo axiológico, conferindo ao saber jurídico o papel de "observar, descrever e construir sistemas jurídicos existentes, sem ter a pretensão de decidir sobre os valores de cada sistema"[90].

Vê-se, portanto, a força das ideias liberais que, pelo menos de duas maneiras diferentes, espraiaram-se na cultura jurídica europeia demarcando fortemente a modernidade. O espírito desse ímpeto formalizante, marcado por reforçar e possibilitar valores liberais, modernos e, ao menos tradicionalente, burgueses, influencia e chega de maneira marcante ao cenário juspublicista alemão[91].

A influência dessa tendência formalista, legada do Direito Privado, é nítida quando se observa que os dois principais e mais influentes *scholars* do Direito Público alemão daquele período – CARL FRIEDRICH VON GERBER (1823-1891) e PAUL LABAND (1838-1918) – são oriundos do Direito Privado. De fato, suas escolas visavam desenvolver uma *Ciência do Direito do Estado* ou uma *Teoria do Direito do Estado* (*Staatsrechtswissenschaft*)[92], autônoma e nova, em boa medida,

---

[90] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*, *cit.*, p. 418. Para maior aprofundamento sobre a *Escola Histórica Alemã*, remetemos a WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, *cit.*

[91] CARVALHO, Orlando de. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*, *cit.*, p. 39; HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*, *cit.*, p. 418; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, pp. 242 e ss.; KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002 pp. 41-50; COSTA, Piero. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Piero (org.). *O Estado de Direito*: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131.

[92] A mesma observação quanto à tradução de *Staatsrecht* por *Direito do Estado* é válida aqui. Neste caso com o agravante de *Lehre* também não ser uma palavra cuja tradução automática por ciência, teoria ou doutrina seja simples, especialmente, quando se atenta ao fato de que em alemão ainda existem os termos *Wissenshaft* e *Theorie*.

destacada de questões extravagantes de natureza histórica, política ou, mesmo, jusprivatista[93].

No contexto da metade do século XIX, em meio à resposta contrarrevolucionária conservadora de 1849, a própria burguesia tudesca já começava a aceitar o *status quo* político, preocupada com os movimentos de esquerda que tomaram forma e dimensão na *Primavera dos Povos*. Essa situação de instabilidade desembocava em um "generalizado desapontar com a situação política alemã". Dessa forma, ao contrário do que acontecera na primeira metade do século XIX, a teoria do *Direito do Estado* começava a não mais expor explicitamente projetos políticos, mas, ao contrário, passava a voltar os olhos para o Direito que era posto pelo Estado[94]. Esse espírito, de sua parte, contribuiu para que o *Direito Público* aspirasse e conduzisse-se a um distanciamento e "convívio pacífico" com a política. Esses aspectos fizeram com que se elaborasse, já nesse período, a ideia da política como mera substância do *Direito do Estado*, mas não seu propósito.

Tal formulação foi primeiramente arranjada por GERBER, sendo-lhe marcante a tentativa de definir os objetivos e fronteiras do *Direito do Estado*, isolando-os dos aspectos "puramente políticos", para identifica-los nos aspectos "estritamente jurídicos". Por esse motivo atribui-se a esse autor o primeiro grande avanço na *transição no método em Direito Público*[95], o que fez dele pai de uma escola que tem como filhos prodigiosos LABAND e JELLINEK[96].

GERBER já demonstrava o apego ao direito posto desde seus trabalhos em Direito Privado, particularmente, em seu *System des deutschen Privatrechts* (1848/49), e toda essa conjuntura que exigia da nova ordem de racionalidade que

---

[93] LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 191.

[94] KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, *op. cit.*, p. 42; CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, pp. 13 e ss.

[95] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 244; STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, *cit.*, p. 316. As duas principais obras de GERBER sobre *Direito Público* são: *Über öffentliche Rechte* (1852) e *Grundzüge eines System des deutschen Staatsrechts* (1865).

[96] EMERSON aponta ainda, no fim dessa lista, o nome de OTTO MAYER.

garantisse certeza, estabilidade e "neutralidade", favorecia uma formulação de "pureza dogmática", assegurada pela utilização de uma lógica formal e pela supressão de elementos metajurídicos[97].

Para efeitos de Direito Público, a Alemanha já não existia enquanto Estado desde a queda do Sacro-Império Romano Germânico, em 1806, e a maioria dos Estados germânicos tinham adotado constituições escritas após a invasão napoleônica, via de regra, baseando-se no princípio monárquico, portanto, entendendo o monarca como o poder soberano[98]. Nesse contexto, GERBER buscou descrever um *Direito do Estado* alemão geral, compilando, sintetizando e sistematizando o Direito de vários dos Estados teutônicos a partir de um método comum, buscando identificar-lhes uma unidade subjacente[99]. Assim, o sistema de GERBER "consistia em conceitos e regras que ilustravam mais que derivavam da ordem legal"[100]. Para GERBER, entretanto, o monarca era apenas a encarnação da personalidade abstrata do poder do Estado e seu mais alto órgão de vontade. Entendia-se, a partir de então, que o príncipe exercia a soberania não porque o Estado lhe pertencesse, mas, sim, porque, como monarca, ele era o órgão "do grande organismo do Estado" com a função de dar expressão concreta a sua vontade soberana[101].

Por conseguinte, o que marcou seu método foi a ideia básica de reconstruir o Direito Público levando adiante a personalidade do Estado, não de forma análoga ou derivada à concebida pelo Direito Privado, mas de modo único

---

[97] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 244.

[98] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 16.

[99] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 14.

[100] MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union*: conceptions of German Constitutional Law since 1871. Oxford: Oxford Press University, 2013 (eBook), p. 14: "His system consists of concepts and rules that illustrate, rather than derive from, the legal order (the 1871 Imperial Constitution and properly enacted statutes). The state is the highest personality within the legal order, whose personal will (*Staatsgewalt*) equated to the right to rule (*Herrschen*): *Staatsgewalt* is 'the will-power of an ethical organism conceived in personal terms' (von Gerber 1880: 19). The role of constitutional law (*Staatsrecht*) was to determine the structure and legal limits of state power (von Gerber 1869: 1–8, 190–214): '*Staatsrecht* is the theory of state power' (*ibid.*: 3). Gerber's theory is best described as 'legal scientific' (*rechtswissenschaftlich*) positivism (Friedrich 1986: 205–6)".

[101] EMERSON, Rupert. *State and Sovereignty in modern Germany.* New Haven, Yale University Press, 1928, p. 33.

e original em um sentido juspublicista. Para GERBER, a soberania não era ilimitada, era apenas um atributo do Estado e com ele não se confundia. O que caracterizava o poder do Estado soberano era o fato de não haver qualquer outro poder de Estado externo e superior que o determinasse, pois, para essa concepção, o que distinguia o poder da *vontade do Estado* era, justamente, o poder de determinar. Assim, a personalidade do Estado foi colocada no coração do Direito Público[102].

Com o avançar do século XIX, o espírito formalista combinou-se, na Alemanha, a uma característica peculiar e, a princípio, aparentemente paradoxal. Em plenos anos 1860-70 a Unificação alemã foi realizada por um aristocrata (*junker*), nomeado primeiro-ministro pelo Kaiser Guilherme I: Bismarck[103]. Uma unificação que não poderia ter sido menos vinculada aos métodos e ideais do liberalismo político, feita pela força militar e pela pragmática da *Realpolitik*.

Apesar desses aparentes paradoxos, o que é certo é que as esperanças burguesas de uma Alemanha unificada que se viam frustradas desde a tentativa revolucionária de 1848 foram atendidas. A partir do militarismo aristocrático prussiano, a realidade germânica, antes marcadamente caracterizada por uma profunda fragmentação do território (e especialmente do poder), em vários pequenos Estados (de um modo geral, monárquicos), deu lugar a um Estado-potência que garantia a segurança tão ansiada pelo capitalismo-liberal. Ao mesmo tempo, na Europa e na própria Alemanha, fortaleciam-se as aspirações pelo liberalismo econômico, âmbito em que a demanda se colocava muito mais na

[102] EMERSON, Rupert. *State and Sovereignty in modern Germany, cit.*, pp. 51-56.

[103] Bismarck, nascido no ano de 1815, em Schönhausen, cumulava, de forma até um pouco paradoxal, algumas das características mais típicas daquela sociedade prussiana e germânica. Pelo lado paterno, era filho de um oficial militar, *Junker,* de uma família muito antiga da região do marquesado de Brandemburgo, enquanto do lado materno, descendia de uma família não aristocrata de autos funcionários e professores universitários. Estudou direito na Universidade de Göttingen, onde foi membro da *Burschenschaften*, uma das famosas corporações estudantis. Para mais sobre Bismarck: TAYLOR, A. J. P. *Bismarck:* The Man and the Statesman. Nova York: Vintage, 1967.

liberdade perante o Estado, que na liberdade no Estado, como, inicialmente, era o projeto do liberalismo político[104].

Assim, com o início da formação do Império Alemão, entre 1867 e 1871, a monarquia e o *establishment* aristocrático (representado em Bismarck) "capturam" definitivamente a confiança da burguesia que ansiava pela Unificação, mas que não tinha força política para realizá-la. Em 1871 entra em vigor a Constituição Imperial, que apesar de seu caráter conservador, buscava de algum modo conciliar as forças que lhe davam suporte. Nesse sentido, por exemplo, evitou decidir a respeito da legitimidade: se monárquica ou democrática[105].

E foi nessa esteira que seguiu caminho o Direito Público alemão oitocentista. Sob a influência da consolidação de um Estado forte e unificado, garantidor de segurança, de tendência formalizadora, decorrente de um capitalismo em forte marcha.

Aplicando o método juspublicista de GERBER de forma sistemática e radical à ordem constitucional alemã vigente, LABAND aprofundou a cisão entre político e jurídico, retirando qualquer importância das questões relacionadas à legitimidade, aos aspectos políticos do Direito ou à realidade social[106].

Foi com esse aprofundamento, e sem efetivamente debruçar-se detidamente sobre questões epistemológicas, que LABAND levou a cabo a tarefa de descrever – e afirmar – o sistema constitucional de 1871. O fez desde um aporte que se pretendia neutro, utilizando uma "linguagem científica"[107], que, no espírito

---

[104] KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, *op. cit.*, p. 42. Nesse sentido é muito interessante a construção de ELIAS ao articular o fato dessa forte demanda burguesa por unificação ter sido realizada pela monarquia prussiana, fortemente militarista e baseada em um *establishment* aristocrático. Para ELIAS, esse fato fez com que os valores dessa classe, inclusive os valores militaristas guerreiros, fossem incorporados e assumidos para si pela própria burguesia alemã, como, por exemplo, na cultura do duelo, nas organizações e corporações estudantis, dentre outros episódios. O autor desenvolve essas ideias até chegar em raízes que entende viabilizadoras da ascensão do nazismo: ELIAS, Norbert. *Os alemães*, *cit.*

[105] KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, *op. cit.*, p. 43.

[106] KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, *op. cit.*, p. 44; CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 15.

[107] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 14: "The affirmative approach to the Bismarckian system expressed itself in the 'neutral' language of science. Both Laban's legal positivism and its alleged opponent in the empire, the 'organic'

oitocentista, emulava a linguagem das ciências naturais, com o que acabou por criar a dogmática do Direito Público do Império Alemão. Ela foi de longe a elaboração de Direito do Estado mais influente do período, tendo caráter, praticamente, oficial[108]. Tratava-se de uma analise sistemática e exegética do direito positivo imperial, caracterizando a forma paradigmática do positivismo legalista (*Gesetzespositivismus*).

GERBER partiu de uma perspectiva metodológica positivista e com ela entendia o Estado de forma orgânica e material e a partir dessa fórmula fundamentou a personalidade jurídica estatal. LABAND, por sua vez, depurou ainda mais sua visão, expurgando do Estado qualquer substrato material, entendendo-o e pretendendo-o de forma mecanicista, à imagem de uma máquina[109]. E é sobre esses termos que BERCOVICI chega a assinalar que LABAND é mais "civilista" que GERBER[110].

Deste modo, a abordagem labandiana sobre o *Direito do Estado* fixa sua articulação em torno do conceito de *lei* (*Gesetz*), entendida como a mais alta expressão da *vontade do Estado.* Metodologicamente, seu positivismo legalista pretendia identificar o correto desde uma abordagem estritamente legal, jurídica e

---

state theory of Otto von Gierke (1841-1921), were part of a more general trend within the humanities to emulate natural scientific methods in the nineteenth century. Both schools rejected notions that the law had a transcendent origin: the positivist school insofar as it saw all law as posited by the wordly and human state, and the organic school insofar as it derived laws from the wordly 'spirit of the nation' (*Volksgeist*) in is natural, historical development. At the same time, both positivist and organic theories — in Germany as in other European states in the nineteenth century—assumed that the law comprised a unified system or even a real subject. The positivists assumed that all statutes and ordinances were the expression of a unified "state's will"; the organic theorists presupposed the natural unity of the people or nation (*Volk*) from which law derived. The two opposing theories of law in the empire shared an anthropomorphism of the state".

[108] KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, *op. cit.*, p. 43.

[109] Com posição, em parte, diferente, CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 15: "Like Gerber, he presupposed an organic connection between state and nation. The statutes and ordinances of the empire expressed the 'state's will,' which he argued was also the will of society. But unlike Gerber, and to the chagrin of scholars in the organic tradition such as Otto von Gierke, Laband never explicitly theorized how the statutes and ordinances he studied related to the social "organism." Prussia's victory over Austria in 1866 had paved the way for the 1867 Constitution of the North German Confederation, the forerunner of the 1871 Imperial Constitution. Laband simply assumed that all laws based on the 1871 Constitution were valid. Because of Bismarck's success in forging a new state, Laband was able to draw a far stricter line than Gerber had between legal scholarship and politics, history, and sociology".

[110] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição, cit.*, p. 250.

lógica, através de um método jurídico puramente conceitual (*Begriffsjurisprudenz*) que bania considerações históricas, políticas e filosóficas da análise do *Direito do Estado*[111].

Nessa perspectiva, a Constituição, para LABAND, apesar de "redentora", não podia ser considerada em posição acima do Estado, mas, apenas como um ato e vontade deste, como qualquer outra lei. Destarte, ela também poderia ser modificada por *vontade do Estado*[112]. Nesse sentido, a relação da Constituição com a lei ordinária seria equivalente à relação de uma lei geral com uma lei especial, logo, o Estado, entendido como vontade organizada e autônoma, teria prioridade sobre quaisquer normas[113]. Essa *vontade do Estado*, por sua vez, era exprimida não pelo parlamento, mas sim pelo monarca, ele mesmo, órgão estatal[114].

Desse modo, através de sua "neutralidade", LABAND ao mesmo tempo afirmava fortemente o poder do monarca na estrutura estatal, de modo que os próprios direitos individuais eram considerados como provenientes da decisão da *vontade do Estado*. Essa formulação acompanhou e contribuiu para um momento de relativa calmaria interna do Estado Alemão a partir de 1871, muito fruto de um

---

[111] MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union*, *cit.*, p. 14: "In methodological terms, statutory positivism sought to derive what was 'right' from the statute via a purely conceptual juristic method (*Begriffsjurisprudenz*) which banned historical, political, philosophical considerations from the analysis of state law. Legal analysis had to be juristic and logical"; também em, KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany, *op. cit.*, p. 43. Ou, nas palavras do próprio LABAND: "le rôle scientifique de la dogmatique, dans un droit positif déterminé, consiste à analyser les formes juridiques, à ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces príncipes les conséquences qu'ils impliquent. Tout cela – abstraction faite de l'exploration des règles de droit positif, de la connaissance approfondie et de l'entendement complet de la matière que l'on traite – est un travail d'esprit purement logique. Pour remplir cette tâche, il n'y a pas d'autre moyen que la logique; rien ne peut ici la remplacer; toutes les considérations historiques, politiques et philosophiques, si précieuses qu'elles puissent être en elles mêmes, sont sans importance pour la dogmatique d'un Droit concret et ne servent trop souvent qu'à voiler le manque de travail systématique", LABAND, Paulo. *Le droit public de l'Empire allemand*. Tomo I. Paris: V. Girard & E. Brière, 1900, pp. 9 e 10; trata-se de passagem inscrita no prefácio da segunda edição alemã de sua obra.

[112] Essa compreensão fica clara em uma passagem recorrentemente reproduzida na literatura sobre o autor, como em CALDWELL e BERCOVICI, em que LABAND nomeadamente expressa: "La Constitution n'est pas une puissance mystique, qui plane au-dessus de l'Etat, elle est, comme toule autre loi, un acte de volonté de l'Etat et, par conséquent, variable au gré de lá volonté de l'Etat", LABAND, Paul. *Le droit public de l'Empire allemand*. Tomo II. Paris: V. Girard & E. Brière, 1901, p. 314.

[113] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 36.

[114] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 252.

governo central forte, militarista e autoritário[115]. Como aponta HERMANN HELLER, a *pureza jurídica* que dominou a Alemanha nos tempos de GERBER e LABAND, com suas exigências lógico-jurídicas e com "a irrealidade de seu Estado", no fundo, são uma valoração política referente ao liberalismo[116], especialmente, econômico.

No aproximar da virada do século e, especialmente, nas primeiras décadas do novecentos, o "método jurídico-legal" de GERBER e LABAND seguiram dominantes, mas começaram a ser alvo de questionamentos. Se, por um lado, iniciou-se uma fase de reflexão e crítica desde dentro da tradição positivista, marcada pela maior preocupação epistemológica sobre a autonomização da argumentação legal, com autores como GEORG JELLINEK e, posteriormente, HANS KELSEN; por outro, começam a aflorar construções antipositivistas (ao menos, contrárias ao positivismo jurídico), de modos muito diversos, desenvolvidas por autores como ERICH KAUFMANN, RUDOLF SMEND e CARL SCHMITT, preocupadas com questões substantivas que ganharam volume, especialmente, depois de 1919.

Também é com o início do século XX que, novamente, mais detidamente, voltam-se os olhos sobre a Filosofia do Direito, que, segundo EMERSON, ficara adormecida e deixada de lado na segunda metade do Século XIX, perdendo espaço para abordagens materialistas e empiristas[117].

---

[115] A questão da *vontade do Estado* e da Soberania no Estado alemão desse período são bastante afloradas, sobretudo, tendo-se em conta os arranjos e discussões a respeito da Soberania e autonomia do federalismo nascente. Tratando bastante desse tema e da posterior inclusão do argumento da *vontade do Povo* e da Soberania Popular, antes e durante a República de Weimar, por todos, a já citada: CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*

[116] HELLER, Hermann. *La soberanía*: contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho internacional. Mexico: UNAM, 1965, p. 309.

[117] EMERSON, Rupert. *State and Sovereignty in modern Germany*, *cit.*, p. 155: "The beginning of the twentieth century witnessed a marked and significant return in German jurisprudence to the circle of ideas which had characterized the beginning of the nineteenth. Materialism and empiricism began to give way to the assaults of idealism and philosophic criticism. The same general trend was visible in every field of thought, and philosophy came again to take its place as at once the crown and the foundation of all human speculation. With rallying cry of 'Back to Kant' and 'Back to Hegel' whole new schools sprang up in opposition to the era of positivistic materialism that had lasted for more than half a century. The 'thirties and 'forties of the last century had seen the gradual dying out of the great flames of philosophy. Hegel proved the culminating point of great movement. The successors of Hegel divided against themselves into theological right wing and a materialistic left. With the minor exception of the school of Krause

Desde GERBER, durante toda a segunda metade do século XIX, muitas foram as contribuições ao desenvolvimento da Teoria e Doutrina do Estado e do Direito do Estado[118].

Dentre os juristas desse período, GEORG JELLINEK (1851-1911)[119], certamente, merece destaque e pode ser tratado como o autor de síntese desse caminhar[120]. Sua *Teoria Geral do Estado* (*Allgemeine Staatsrechtslehre*), em boa medida, é uma expressão sistemática de uma série de conclusões que foram desenvolvidas em trabalhos anteriores. Em que pese ser, na verdade, uma obra inacabada, sendo a versão publicada apenas a primeira parte de um trabalho maior, cuja segunda parte foi, tão somente, registrada num ligeiro esquema não desenvolvido em virtude da morte prematura do autor[121], trata-se de obra muito importante, quiçá, a mais importante e influente para a Teoria Geral do Estado, tendo sido traduzida para vários idiomas de forma praticamente imediata à sua publicação.

JELLINEK inicia sua *magnum opus* afirmando que o homem, enquanto ser psíquico, é objeto da ciência de duas maneiras: como indivíduo e como ser social. Já também na primeira nota do trabalho expõe a influência recebida do neokantismo de Baden, ao definir as ciências do Espírito em referência a RICKERT, identificando seu objeto de investigação com os fenômenos da vida humana em comum[122]. Dessa marca desdobra-se a firme distinção entre o *ser* e o

---

the one important philosophy of law between Hegel and the close of the century was that of Stahl which, however, proved of practical rather than philosophical significance. As throughout the realms of science, in jurisprudence empiricism held almost uncontradicted sway. Philosophical speculation gave way to an historical positivism absorbed either in the 'preparation for the judge of the law currently in force or in the digging up of law long since extinct; its second task of pointing out the way for the legislator through the evaluation of the existing law and setting up a righter on it left out of consideration".

[118] Sobre os desenvolvimentos desse período, por todos: STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, *cit.*

[119] O filho de GEORG JELLINEK, WALTER JELLINEK, também foi um importante jurista do Direito Público. Neste trabalho, sempre que se falar de JELLINEK, simplesmente, estará se referindo ao pai: GEORG JELLINEK.

[120] STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, *cit.*, pp. 440-444.

[121] LOS RÍOS URRUTI, Fernando de. Prólogo del traductor. *In*: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000, pp. 13-52. Essa segunda parte traria uma Teoria especial, particular, do Estado (*Besondere Staatslhere*).

[122] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 55.

dever ser, presente em sua obra, o que o levou a identificar o Estado, a um só tempo, como construção social e como instituição jurídica e, assim, a conceber que a *Teoria Geral do Estado* (*Allgemeine Staatslehre*)[123] tem duas faces: uma "teoria geral social do Estado" (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) e uma "teoria geral do Direito do Estado" (*Allgemeine Staatsrechtlehre*)[124].

Desse modo, JELLINEK indica expressamente a necessidade de se reconhecer as ciências sociais empíricas, sem, com isso, confundi-las com a independência da área jurídica, sendo-lhe absolutamente importante a compreensão de que todo o conhecimento só se faz possível quando isolado o objeto de estudo. Por esse motivo, é possível apontar que JELLINEK, embora partindo das construções jurídicas formais de GERBER e LABAND, intenta reintegrar os aspectos sociais e históricos da formação do Estado[125].

Desde essa perspectiva, entende que a teoria social considera o Estado em sua unidade, a partir da metodologia das ciências sociais, enquanto a teoria jurídica o realiza a partir de métodos estritamente jurídicos. Assim, a primeira estaria relacionada à natureza, propósitos e à legitimidade do Estado e a segunda aos conceitos e às formas. Nesse sentido, afirma que ambas as perspectivas são formas igualmente corretas de se entendê-lo, que, no entanto, não devem ser confundidas, uma vez que o Estado é uma entidade multifacetada que não pode ser reduzida a um aspecto único[126].

---

[123] A palavra *Lehre* não raro é traduzida por Doutrina. Isso é visto, por exemplo, nas traduções das obras alemãs para o italiano, bem como, nos clássicos italianos da disciplina, como as obras de ORLANDO ou de GROPALLI. Já na tradição francesa ela chega, também, como Teoria, como se vê, por exemplo, na clássica obra *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de CARRÉ DE MALBERG, muitíssimo influenciada pela Teoria Geral do Estado de JELLINEK.

[124] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 61. Quanto à tradução desses termos, vale aqui o registro, já realizado em nota anterior, quanto ao sentido de *Staatsrecht* e *Staatsrechtslehre*. No entanto, vale o destaque para o fato de que na tradução castelhana que utilizamos encontra-se: "doctrina general del Estado" e "doctrina general del derecho público". Na versão de língua inglesa do trabalho de STOLLEIS, a tradução segue sentido similar: "generalized social doctrine of the State" e "generalized doctrine of constitutional law", respectivamente. BERCOVICI, por sua vez, traduz por "teoria social do Estado" e "teoria jurídica do Estado". STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, *cit.*, p. 441; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*

[125] LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*, *cit.*, p. 192.

[126] STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*, *cit.*, p. 441; LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*, *cit.*, p. 193.

Desse modo, JELLINEK tentou avançar sobre a teoria de LABAND, não em busca de uma alternativa propriamente dita, mas almejando construir uma *Allgemeine Staatslehre* que, sem abandonar a centralidade do Estado enquanto pessoa jurídica, superasse a rigidez do método lógico-formal labandiano. Fez isso porque reconhecia que a compreensão do Estado – quer do ponto de vista social, quer da perspectiva jurídica – dependia de observações complementares da política.

Portanto, para ele, a política, ainda que não se confunda com o Direito, apresenta-se como indispensável para a investigação do *Direito do Estado*. E entende que ignorar isso é correr o risco de tornar esta, uma disciplina estritamente escolástica, como o fez LABAND. Destarte, JELLINEK ambiciona, justamente, refletir acerca da capacidade da Teoria do Estado oitocentista compreender e encaminhar os desafios políticos postos na virada do século[127].

Essa disposição é reconhecida, inclusive, por HELLER. No entanto, este o faz, não sem apontar para o fato de que JELLINEK percebe essa dinamicidade, mas não consegue desprender-se dos pressupostos científicos de seu tempo: do positivismo. Até por isso, JELLINEK também não consegue rechaçar a dissociação entre teoria e prática, entre a ordem estatal em repouso e em movimento, aceitando, em boa medida, os "resultados vazios" do *Gesetzespositivismus*, pretendendo, apenas, "complementá-los" mediante a observação do político[128].

É marcante a JELLINEK, em ambas as formas de se conhecer o Estado, a identificação de seus três elementos: território, povo e dominação (esta, para ele, não se confunde com soberania). Deste modo, afirma que não é possível conceber o Estado como um conceito que se submete a uma categoria política superior de comunidade, porque no próprio conceito do político já se encontra compreendido o de Estado e, por isso, todo o poder de domínio exercido em seu contexto só pode defluir dele mesmo. Deste modo, qualquer comunidade que disfrute de um

---

[127] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 254; CARVALHO, Orlando M. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*, *cit.*, pp. 65-66.

[128] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 83. HELLER aponta ainda, de modo um tanto raivoso, que a tentativa de eliminação radical do político na teoria do Estado é, finalmente levada a cabo por KELSEN: "y, por cierto, *ad absurdum*".

poder de domínio não derivado, independente, portanto, originário, na verdade é um Estado. Nesse sentido, é o poder de domínio que diferencia o Estado de todos os demais poderes, sendo ele a marca do Estado moderno. Nesses termos, o conceito social de Estado é definido pelo autor na máxima: "*el Estado es unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres assentados en un território*"[129].

Do ponto de vista jurídico, JELLINEK, primeiramente, refuta as posições que se aproximam de uma definição do "Estado como objeto" ou do "Estado como uma relação jurídica", para, então, trata-lo como um sujeito de direito, comparando o conceito de Estado ao conceito de corporação. Assim, anota que o conhecimento jurídico do Estado não se propõe explicar sua natureza real, mas formular um conceito que abarque, sem contradições, todas as propriedades jurídicas do Estado[130]. Portanto, nas palavras de JELLINEK, juridicamente o Estado é: "*la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en determinado territorio*; o para aplicar un término muy en uso, *la corporación territorial dotada de un poder de mando originario*"[131].

Apesar dessa primeira definição, o autor avança em superar as acepções que o antecedem, identificando que o Estado precisa ser justificado. Entende que os *fins* do Estado justificam sua *ação* (seu conteúdo material) e seu fundamento seu *ser*. Ambas as dimensões, juntas, realizam a justificação completa do processo da vida do Estado, termos em que, apenas no Estado é possível formar-se o Direito. Isso significa que o Estado antecede o Direito e que, por isso, seu ato de nascimento está fora deste.

Direito e Estado, no entanto, coincidem em seu fundamento: possibilitar uma vida social garantida. Desse modo, JELLINEK refuta qualquer perspectiva otimista de vida social que dispense formas de controle. Em razão da própria multiplicidade ética dos indivíduos, acredita ser impossível calcular de maneira precisa os efeitos das motivações egoístas ou altruístas sobre eles. Assim, só o

[129] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 194.
[130] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 180.
[131] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 196.

Direito e o poder soberano que o garante podem unir a grande variedade de concepções éticas, permitindo a vida comum sobre as bases da segurança das ações mútuas. Destarte, o traço definidor do Direito, em JELLINEK, é justamente a *obrigatoriedade*.

Adverte, todavia, que a justificação científica do Estado só é possível na medida em que não se tenha em conta uma única e determinada forma do Estado. Com isso, afirma que um tipo ideal, de valor universal, só é presumível quando se parte de princípios com fundamentos metafísicos, "acerca de los cuales precisamente jamás existe conformidade". Para JELLINEK, todo Estado em sua forma concreta e particular é obra das forças históricas que nem mesmo podem ser facilmente representadas de maneira absolutamente racional:

> el Estado en su forma concreta, en la variedade de sus manifestaciones históricas, sólo aparece justificado mediante los fines que ejecuta. De aquí que la doctrina de la justificación del Estado tenga necesidad para completarse de la doctrina de los fines[132].

Nesse contexto, JELLINEK desenvolve que há três gêneros de interesses solidários que o Estado deve cuidar: os individuais, os nacionais e os humanos. E é tendo-os em consideração que define a justificação teleológica do Estado no seu caráter de:

> *asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común*[133].

Avançando especialmente quanto ao Estado moderno, JELLINEK atribui-lhe três características básicas: sua unidade, sua organização conforme uma constituição e a autolimitação frente ao indivíduo[134]. Logo, o que lhe é determinante, é a autolimitação do Estado como garantia jurídica. É a submissão ao direito posto em referência à segurança jurídica que coloca a relação entre o Estado e o indivíduo nos termos de uma relação jurídica e não de mera força. Essa

[132] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado, cit.*, p. 233.
[133] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado, cit.*, p. 264.
[134] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado, cit.*, pp. 313-314.

formulação é fundamental para o constitucionalismo: o Estado obriga-se a cumprir o Direito que ele mesmo estabelece para os cidadãos, bem como, para todos os atos do Estado[135].

Contudo, "a identidade entre Estado e povo, a partir das ideias de soberania popular e poder constituinte, é, segundo Jellinek, equivocada, pois confunde a convivência dos indivíduos com a concepção do povo como comunidade"[136]. O povo é apenas um elemento e um órgão do Estado, sendo os indivíduos, enquanto sujeitos, dotados de direitos subjetivos e, enquanto objeto, sujeitos de deveres.

Como mencionado, desde a metade do século, com GERBER, o Estado deixa de ser entendido como propriedade do príncipe, que, assim como o povo, passa a ser dele um órgão. Nessa ordem, para essa construção, a soberania não é do povo, nem do governante, a soberania é do Estado. Com isso, demarca-se fortemente a relação entre o Estado moderno e a segurança da ordem, marcas que configuram a essência do Estado de Direito formal, e apenas com a autolimitação do Estado ele se torna Estado de Direito[137].

Sobre essa percepção, não raro se aponta ao *paradoxo* de JELLINEK. Isso porque, do ponto de vista social, ele reconhecia o Estado como uma questão de fato, da facticidade do poder, e do ponto de vista jurídico, como uma pessoa legal. Assim, do ponto de vista social o Estado se confrontaria e seria influenciado por outras forças sociais (*poder normativo dos fatos*), enquanto do ponto de vista jurídico, apenas o próprio Estado poderia autolimitar-se. Essa questão expõe, em boa medida, parte das dificuldades de um isolamento do campo jurídico, sendo retomada por vários dos debates subsequentes[138].

---

[135] JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, *cit.*, pp. 346-352. A exceção do ato de nascimento do próprio Estado: BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 256.

[136] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 258.

[137] LA TORRE, Massimo. *Law as institution*. Dordrecht: Springer, 2010, p. 10.

[138] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, pp. 42-44: "The coexistence of law that bound the state and the presumption of the state's sovereignty formed what I will term 'Jellinek paradox'".

De todo modo, a obra de JELLINEK é bastante ampla e, em muitos trabalhos, o autor permitiu-se ser "metajurídico". No entanto, como jurista, é possível dizer que ele foi profundamente identificado e comprometido com o método positivista, como posto por GERBER e seu esforço por purificar o conhecimento jurídico[139]. Por isso, é possível afirmar que JELLINEK é, se não o último, ao menos, o mais pronto portador da voz do *Gesetzespositivismus* oitocentista[140].

Todo o *Direito do Estado* e, na sequência, todo desenvolvimento da Teoria da Constituição, tiveram como ponto de partida a crítica e a oposição a essa perspectiva. Os primeiros trabalhos que desembocam na luta pelo método já se apresentam, nos quinze primeiros anos do século XX que antecederam a Primeira Guerra Mundial. Nesse período, KELSEN, SCHMITT, SMEND e outros, já publicavam seus primeiros textos que tendiam a propor os problemas dos caminhos da Teoria e Doutrina do Estado e do Direito do Estado que os antecedem.

Nesse contexto, como se verá, KELSEN, de certo modo, liga o período e espírito do Império à República de Weimar e, assim, simbolicamente, o espírito do Direito do Estado do XIX ao espírito do Direito do Estado do século XX, fazendo-o de forma bastante particular, levando ao extremo o pensamento positivista[141].

---

[139] EMERSON, Rupert. *State and Sovereignty in modern Germany*, *cit.*, p.60. CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*: "the legal system was a closed whole, individual rights existed only as part of that closed system, and jurisprudence had to exclude political or historical perspectives to remain a science".

[140] LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*, *cit.*, p. 192. Apesar de seus "isolamentos" e positivismos, não deixa de ser interessante a passage da obra clássica de JELLINEK: "El fundamento último de todo derecho radica en la convicción inmediata de su obrigatoriedad, de su fuerza determinante y normativa. Las tres características que hemos dado anteriormente del derecho concuerdan en un punto, a saber: en que se trata siempre en ellas de normas y estas no significan jamás nada que venga de exclusivamente de fuera, sino que necesitan descansar en una propiedad del sujeto para que de este modo pueda ser reconocida como legítima por aquél. De aquí que se trate finalmente de una convicción condicionada por la situación general de cultura en un pueblo, de lo cual depende el que la exigencia de la conservación de algo en norma llegue realmente a poseer este carácter en un momento dado", JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*, *cit.*, p. 349.

[141] JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional crisis the German and the American Experience, *op. cit.*, p. 16; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 84.

Com essa breve exposição até aqui, pretendeu-se, basicamente, dois objetivos. Primeiro, de algum modo, apresentar a sequência que deu azo ao Direito Público, ao Direito Constitucional e, especialmente, à Teoria da Constituição de Weimar. Além disso, busca-se reforçar que as pretensas cientificidade e neutralidade recorrentes e próprias do formalismo jurídico, presentes na grande maioria de perspectivas positivistas, em geral, são histórica e logicamente decorrentes de uma perspectiva ideológica e de um projeto político muito específico, que, no fundo, nada tem de neutral.

Como aponta MICHAEL LÖWY, "O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, que no dizer de Augusto Comte, 'não admira nem amaldiçoa os fatos políticos', acaba tendo uma função política e ideológica"[142]. Essa marca aprofunda-se, especialmente, quando se tem em conta uma realidade, eminentemente, jurídico-política como é a experiência constitucional. Em seu contexto, a posição de pretender-se neutro é, ela mesma, uma posição ideologicamente comprometida e será nesses termos que HELLER transformará a própria *Teoria Geral do Estado* em *Teoria do Estado* e postulará que o positivismo jurídico não é capaz de explicar, nem mesmo, a positividade do direito[143].

Deste modo, pode-se apontar ao *Gesetzespositivismus*, em suas diversas formas, o comprometimento com a manutenção de uma ordem posta, economicamente liberal e politicamente conservadora, como era a ordem do então Império Alemão.

As questões relacionadas à cultura política e à cultura constitucional, propriamente dita, quase nunca estiveram presentes nas bases do Direito Público pré-Teoria da Constituição, tampouco, foi articulada a relação entre legitimidade, validade e eficácia de uma Constituição. Pretendia-se, naquele momento, que, "científica" ou positivamente, o Direito fosse concebido a partir de conceitos

---

[142] LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*: elementos para uma análise marxista. 7 ed. São Paulo, 1991, p. 40

[143] DYZENHAUS, David. Hermann Heller. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, p. 251; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 254.

indutivamente alcançáveis, como se, de algum modo, eles pudessem ser dogmaticamente acessíveis. Quando, na verdade, essa postura refletia, em si, a cultura política propugnada pelo modelo político autoritário da época e pelo próprio modelo de *Rechtsstaat* formal em torno do qual se amarrava.

Em boa medida, isso se colocava em relação com o desprendimento da dinâmica constitucional e seu próprio fundamento na soberania popular e sua dimensão política. O Direito seria válido e/ou legítimo, desde que refletisse conceitos racionalmente acessíveis ou, mesmo, que fossem frutos do poder estatal. Essa postura pouco dialética por muitas vezes foi colocada como, praticamente, oficial. A preocupação com a identidade entre cidadão e constituição passava ao largo dos questionamentos desse Direito do Estado pré-Weimar, em muito, inclusive, pela pouca relevância das questões democráticas nesse momento. Isso retira, ou melhor, esconde o peso da própria politicidade da dinâmica constitucional e de sua compreensão.

Nesse momento, o Direito do Estado germânico não se pretende enquanto modelo que vence a força pela não força ou, ao menos, é muito pouco disso ainda. Ele é força em si. Autoridade ainda muito atrelada aos poderes históricos, de modo que a identidade entre povo e soberano colocava-se de forma muito pouco aguçada e consolidada[144].

Com Weimar, o cenário muda de figura. Há um processo de alargamento da atuação do Estado, bem como, um processo de juridificação da vida e das questões políticas. Mesmo as disputas essencialmente políticas – pelo menos, um número significativo delas – passaram a ser colocadas nos termos de uma disputa democrática constitucionalizada e institucionalizada. A ordem normativa de Weimar, por uma série de fatores, a princípio, não mais tentava colocar-se simplesmente pela força do poder, mas pelo argumento do poder justificado.

[144] É verdade que as relações entre Estado de Direito e democracia se colocavam de forma diferente em outros Estados nacionais, especialmente, em França, nos EUA e, a seu modo, na Inglaterra. Contudo, como nosso interesse aqui é caminhar no/para o desenvolvimento da Teoria da Constituição em Weimar, como mencionado antes, seguimos o fluxo do desenvolvimento alemão.

Poder democrático. Não por acaso, é em meio a essas disputas que surge a Teoria da Constituição.

1.2. REPÚBLICA DE WEIMAR

A República de Weimar, tanto por sua vida, quanto pelo seu destino, é um episódio muito trabalhado na historiografia. Foi um momento de grande complexidade social e transformações culturais, convulsões sociais, experiencialismos e incertezas. Essas características, a amplitude do tema, o espaço e a natureza deste trabalho, não o habilitam a qualquer tentativa de maior aprofundamento sobre a complexidade dos anos entre 1919 e 1933. Portanto, aqui não se pretende, de forma alguma, um remontar mais denso desse período. No entanto, é inevitável alguma aproximação para que seja possível alguma compreensão do surgimento da Teoria da Constituição, bem como, a percepção de que a efetividade de uma constituição depende de uma cultura constitucional. Não de outra forma, não raro se aponta como um dos principais motivos para o fracasso de Weimar o fato de ela ter sido uma *república sem republicanos*[145], *uma democracia sem democratas*[146], um momento em que não foi possível se desenvolver uma cultura constitucional, tampouco, uma cultura de constituição.

A Monarquia alemã adentra o século XX, mas encerra-se com a derrota na Primeira Guerra Mundial e a assinatura do Tratado de Versailles. As massas e forças de trabalhadores que começaram a movimentar o cenário político europeu desde a *Primavera dos Povos*, foram ganhando cada vez mais espaço, fortalecendo-se na conjuntura sócio-política alemã. Essas forças, também

[145] A frase é geralmente atribuída a SEBASTIAN HAFFNER.

[146] NEUMANN, Franz L. The decay of German democracy. *In*: NEUMANN, Franz L.; KIRCHHIMER, Otto; SCHEURMAN, William E. (ed.). The Rule of Law under siege. University of California Press: Berkeley, 1996, pp. 29-43: "German democracy committed suicide and was murdered at one and the same time. A democracy without democrats found its end with the appointment of Hitler as chancellor on January 30, 1933", p. 41.

influenciadas pela revolução russa de 1917, acabaram por promover a *Novemberrevolution* entre 1918 e 1919, colaborando de forma preponderante para o enfraquecimento do poder Hohenzollern, para o fim da Primeira Guerra Mundial e para a implementação da República e, com ela, a Constituição de Weimar.

STOLLEIS, inclusive, dirá que praticamente tudo que despertou paixões no *Direito do Estado* alemão e no direito internacional no período do entreguerras giram em torno desses três polos: a *Novemberrevolution*, a Constituição de Weimar e o Tratado de Versailles[147].

Desde 1848, a disputa social na Europa central, particularmente da Alemanha, vinha sofrendo pressões populares e do proletariado. A influência dessas lutas e reinvindicações acabaram por ser incorporadas e, em boa medida, colocaram-se como determinantes para o constitucionalismo do século XX. Nesse sentido GRIMM chega a dizer que "a revolução de 1848 foi uma revolução nos direitos fundamentais" [148].

Após um conturbado fim de guerra e uma Revolução em 1918, que até hoje é objeto de disputa, instaura-se a primeira República alemã. Junto com ela chega sua Constituição, feita em 1919, na histórica e cultural cidade de Weimar, longe da guerra civil que se via nas ruas de Berlim.

A Constituição de Weimar sucedeu a Constituição Imperial de 1871, que nem ao menos previa direitos básicos e limitava-se a descrever a forma do Estado e os procedimentos para criação de leis. Até por isso, a Constituição de Bismarck era tida como uma carta constitucional "apolítica"[149].

Weimar, a seu turno, foi uma Constituição já desde cedo muito combatida, mesmo no período de sua Assembleia Constituinte. Inicialmente foram os militantes de esquerda, dentre eles, ROSA DE LUXEMBURGO e as Ligas

[147] Para aprofundamento sobre esse período e sua complexidade, especialmente acerca do Direito Público, por todos: STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 45-105.

[148] GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 77-82.

[149] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, pp. IX e X.

Spartakistas, que a condenavam por verem nela um desvio em relação aos fins socialistas da Revolução[150]. Por outro lado, as linhas conservadoras viam-na com maus olhos, especialmente, por causa das disposições sociais de sua segunda parte.

A Constituição de Weimar teve, como marca original, uma assembleia eleita em sufrágio que pela primeira vez, na Alemanha, contou com o voto feminino, de soldados e de jovens a partir dos vinte e cinco anos. Foi uma assembleia politicamente bastante dividida, que deixava transparecer a pouca unicidade do cenário político nacional. A realidade que transparecia era a de que: "nenhum partido tinha maioria para governar sozinho"[151]. Até por isso, a Constituição de Weimar não era "homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre as forças em disputa em 1919", era um compromisso politicamente aberto de renovação democrática que por diversos fatores, políticos, econômicos e sociais, não puderam ser levados a cabo[152].

Tratou-se, maximamente, de uma Constituição compromissária, programática, cuja segunda parte introduziu – na sequência da Constituição mexicana de 1917 – os direitos sociais no constitucionalismo. Boa parte da *luta pelo método* se deu, em alguma medida, em torno dos limites e possibilidades dessas inovações.

Ainda que o projeto inicial apresentado por HUGO PREUSS não contivesse um capítulo sobre os direitos fundamentais[153], a própria assembleia encarregou-se de construir e viabilizar a segunda parte da Constituição. Nesse sentido, BERCOVICI afirma que segundo "Richard Thoma, a democracia de Weimar era uma democracia na forma e na substância, pois buscava a incorporação das classes trabalhadoras no Estado com base na emancipação política completa e na igualdade de direitos"[154]. HELLER também apontava que com ela, especificamente,

---

[150] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 293.

[151] LOUREIRO, Isabel. *A revolução alemão [1918-1923]*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

[152] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 26.

[153] PREUSS, politicamente, era amplamente a favor da democracia social, mas receava que uma proposta nesse sentido levasse a uma grande disputa política que ameaçasse a unidade nacional.

[154] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 27.

e com a democracia social, de um modo geral, o que se queria era tocar com o Estado material de Direito os mundos do trabalho e da mercadoria.

De todo modo, a nova Constituição alemã, como a natimorta *Paulskirchenverfassung* de 1849, consolidava um novo Direito que emergia da ruptura com o velho, menos preocupada com sua recepção no presente que com formar os arranjos para um futuro político[155].

Toda essa conjuntura, na esteira de um intenso desenvolvimento das questões relacionadas à Teoria do Estado, culminou no nascimento da Teoria da Constituição. Esse fato, aliado à grande e preponderante influência que o constitucionalismo e o Direito Constitucional alemão tiveram em toda a cultura jurídico-política romano-germânica, fazem da *luta pelo método* de Weimar o ponto de partida para os caminhos à(s) resposta(s) sobre o conceito de Constituição e sobre a cultura constitucional.

Um traço comum aos debates desse momento é o fato deles, curiosamente, via de regra, serem travados em nível teórico-abstrato, a partir de construções conceituais. É bastante pequena a influência das decisões dos tribunais na história constitucional alemã até 1949, como, do contrário, é marca característica da história constitucional estadunidense[156]. É possível que essa característica tenha, inclusive, contribuído para o fato de o constitucionalismo americano ter caminhado na direção de um enfático provincianismo, como aponta ACKERMAN[157].

Normalmente, alegam-se algumas razões para compreender essa abstração. A primeira delas coloca-se no caráter mais marcadamente conceitual-abstrato da própria cultura romano-germânica em relação à cultura anglófona, especialmente, no que diz respeito às concepções de Estado e da comunidade

---

[155] STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*, *cit.*, p. 64.

[156] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 14. Sobre os momentos constitucionais de formação e reconformação nos Estados Unidos da América do norte, com bastante ênfase ao papel dos tribunais, é bastante interessante a trilogia *"We the people"* de BRUCE ACKERMAN, especialmente o volume 2: ACKERMAN, Bruce. *We the people*: transformations. Cambridge: Belknap Press, 2000.

[157] ACKERMAN, Bruce, The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797, 1997, p. 773.

jurídico-política. Várias dicotomias e paralelismos podem ser identificados ao se comparar o pensamento anglo-americano e o pensamento continental europeu. As possibilidades de polarização nesse sentido são várias: de um lado o empirismo de FRANCIS BACON, do outro o racionalismo de DESCARTES[158]; em uma mão os sistemas jurídicos de *common law,* na outra os sistemas jurídicos de matriz romano-germânica – com a consequente diferença da primazia das fontes do direito vigorante em cada um dos sistemas; o *rule of law* anglófono e o *Rechtsstaat* (ou em sua versão francesa, um pouco diferente, *L'État de Droit*)[159] continental; de um lado, uma cultura política em que a Constituição precede/constitui o próprio Estado (nos EUA mais claramente, mas também, de certo modo, na própria Inglaterra[160]) e, de outro, uma cultura política em que o Estado precede a própria Constituição[161]; ainda, em uma cultura política em que se constrói o presidencialismo com uma separação dos poderes mais rígida[162], na outra, o

---

[158] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

[159] BÖCKENFÖRDE vai além, registrando acerca do conceito de *Rechstaat* que: "The 'rule of law' in Anglo-Saxon law is not in substance a parallel concept, and French terminology has no comparable words or concepts whatever", BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *State, Society and Liberty*. Oxford: Berg Publishers, 1991, p. 48. Já JORGE MIRANDA relaciona: "A expressão '*Estado constitucional*' parece ser de origem francesa, a expressão '*governo representativo*' de origem anglo-saxónica e a expressão '*Estado de Direito*' de origem alemã. A variedade de qualificativos inculca, de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tónicos", MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*, *cit.*, p. 33. Abordando, especialmente, as figuras do *Rechtsstaat*, do *L'État de droit* e do *rule of law* norteamericano e ingês: ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Piero (org.). *O Estado de Direito*: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 3-94.

[160] Diz-se "de certo modo" porque a tradição constitucional inglesa, inclusive, por não ser majoritariamente escrita ou organizada, remonta a tempos imemoriais, contando com vários documentos antiquíssimos existentes desde antes mesmo da *constituição* da Inglaterra como Estado, MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 44.

[161] JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional crisis the German and the American Experience, *op. cit.*, pp. 1-2.

[162] Destacando-se o fato de essa ser uma realidade norteamericana e não inglesa, são interessantes as observações feitas por JORGE MIRANDA quanto à aproximação do parlamentarismo britânico com o presidencialismo: "O realce da posição do Primeiro-Ministro dentro do Gabinete britânico e o sentido político conferido às eleições gerais na Grã-Bretanha têm levado certos autores a assimilar o sistema britânico de governo ao sistema americano – ou seja, a sugerir que, sob a capa de parlamentarismo, o que existe no fundo em Inglaterra é um sistema presidencialista. Na verdade, dir-se-iam semelhantes a posição do Presidente dos Estados Unidos e a do Primeiro-Ministro britânico. Ambos são objecto de votação popular (ao elegerem o Deputado do seu círculo, os eleitores britânicos votam no respectivo partido e no seu chefe, o qual, se o partido for majoritário, se tornará automaticamente Primeiro-Ministro); e um outro praticamente mantêm-se no poder por um período certo, sem serem derrubados pelo Congresso ou pela Câmara dos

parlamentarismo com uma separação dos poderes um tanto mais fluida[163], dentre tantas outras possibilidades[164].

Além desses dois aspectos, deve-se ter em conta o fato de as universidades alemãs, especialmente até 1918, serem maximamente voltadas para a formação dos funcionários públicos da burocracia estatal – via de regra, homens bem nascidos, oriundos da aristocracia, mas, especialmente, das camadas mais altas da classe média de toda a Alemanha. Desse modo, esse ensino era voltado para questões do Estado, com um viés bastante mais teórico e, àquele momento, pouco atento às questões de prática legal, mais detidamente. O próprio papel da doutrina na vida jurídica alemã é bastante diferente, até hoje, daquele que a pesquisa em Direito tem no cenário norte-americano, o que se estende ao próprio modelo de ensino jurídico de cada país.

Ainda quanto ao papel das universidades na Alemanha dos oitocentos, início dos novecentos, é de se ter em conta o prestígio e alta colocação dos professores universitários na sociedade. Esse fenômeno desenvolveu-se, especialmente, a partir do século XVIII e levou a uma verdadeira "nobilitação" da posição, ao ponto de, em alguns momentos, o "título" de "Professor Doutor" ser considerado mais prestigioso que alguns títulos menores de nobreza. Nesse sentido, FRANK K. RINGER levanta a tese de que a monarquia prussiana deliberadamente apoiou e apoiou-se no fortalecimento dessa elite intelectual de funcionários não oriundos exatamente do seio da nobreza, com a intenção de tê-la

---

Comuns", MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*, *cit.*, p. 92. É certo que o próprio JORGE MIRANDA na sequencia da mesma obra faz uma série de diferenciações quanto às duas formas políticas.

[163] E aqui essa observação vale tanto à separação dos poderes propriamente dita (horizontal, com tripartição orgânico-funcional entre Executivo, Legislativo e Judiciário) quanto ao federalismo (separação vertical dos poderes). Apesar de alguns Estados europeus terem o federalismo como forma de Estado – casos de Alemanha e Áustria, por exemplo –, o Estado federal na Europa tem configuração um tanto mais fluida e menos estanque que o norteamericano. Inclusive, o debate sobre a divisão de competências entre União e Estados Federados esteve presente nos grandes momentos e crises políticas e constitucionais dos Estados Unidos da América do Norte, quer na Guerra de Secessão, quer no embate entre o presidente FRANKLIN DELANO ROOSEVELT e a *Supreme Court*, entre o *New Deal* e a Doutrina *Lochner*, apenas para citar dois exemplos emblemáticos.

[164] Por exemplo, falando da filosofia contemporânea: DOMINGUES, Ivan. *O continente e a ilha*: duas vias da filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 2009.

como uma forte aliada contra os setores mais conservadores da aristocracia reticentes às reformas e modernizações do Estado e da sociedade. RINGER trata-os por *intelectuais mandarins*, tamanha sua força[165].

Em complemento, se por um lado a abstração e teorização são relacionadas à própria cultura e mundividência que comumente marcam o estereótipo alemão, por outro, elas estão também vinculadas à instabilidade político-estatal teutônica particular do início do século XX. Durante os 87 anos que separam a nomeação de *Otto von Bismarck* para o cargo de ministro-presidente da Prússia (1862) e a criação das duas Alemanhas (1949), o mundo germânico teve diversos momentos jurídico-políticos absolutamente cortantes em sua história, que significaram repetidas quebras de continuidade da estrutura jurídico-institucional vigente. A aparente "calmaria" interna do período kaiserista se dava, bastante mais, pela força do poder central que pela consolidação de uma cultura constitucional e de Estado de Direito.

Não bastassem os diversos conflitos e disputas externos, da Prússia (e Alemanha) com a Dinamarca, com o Império Austro-húngaro e com a França,

---

[165] RINGER, Frank K. *O declínio dos mandarins alemães*, *cit.* Apesar dessa aposta inicial do Kaiser HOHENZOLLERN nessa aliança, RINGER identifica que "embora ainda mantenha algum controle da lealdade da nova elite, em parte porque é ele quem paga seus salários, o monarca logo descobre que os mandarins estão prontos a usar seu crescente poder de negociação até mesmo contra ele. Ele quer que suas universidades sejam apenas institutos para a produção de auxiliares administrativos úteis e, de preferência humildes. Tem uma noção muito rasteira do ensino prático. Teorias que não são imediatamente aplicáveis podem despertar-lhes suspeitas, embora goste de saber que seus professores estão ensinando alguma doutrina sadia e singela de devoção ativa e moralidade política. Por outro lado, os mandarins começam a se cansar do papel puramente técnico que esse esquema lhes atribui. Suas aspirações pessoais e sociais vão além da posição de especialistas ou escribas das classes baixas. Exigem ser reconhecidos como uma espécie de nobreza espiritual, ser elevados acima de sua classe de origem em virtude dos conhecimentos adquiridos. Consideram-se homens de grande cultura e seu ideal de 'formação' pessoal afeta toda a sua concepção de ensino. Procurando um enobrecimento espiritual na educação, tendem a rejeitar o conhecimento 'meramente prático' e a busca por técnicas de análise moralmente e emocionalmente neutras. Em vez disso, consideram o ensino um processo em que o contato com fontes veneradas resulta na absorção de seu conteúdo espiritual, de modo a conferir ao estudante qualidade indelével de elevação espiritual. Em resumo, à medida que os mandarins adquirem mais poder, seus líderes intelectuais voltam-se contra a plataforma ideológica um tanto estreita da qual partiram e substituem-na por um ideal de ensino que possa funcionar como um substituto honorífico da nobreza de nascimento. Por mais que lamente o surgimento de uma nova série de pretensões entre servos da coroa originalmente humildes, o governante é obrigado a resignar-se ao inevitável, pois precisa desses homens tanto quanto antes", p. 25.

entre os cerca de quarenta anos que separam a Unificação Alemã e Constituição Imperial (1871)[166] do início da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) – que, curiosamente, por vezes são considerados anos tranquilos e de estabilidade interna –, o século XX foi absolutamente conturbado na Europa central e no mundo germânico.

Tendo como ponto de partida a Primeira Grande Guerra (1914-1918), foram trinta e cinco anos de muita ebulição, reviravoltas, golpes e eventos: desde a Revolução Alemã (1918/1919); passando pela formulação e implementação da Constituição de Weimar que fundou a República Alemã[167] e o Tratado de Versailles (1919); pelo *crash* da Bolsa de Nova York e a crise mundial (1929); pelo *Preußenschlag* (1932); pela ascensão do nazismo e a tomada decisiva do poder por HITLER, que encerra o período conhecido como *República de Weimar* (1933); pelo início da Segunda Guerra Mundial (1939-1945); a perda da guerra, o fim do nazismo e a eliminação do Estado Alemão (1945); e a formação das duas Alemanhas (1949).

Nesses anos conturbados, as várias instituições foram mudando, adaptando-se, sendo criadas e eliminadas. Nesse ínterim, as construções jurídicas, judiciais e, mesmo, institucionais, tenderam a ter menos vida que aquelas teóricas provenientes das universidades[168].

---

[166] *Verfassung des Deutschen Reiches*, também conhecida como *Bismarcksche Reichsverfassung*.

[167] De fato, o Império Alemão deu lugar a uma república que entrou para a história como a República de Weimar, especialmente a partir de 1933, e das críticas que o partido nazista fazia ao período, é verdade. Esse nome se dá pelo fato de a Assembleia Nacional Constituinte ter se reunido na histórica cidade de *Thüringen* para votar e aprovar a nova Constituição republicana. Entretanto, naquele momento a Alemanha continuou a oficialmente chamar-se *Deutsches Reich*. Inclusive, a própria nomeação do Estado Alemão era foco de disputas políticas no cenário dos anos 1920 na Alemanha entre conservadores, antidemocratas, social-democratas e partidos de centro, que chamavam aquele "novo" Estado Alemão, dentre outras formas, de *Deutsches Reich*, *Deutsche Republik, Deutscher Volksstaat*.

[168] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 14: "What may seem foreign to observes in the United States is the abstract level of the German debates. In part, that abstraction reflects German jurists' orientation toward the 'state' and the high theory taught at universities rather than toward concrete aspects of legal practice. To this day, major surveys of German constitutional history contain almost no account of the controversial judicial decisions of high courts. That abstraction reflects something besides the stereotypically 'Germanic' orientation toward abstraction and theorizing, however. It reflects the many breaks in legal continuity that punctuate twentieth-century German history: the Revolution of 1918, the Nazi grab for power in 1933, the defeat of Nazism and the elimination of the German state in 1945,

De todo modo, como dito, Weimar foi um grande divisor de águas e teve como consequência determinante possibilitar a todos os grupos sociais a participação nas tomadas de decisão do Estado. O Estado alemão, especialmente o Parlamento, não era mais monopolizado pela aristocracia, como ocorria na Alemanha kaiserista, nem era dominado pelas classes detentoras dos meios de produção, mas, de mesmo modo, tampouco era concentrado e comandado por amplas forças de esquerda.

De fato, a preocupação com a igualdade material, a partir dos direitos sociais e dos mecanismos de participação de todo o povo nas esferas de decisão do Estado[169], foram responsáveis por outro fenômeno importantíssimo para o constitucionalismo: as tensões e demandas políticas da sociedade acabaram por ser introduzidas e, em alguma medida, institucionalizadas na experiência constitucional[170].

Enquanto era marcante das constituições liberais a cisão "esclarecida" entre Estado e Sociedade, Direito e Política, Weimar vai pelo caminho de reconciliar essas dimensões[171]. Em consequência a isso, enquanto as Constituições dos Séculos XVIII e XIX apresentavam-se em modelos formais, exibindo programas rígidos, pré-estabelecidos desde o reconhecimento dos valores das revoluções burguesas já bem sucedidas em seu objetivo de subverter o *status*

---

and the formation of two new German states in 1949. Constitutional histories of the United States can perhaps all too easily assume a stable, continuous development by examining the decisions of the Supreme Court; in Germany, the highest courts have taken many different institutional structures and carried out many different political functions over the course of this century. Accounts of the major Weimar theorists of constitutional law, not court decisions, provide the continuity between Weimar constitutionalism and that the Federal Republic".

[169] Abordando vários elementos e previsões desse aspecto na Constituição de Weimar, especialmente, quanto à Constituição Econômica: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, pp. 25-50.

[170] Reitere-se que esse movimento não necessariamente foi bem visto pela esquerda e forças trabalhistas da época. De fato, juridificar as demandas sociais é formaliza-las de modo a, por um lado, dar-lhe a força da institucionalidade na forma de direitos, mas, por outro, é, também, conformá-las em uma gramática e em um formato que, originariamente, é, ele mesmo, burguês. A disputa e discussão pela juridificação desenrola-se no contexto do Estado Democrático de Direito, inclusive, na sequência de KIRCHHEIMER e NEUMANN na própria Escola de Frankfurt. TEUBNER, Günther. Juridification: concept, aspects, limits, solutions, *op. cit.*

[171] HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2012, pp. 115-166.

político-social aristocrático (dos poderes históricos), Weimar, ao contrário, em suas próprias tensões internas, propõe programas e compromissos políticos de transformação do *status* político-social.

Logo, a Constituição, a partir de então, deixa de ser fruto de um processo político já realizado e formalmente declarado e passa a ser um momento do processo político dialético, entranhando a própria dinâmica política da sociedade na cultura constitucional[172].

[172] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, pp. 294-295: "As constituições do século XX não representam mais a composição pacífica do que já existe, mas lidam com conteúdos políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca de realização de seus conteúdos, de compromisso aberto de renovação democrática. Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista, como em Weimar. A constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais".

CAPÍTULO 2
O NASCIMENTO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: O DIREITO SEM ESTADO OU O ESTADO SEM DIREITO

Ao "constitucionalizar" a disputa política entre as diferentes forças da sociedade, o fenômeno constitucional, ao menos do ponto de vista jurídico, deixa de ser um óbice às transformações políticas, passando a ordenar e conduzir esse processo, possibilitando a suprassunção dessas tensões no contexto interno de uma unidade em pluralidade, como anotava HELLER[173]. Enquanto, antes de 1919, as tensões políticas tendiam a serem resolvidas com a manutenção do *status quo* (quando venciam as forças conservadoras de uma ordem) ou com uma revolução (quando triunfavam as forças transformadoras), Weimar trazia para a disputa política institucionalizada e regrada, possibilidades de mudança política sem quebra com o modelo estatal/político[174].

[173] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 135. De algum modo, essa perspectiva também está em: SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 87 e 88: "las formas de Estado que prevén constitucionalmente la existencia de luchas políticas integradoras tienen la ventaja – como es el caso de un Estado parlamentario, en el que existe un permanente enfrentamiento por alcanzar el poder – de que es más fácil impedir la obstrucción continuada de determinados grupos sociales al facilitarles la posibilidad de una participación futura en el poder, lo que, además de tranquilizarles, les reincorpora activamente en la vida política de un modo continuado; mientras que en aquellas formas estatales que se basan en el principio de la representación permanente, los grupos sociales que no aceptan unos valores objetivos determinados se aferran a su situación minoritaria, distanciándose entonces indefinidamente de la vida política".

[174] HELLER, Herman. Libertad y forma en la constitución del imperio. *In*: HELLER, Hermann. *El sentido de la política y otros ensayos*. Valencia: Pre-textos, 1996, pp. 61-67.

Não é a toa que boa parte das críticas recorrentes e contemporâneas à Constituição de 1919 colocava-se contra seus *compromissos dilatórios* e sobre sua pretensa *falta de decisão*. Essa "acusação" é sustentada, quer por autores à direita, como SCHMITT, quer por pensadores de esquerda, como KIRCHHEIMMER[175].

Essa virada fez com que ficasse ainda mais demarcada como característica da cultura constitucional sua dinamicidade e plasticidade. Essas possibilidades abertas com a politização antes negada ao Estado[176] e ao Direito, mais claramente ao Direito Constitucional, fomentaram as discussões da *luta pelo método.* STOLLEIS destaca a densidade e complexidade desse episódio afirmando que na época dizia-se que foi a partir de então que se passou a cuidar do "método e da essência do Estado", tendo sido o momento culminante de uma Guerra Mundial incipiente e o ponto de contato entre a questão do objeto e da forma da Teoria do Direito e do Estado[177].

Nesse contexto, HANS KELSEN (1881-1973), RUDOLF SMEND (1882-1975), CARL SCHMITT (1888-1985) e HERMANN HELLER (1891-1933), são recorrentemente tratados como os principais nomes desse episódio[178]. Não apenas

---

[175] É verdade que KIRCHHEIMMER, em que pese ser ligado ao SPD (Partido Social Democrata alemão) e à Escola de Frankfurt, foi aluno muito próximo de SCHMITT, por vezes tratado como o seu "discípulo preferido".

[176] Como o fizeram GERBER, LABAND, JELLINEK, chegando a seu apogeu com KELSEN.

[177] STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre* – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte? Steiner: Stuttgart 2001, p. 5: "Der Methodenstreit ist der Kulminationspunkt einer vor dem Weltkrieg einsetzenden und den Zentralnerv des Faches berührenden Frage nach Ziel und Weg der Staatsrechtslehre. Es ging, wie man damals zu sagen pflegte, und das 'Wesen des Staates' und um die Art und Weise, wissenschaftlich über den Staat zu arbeiten und zu sprechen. Im Grunde war es jedoch eine Debatte um die politische Lebensform. Der Gegenstand war also unausweichlich politisiert".

[178] Esses geralmente são considerados os quatro principais atores desse debate, vide, CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german Constitutional Law*, *cit.*; LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Historia Constitucional*, Madri, n. 9, pp. 259-295, 2008; BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional,* São Paulo, n. 1, pp. 195-206, jan./jun. 2003. STOLLEIS, por sua vez, também coloca nessa lista ERICH KAUFMANN: STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre*, *cit.*, p. 5. Em que pese esse reconhecimento, é de se destacar a grande importância de vários outros juristas tais como RICHARD THOMA e GERHARD ANSCHÜTZ em linhas mais positivistas, HEINRICH TRIPEL, forte opositor do positivismo, e HUGO PREUSS, autor do projeto da Constituição de Weimar e seu grande defensor. Trabalhando todos esses: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). *Weimar:* a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002.

do ponto de vista da construção jurídica, mas, também, da formulação política, eles são bastante diferentes entre si. Enquanto HELLER, mais jovem, apresentou a leitura mais à esquerda dentro desse debate, compreendendo que a Constituição de 1919 permitia a formação de um Estado socialista democrático, o terceiro, SCHMITT, foi responsável pela construção mais à direita possível dentro do debate constitucional (e, mesmo, para além dos limites constitucionais, em um dado momento), pregando um *Estado Total qualitativo*, que não interviesse nas questões econômicas, mas garantisse as instituições mais tradicionais da sociedade alemã.

Naturalmente, correntes políticas mais extremadas continuaram a existir com projetos, por dizer, *anticonstitucionais* – quer à direita, quer à esquerda[179]. Inclusive, como entrou para história, uma dessas forças anticonstitucionais de direita chegou ao poder em 1933, em boa medida, beneficiada pelos desacordos imperantes entre os grupos constitucionais, especialmente, entre as forças político-partidárias pré-Constituição[180]. De algum modo, foi a partir da argumentação constitucional de CARL SCHMITT (ainda que não apenas dela), que se começou a implodir a Constituição de Weimar desde dentro, mais precisamente, desde seu artigo 48, com: Hitler e o Partido Nazista[181].

---

[179] NEUMANN, Franz. *Behemoth*: the structure and practice of National Socialism, 1933-1944. Chicago: Ivan R. Dee, 2009, pp. 29-30: "The Weimar constitution, attacked on the right by Nationalists, National Socialists, and reactionary liberals, and on the left by Communists, remained merely a transitory phenomenon for the Social Democrats, a first step to a grater and better future. And a transitory scheme cannot atrouse enthusiasm". Ainda comentando algumas ações anticonstitucionais de lado a lado, e a radicalização da vida política: KLEIN, Claus. *Weimar*. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 47-51; 74-76.

[180] Naturalmente, esse não foi o único motivo de ascensão do partido nazista ao poder; muito pelo contrário. Viu-se na Alemanha uma enorme combinação de fatores que possibilitou esse movimento e mesmo a interpretação acerca do peso de seus motivos determinantes é algo ainda em disputa. Por exemplo, há leituras que dão maior ênfase aos desacordos da esquerda alemã, outros à conjuntura econômica. De um modo geral, no entanto, eles vão desde as enormes imposições do Tratado de Versalhes, à tradição militarista da tradição tudesca, do viés étnico da sociedade alemã, de seu passado marcadamente autoritário durante todo o século XIX, e mesmo antes dele, a uma importante crise econômico-social. Da desunião da esquerda à intensidade da disputa e falta de diálogo entre as forças pró-união. Para algumas variáveis sobre o tema: ELIAS, Norbert. *Os alemães*, *cit.*; NEUMANN, Franz. *Behemoth*, *cit.*; KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. 2 ed. Londres: Routledge Taylor and Francis Group, 2004; HENIG, Ruth. *The Weimar Republic* 1919-1933. Londres: Taylor & Francis e-Library, 2002.

[181] SCHMITT, Carl. La Revolución legal mundial: plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), Madri, n. 10, pp. 5-24,

É fato que tal hiperpolitização do debate sobre o Estado foi vista não apenas na Alemanha, mas esteve também presente em outros países, especialmente, na Itália e na Rússia, como consequência de suas revoluções político-sociais, desencadeadas com a Primeira Guerra Mundial[182]. Entretanto foi no debate germânico que mais fortemente desenvolveu-se a preocupação com o superar dos dogmas antes tidos como absolutos e naturalizados de um "necessário" Estado de Direito, liberal, burguês, formalista e tecnicista. Como aponta HELLER, os debates entre GERBER, BLUNTSCHLI, LABAND e, mesmo, JELLINEK, aparentavam-se mais como discussões *intramuros*, em que os fundamentos das construções eram admitidos e pressupostos de forma acrítica por todos "a tal punto que podia aceptarse de buena fe que todos los antagonismos existentes en la teoría del Estado no eran, en el fondo, outra cosa sino diferencias de claridade lógica"[183]. Parece possível dizer que esse era um mundo "velho" em declínio. Nesse contexto, a politização do Estado e a consolidação das Ciências do Espírito traziam para a Teoria do Estado a preocupação com os pressupostos desse conhecimento.

A nova postura e as construções teórico-abstratas que ali surgiam, em boa medida, até hoje embasam boa parte dos debates jurídico-políticos no mundo constitucional. Como dito, até a República de Weimar o conhecimento do Estado carecia da preocupação com o método. É nesse sentido, inclusive, que HERMANN HELLER, discordando de praticamente todas as respostas dadas por KELSEN, reconhece a importância crucial que ele e seus seguidores na Teoria Pura do Direito tiveram ao apresentar sua preocupação com o método para as questões sobre o tema[184].

---

jul./ago. 1979. KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo da Constituições austríaca e americana). *In*: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 299-319, página 306, nota 2.

[182] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 54.

[183] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 55.

[184] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 56. No mesmo sentido, comenta SMEND: "La única influencia que va a tener esta segunda orientación metodológica [positivismo] en el análisis de los problemas concretos se va a deber a que, a partir de la gran crítica de Kelsen a aquella ingenuidad inicial [aqui se referindo a GIERKE], no va a ser posible seguir trabajando sin una absoluta clarificación de los presupuestos metodológicos", SMEND, Rudolf. *Constitución y*

Desse modo, é possível dizer que, originalmente, o constitucionalismo, a experiência constitucional e a própria constituição, são filhos das revoluções liberal-burguesas do século XVII-XVIII[185], mas que a Teoria da Constituição, no entanto, enquanto disciplina autônoma e reflexiva é filha desse início de século XX[186], especialmente, das discussões da *luta pelo método*.

É também nesse sentido que entende LUCAS VERDÚ, ao apontar que o período do entreguerras, berço da Teoria da Constituição na Alemanha, foi um momento fortemente marcado pela crise política. Foi-lhe característico a quebra dos pressupostos e das certezas sociopolíticas da democracia liberal, originalmente inspirada e sustentada pela ideologia burguesa que enfrentava ataques de todos os lados, quer de esquerda, quer de direita, especialmente, das correntes mais extremadas.

Deste modo, LUCAS VERDÚ aponta, ainda, que as razões que mais contribuíram para esse surgimento foram: a crise do formalismo jurídico e a tentativa de se assentar um conceito substantivo de constituição; a crise do Estado liberal de Direito e as críticas antiliberais apresentadas contra ele; a aparição dos regimes autoritários e totalitários que atacavam de todos os modos o conceito demo liberal de Constituição e suas respectivas instituições; e, ainda, o culminar da Teoria do Estado liberal com KELSEN e sua superação, especialmente, por HERMANN HELLER[187].

Derecho Constitucional, *cit.*, p. 47. Quer HELLER, quer SMEND, principais opositores ao positivismo normativo nesse debate de Weimar, colocam suas críticas a HANS KELSEN, sobretudo, referindo-se à obra *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1925, que não deve ser confundida com a posterior *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945 (traduzida para o português como *Teoria Geral do Direito e do Estado*, aqui utilizada), esta sem versão publicada em alemão. A segunda parte desta obra de 1945 efetivamente tratava de atualizar a obra de 1925, entretanto, sua primeira parte foi destinada à teoria do direito e, na prática, não apresenta grandes transformações ou revisões em relação ao *Teoria Pura do Direito*.

[185] Ainda que autores falem de um Constitucionalismo antigo ou, mesmo, medieval: MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism*: Ancient and Modern. 2 ed. Ithaca: Cornwell University Press, 1947.

[186] BARACHO, Joaquim Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 58, pp. 27-54, abr./jun. 1978, p. 29.

[187] LUCAS VERDÚ, Pablo. Lugar de la teoría de la constitución en el marco del derecho político. *Revista de Estudios Políticos,* Madri, vol. 188, pp. 5-20, mar./abr. 1973, p. 6. LUCAS VERDÚ destaca pelo menos duas obras como especialmente marcantes nesse nascimento, as já

Nesse contexto, é interessante a aproximação às formulações acerca da Teoria da Constituição e do conceito de Constituição desses quatro autores seminais. Para tanto, acompanhando CALDWELL, é possível dividi-los em autores de respostas *não dialéticas* e autores de respostas *dialéticas*. KELSEN e SCHMITT, que têm como marca comum o monismo metodológico (ainda que o primeiro, um monismo jurídico, e o segundo, um monismo sociológico)[188] podem ser identificados com formas diferentes de positivismo. SMEND e HELLER, com suas perspectivas culturais, colocando-se com uma postura metodológica bastante mais interdisciplinar, podem ser considerados autores de perspectiva dialética.

O que se vê como marca dessas posições é uma disputa por se compreender o que é o Estado e a constituição, especialmente, desde suas abordagens a respeito da forma como se articulam a dinâmica política e a ordem jurídica, a sociedade e o Estado, muitas vezes, se questionando sobre quem tem a palavra final, válida e/ou legítima, e no que esses conceitos implicam para a efetivação da ordem.

A maior ou menor ênfase, a forma mais ou menos explícita, que essas formulações dão à questão da legitimidade e à da eficácia, por vezes expõe (noutras, esconde, inclusive) o quão a relação entre essas três dimensões – validade, eficácia e legitimidade – são importantes para cada autor e o quanto se pretende compreender a constituição como um projeto jurídico-político a ser vivido e feito vivo pela comunidade, através de uma cultura constitucional.

À primeira vista juntar KELSEN e SCHMITT sob uma mesma classificação pode causar espécie. Isso porque, dentre outras coisas, SCHMITT foi o maior antagonista e mais forte crítico do liberalismo e do normativismo kelseniano, quer jurídica, quer politicamente. Além disso, ambos foram os atores do mais famoso embate jurídico-epistemológico (e político, e ideológico, e científico) da República de Weimar, que também é, provavelmente, o mais lembrado e trabalhado na

---

mencionadas: *Teoria da Constituição* (*Verfassungslehre*) de CARL SCHMITT e o *Constituição e Direito Constitucional* (*Verfassung und Verfassungsrecht*) de RUDOLF SMEND, ambas de 1928.

[188] LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Historia Constitucional*, Madri, pp. 259-295, n. 9, 2008, p. 264.

sequência da Teoria da Constituição, o debate sobre: *quem é o guardião da Constituição?*

No entanto há motivos relevantes para aproximar a postura desses dois autores e o que tende a aproxima-los são suas perspectivas não dialéticas do Direito, do Estado e, consequentemente, da constituição[189]. Assim, é possível dizer que ambos, de forma bastante diferentes, possuem perspectivas positivistas, KELSEN com seu positivismo normativo, SCHMITT com seu positivismo sociológico.

2.1. HANS KELSEN

HANS KELSEN é o mais velho dentre os quatro autores mais reconhecidos da *luta pelo método* weimariana. Ele nasceu em 11 de outubro de 1881, em Praga, à época ainda Império Austro-Húngaro, numa modesta família burguesa de origem judia. Ainda muito novo, mudou-se para Viena, capital imperial, tendo ali estudado Direito e concluido seu doutorado em 1906[190].

Em 1908 teve a oportunidade de estudar em Heidelberg com GEORG JELLINEK, a grande referência da Teoria do Estado de seu tempo. Em 1911 publicou seu *Habilitationsschrift*[191] com o tema: *Principais problemas da Teoria do*

---

[189] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 120: "Despite their many differences, Kelsen and Schmitt both evinced an un-dialectical, 'Hobbesian' model of sovereignty state. For Kelsen, the state was identical with law; it could be apprehended only though a pure theory of law that excluded 'impure,' practical considerations. For Schmitt, the state was a real, existing substance threatened by interest groups. Both men sought in different ways to separate the moment of sovereignty from everyday political practice – the 'Hobbesian' moment – in order to come to terms with the paradoxical foundations of constitutional democracy".

[190] Vale o registro quanto ao tema da tese de KELSEN, que parece inusitado, especialmente se imaginarmos a imagem que comumente se tem do autor: *A Teoria do Estado de Dante Alighieri* (*Die Staatslehre des Dante Alighieri*). Há uma tradução castelhana: KELSEN, Hans. La teoría del Estado de Dante Alighieri. Tradução de Juan Luis R. Pagés. Oviedo: KRK, 2007.

[191] A *Habilitationsschrift* ou o "trabalho de habilitação", consiste no primeiro grande trabalho independente (sem orientação) do pesquisador na Alemanha, portanto, realizado após o doutorado. Nesse sentido, assemelhar-se-ia à Livre-Docência na estrutura universitária brasileira,

Direito do Estado desenvolvida desde a teoria da proposição normativa (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*). Nesse mesmo ano tornou-se professor na Universidade de Viena, da qual veio a ser titular da cadeira de Direito Constitucional e Administrativo entre 1919 e 1930.

Teve papel absolutamente decisivo no desenvolvimento da Constituição Austríaca de 1920, por muitas vezes, sendo considerado seu criador. Também atuou no Tribunal Constitucional Austríaco até 1929. Neste ano, por motivos políticos, transferiu-se para a Universidade de Colônia, onde ficou até 1933, ano em que, como tantos outros, teve sua cátedra cassada em razão de sua ascendência. Seguiu para Genebra, onde trabalhou no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais (*Institut Universitaire des Hautes Études Internationales*)[192] e, eventualmente, em Praga, até 1940. Nesse ano, emigrou para os Estados Unidos onde primeiro lecionou na *Harvard Law School* e, posteriormente, em *Berkeley* (*University of California Berkeley*), no departamento de ciência política. Voltou a Viena apenas poucas vezes, por curtos períodos em rápidas visitas, falecendo na Califórnia em 1973[193].

Como mencionado, já os próprios juristas contemporâneos a KELSEN atribuíram-lhe o mérito de ter sido o primeiro a realmente preocupar-se com o método e com os fundamentos da Teoria do Estado e do Direito depois da consolidação do Estado liberal-burguês.

Seu marco central foi o desenvolvimento de uma Teoria Pura do Direito. Ainda que ela já tivesse raízes no seu *Habilitationsschrift*, a primeira exposição mais pronta desse projeto ocorreu na obra *Teoria Geral do Estado* (1925). Na sequência suas ideias foram sendo desenvolvidas e aprofundadas, principalmente,

---

à Agregação na estrutura lusitana, no entanto, com um impacto e importância bastante maior. Enquanto no Brasil, mas especialmente em Portugal, o trabalhado doutoral representa o primeiro grande trabalho na vida acadêmica, na Alemanha, o *Habilitationsschrift* ocupa papel de significativa proeminência na carreira universitária, sendo considerado um marco determinante na carreira do pesquisador. Por falta de tradução precisa, utilizaremos, quando for necessária, a referência o termo original em alemão.

[192] Hoje, após algumas fusões: *Institut de hautes études internationales et du développement.*

[193] JABLONER, Clemens. Hans Kelsen. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, pp. 67 e 68.

nos seus *Teoria Pura do Direito* (1934) e *Teoria Geral do Estado e do Direito* (1945), seguindo presente em inúmeras outras produções durante toda sua vida[194].

KELSEN é particularmente influenciado pela cultura científica vienense e pelo criticismo kantiano em sua versão da Escola de Marburgo, especialmente, por HERMANN COHEN[195]. Até por essas características, que o moldam como um pensador eminentemente liberal e formalista, não raro lhe é reconhecida certa continuidade em relação ao pensamento da Teoria do Estado oitocentista de GERBER, LABAND e, especialmente, JELLINEK. Deste modo, KELSEN pode ser considerado, ainda que de forma bastante peculiar, um elo lógico entre o período e o espírito da Teoria do Estado e *Staatsrechtslehre* do Império e o Direito Constitucional e Teoria da Constituição da República de Weimar, tendo desenvolvido, complexificado e talvez levado ao extremo o pensamento positivista. Como seus antecessores imediatos, entende o Estado, essencialmente, como um aparato de coerção, mas, diferente deles, especialmente de JELLINEK, define-o como essência puramente normativa. Portanto, em KELSEN resta o espírito formalista e positivista dos oitocentos que, no entanto, é matizado pelo criticismo kantiano, o que lhe implicou a busca pelos porquês – ou, pelo menos, por "explicações últimas" – além da própria preocupação com o método.

Se aos autores liberais do século XIX bastava abordar as questões do Estado, basicamente, desde o direito positivo, KELSEN foi buscar pelos fundamentos jurídicos últimos da validade que justificassem essa postura. Desse modo, procurou as bases para uma Ciência do Direito, centrando sua abordagem em métodos "puramente jurídicos", nunca interdisciplinares. Assim, o objeto de

---

[194] Para mais sobre a biografia de KELSEN: *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução Gabriel Nogueira Dias, José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

[195] MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011. Alguns autores identificam essa aproximação de KELSEN com COHEN e a Escola de Marburgo em sua primeira fase, quando às vezes é identificado como "primeiro KELSEN", nesse sentido: MAIA, Paulo Sávio Nogueira Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no 'primeiro' Kelsen. *Sequência* (UFSC), Florianópolis, v. 60, p. 195-224, 2010; VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. México: UNAM, 1962, p. 287. De fato, essa aproximação é mais patente nessa primeira etapa da obra kelseniana; entretanto, é uma marca que em maior ou menor medida o acompanha por toda a vida.

sua reflexão centrou-se sempre no *dever ser* (*Sollen*), nunca no *ser* (*Sein*). Essa cisão é crucial para o pensamento kelseniano, caracterizado, justamente, pela presença de muitos outros dualismos, típicos de sua postura, como são as dicotomias entre sujeito e objeto, natureza e Espírito, entre as ciências naturais – casualmente determinadas e explanatórias – e as ciências do Espírito – idealistas e normativamente determinadas[196].

Em seu *Teoria Geral do Direito e do Estado*, KELSEN assinala a dificuldade de definir-se o sentido da palavra *Estado*. Para tanto, aponta para a necessidade de um conceito puramente jurídico, definindo que: "o Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação", ao modo que fez JELLINEK. Para KELSEN, no entanto, o que diferencia o Estado das demais corporações é sua ordem normativa:

> o Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional[197].

Nessa medida, o autor vienense refuta as proposições que lhe antecederam, assim como várias das que lhe eram contemporâneas, que concebiam o Estado como um fato social concreto e anterior ao Direito, isto é, que o Estado precedia o Direito que, por sua vez, dele derivava. Do contrário, KELSEN coloca que o dualismo entre Estado e Direito é teoricamente indefensável, pois o Estado como comunidade jurídica não é separável de sua ordem jurídica. Isso porque uma comunidade só é formada, justamente, porque uma ordem normativa regulamenta as condutas. Com isso, afirma peremptoriamente que: "como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do

[196] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 209.

[197] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 261-262.

Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de 'Estado' é a 'sua' ordem jurídica"[198].

Nesse sentido, KELSEN afasta-se de JELLINEK, que, a seu modo, concebia o Estado de diversas maneiras, especialmente, em sua dupla face: social e jurídica. Ao contrário disso, para KELSEN o Estado é pura e simplesmente um conceito jurídico; por conseguinte, entende o Direito sem o Estado, isto é, entende o Estado como Direito, levando a cabo uma das máximas da Teoria Pura do Direito: eliminar o político da Teoria do Estado e do Direito do Estado.

JABLONER resume a Teoria Pura do Direito de KELSEN em cinco elementos essenciais: a) ela é uma teoria sobre as normas e seu objeto é o direito positivo; b) trata-se de uma teoria positivista; c) a Teoria Pura do Direito tem como objeto conhecer e descrever o direito positivo, de modo que trata da validade do direito; d) a Teoria Pura do Direito pretende conhecer e descrever o direito positivo sem valorá-lo, especialmente, separando-o de outros sistemas normativos como a política e a moral; e) desde a Teoria Pura do Direito, a Ciência do Direito não cria normas jurídicas[199].

Portanto, a primeira característica da Teoria Pura do Direito é que ela é uma teoria sobre normas. Seu objeto é o direito positivo, logo, uma ordem de normas jurídicas e não de fatos sociais, uma ordem de *dever ser* e não de *ser*. Destarte, para essa perspectiva, apenas a aproximação normativa faz justiça ao sentido imanente do Direito, em que reside a demanda por validade. Dessa maneira, para KELSEN, o objeto primordial da ciência jurídica são as normas jurídicas e a conduta humana só o será também na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, em que é determinada como seu pressuposto ou conseqüência[200].

O Direito, ao prescrever uma conduta a um indivíduo, o obriga, sendo seu dever segui-la. Nesse sentido, KELSEN define que: "se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente

[198] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, *cit.*, p. 263.
[199] JABLONER, Clemens. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 68-69.
[200] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 78.

prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção"[201].

Destarte, o Direito é ordem social de conduta humana normativa de *coação*, no sentido de que reage "contra as situações consideradas indesejáveis por serem socialmente perniciosas"[202]. É uma estrutura escalonada em que: "uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem"[203]. Assim as relações humanas só serão objeto do conhecimento jurídico quando constituírem relações jurídicas, ou seja, quando forem constituídas através de normas jurídicas. Com essa posição KELSEN não refuta a possibilidade de uma sociologia do Direito; pelo contrário, ele apenas justifica uma Ciência do Direito, normativa e doutrinária.

Além disso, a Teoria Pura do Direito, como afirma JABLONER, é uma teoria positivista e a tarefa da dogmática jurídica é saber, o mais precisamente possível, qual a vontade do legislador. Assim sendo, uma vez que considera as normas jurídicas como o sentido dos atos humanos de vontade, refuta qualquer hipótese de direito natural, teológica ou racional.

Deste modo, em sendo a questão da Ciência do Direito estritamente jurídica, o ponto crucial das preocupações de KELSEN é, explicitamente, a validade. Para ele, dizer-se que uma norma vale (é vigente), significa dizer que o indivíduo deve agir de acordo com o que ela prescreve, por isso, é afirmar que ela é vinculativa. Contudo, para a Teoria Pura, uma norma nunca vale em razão de um fato (um *ser*), mas, sempre, em razão de um *dever ser*. Ou seja, o fundamento de validade funciona em cadeia, na medida em que uma norma é válida, porque outra norma superior lhe confere validade. Nesses termos, a própria competência de uma autoridade criar uma determinada norma só é válida se determinada por

---

[201] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 129: "A afirmação: um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta é idêntica à afirmação: uma norma jurídica prescreve aquela conduta determinada de um indivíduo; e uma ordem jurídica prescreve uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato coercitivo como sanção".

[202] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 33.

[203] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 33.

uma norma que lhe seja superior. Assim, a hierarquia dentro do ordenamento coloca-se, justamente, na relação de fundamentação de validade.

A partir dessa perspectiva, entende-se que a validade de uma norma jurídica, via de regra, não está relacionada a seu conteúdo específico (esta relação caracterizaria um princípio estático, para KELSEN). Ainda que isso seja possível, as normas geralmente valem porque são criadas de uma determinada forma que, em última análise, é fixada pela norma fundamental pressuposta (princípio/caráter dinâmico). Dessa estrutura formal e positiva decorre a célebre e muito rebatida afirmação de KELSEN: "todo conteúdo pode ser Direito"[204].

Buscando consolidar sua teoria, o próprio KELSEN reconhece que essa corrente de vinculações de fundamentação de validade não pode ser infinita. No entanto, a solução que propõe (ou pressupõe), não deixa de ser, no mínimo curiosa. Indica que toda essa estrutura tem de ser, então, sustentada por uma norma *pressuposta*. Ela é pressuposta porque não pode ser posta por uma autoridade, cuja validade, por sua vez, dependeria de outra norma superior que lhe concedesse competência.

Desse modo, afirma que: "o fundamento da validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta, como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)". Esta confere unidade à ordem normativa, uma vez que toda norma cuja validade seja reconduzida à mesma *norma fundamental hipotética* é parte de um mesmo sistema de normas: "é a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa"[205].

Nessa esteira, KELSEN afirmará que "a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nesses termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, distinguindo-o da Constituição em sentido

[204] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 221.
[205] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 217.

jurídico-positivo"[206]. Não sendo uma norma posta, mas pressuposta, ela é o ponto de partida do processo de criação do próprio direito positivo.

Destarte, por analogia explícita à construção kantiana, afirmará que a norma fundamental é uma pressuposição *lógico-transcendental* para o conhecimento na ciência jurídica: "é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira"[207]. É nesses termos que pretende que a Teoria Pura do Direito, a partir da teoria da *norma fundamental*, tenha inaugurado um novo método do conhecimento jurídico.

Desse modo, KELSEN refuta, também, qualquer teoria que derive a validade do Direito de sua eficácia. Tal concepção decorre da própria perspectiva dicotômica que separa estritamente o *ser* do *dever ser*, que tem como fundamento epistemológico o dualismo entre fatos e valores, proposições e normas, cognição e vontade, pois, como dito, o que justifica o direito válido, em última instância, tem de ser uma norma: a *norma fundamental*.

De acordo com o positivismo jurídico kelseniano, essa suposição não seria aplicada a toda ordem de *dever ser*, mas, tão somente, àquelas que são eficazes em seu conjunto. A eficácia social, no entanto, não é razão da validade da lei, mas, apenas um guia para a Ciência do Direito no seu interesse em descrever ordens coercitivas eficazes. Assim, a Teoria Pura do Direito centra suas atenções em compreender a descrição do direito positivo, relativizando seu valor moral, entendendo-o como independente do fato de os indivíduos obedecerem-no, ignorarem-no ou, mesmo, resistirem a ele ou lutarem contra o sistema legal. Isto é, à Teoria Pura do Direito interessa conhecer todo e qualquer sistema legal.

A quarta característica levantada por JABLONER identifica-se com o fato de a Teoria Pura do Direito separar absolutamente Ciência do Direito e política, bem

---

[206] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 222.

[207] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, p. 228; SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. Kant e Kelsen. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 96, pp. 343-358, jul./dez. 2007, pp. 355-356.

como o direito positivo das normas morais ou outros sistemas normativos. Por razões epistemológicas, ela é relativista e não reconhece valores absolutos; nesse sentido, o conhecimento e descrição do direito positivo devem ficar completamente separados de sua valoração. Essa cisão é determinante para a compreensão do papel da Ciência do Direito na política: a primeira teria como foco conhecer e descrever o direito positivo, enquanto a segunda teria como objetivo criar e formar o Direito. Assim, KELSEN pretende que a Ciência do Direito não possa ser utilizada a serviço de objetivos políticos.

Por fim, o quinto e último elemento essencial da Teoria Pura do Direito, para JABLONER, se coloca na separação entre direito positivo e Ciência do Direito, isto é, ela diferencia normas jurídicas prescritivas de proposições normativas descritivas. A Ciência do Direito não pode criar normas jurídicas, mas, apenas, conhecer e descrever as normas jurídicas prescritivas de um ordenamento real posto. Com isso, revela-se uma dupla função da Teoria Pura do Direito, por um lado, epistemologicamente, ela se pretende uma metodologia aos juristas que deveriam desenvolver a doutrina a partir dela. De outro, ela também apresenta um desafio crítico para a Ciência do Direito dominante, a que KELSEN acusava de distorcer o direito positivo com finalidade ideológica, protegendo-se sob o manto de uma construção jurídica.

Portanto, as questões do fundamento (correção material, legitimidade) ou da eficácia social não são foco da Ciência do Direito concebida pela Teoria Pura kelseniana. A ela basta observar o direito posto, independentemente de qualquer valoração quanto a seu conteúdo. Desse modo, "KELSEN rejeita a liberdade como fundamento do direito, e afirma o contrário: o direito pode existir porque a conduta do homem é determinável por uma sanção coercitiva"[208].

Amplamente relativista, KELSEN pretende ter uma postura essencialmente "tolerante", conhecendo e descrevendo todo e qualquer direito positivo de forma "neutra". Assim, tenta explicar mais do que compreender, o Direito. Com isso, contudo, pretendeu, também, expurgar os "falseamentos" da ordem jurídica. Em

[208] SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. Kant e Kelsen, *op. cit.*, p. 351.

última instância, KELSEN não nega a Política, apenas a cinde de maneira definitiva do Direito, pretendendo depurá-lo enquanto objeto e ciência isolada e autônoma.

Nesse sentido, inclusive, talvez não seja demais afirmar que é o relativismo que liga a Teoria Pura do Direito à teoria da democracia kelseniana. Se sua percepção do Direito tinha, de certo modo, um teor analítico, politicamente KELSEN era, essencialmente, um democrata e um liberal. Para ele, a democracia, sim, realizava a ideia de liberdade como forma de se criar o Direito[209].

Em toda essa busca por neutralidade e relativismo, a questão que se coloca, entretanto, é se a teoria escalonada do ordenamento jurídico kelseniano, na verdade, não reflete de forma geométrica a imagem de um Estado liberal de Direito, inclusive por razões ideológicas, despreocupado com qualquer fundamentação social.

Ainda que KELSEN resistisse a seus críticos que acusavam (e continuam a acusar) sua Teoria Pura de refletir uma determinada ideologia, a identificação que ele faz entre Estado e Direito, a partir de uma normatização escalonada que pretende a absorção do Estado pelo ordenamento jurídico, depurado de qualquer elemento metajurídico, deixa à mostra a mesma configuração geométrica do liberalismo àquele tempo estabelecido. Este, por sua vez, negava seus antecedentes jusnaturalistas e se caracterizava por formalizar as relações sociais, para, assim, evitar quaisquer argumentos (político-valorativos) contrários, quer mais à esquerda, quer mais à direita. Dessa forma, o *status quo* sócio-político era mantido, conservava-se a segurança jurídica burguesa, ascética e alheia a qualquer disputa social, ética, econômica e/ou política[210].

---

[209] A definição de KELSEN para a democracia está presente, essencialmente, nos textos *Essência e valor da Democracia* e *Fundamentos da Democracia*, ambos publicados na edição brasileira: HELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000. Particularmente neste segundo o jurista austríaco relaciona a Democracia como a forma política comprometida com o relativismo filosófico e a autocracia com o absolutismo filosófico.

[210] LUCAS VERDÚ, Pablo. La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre «la estructura de la civilización». *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 66, pp. 7-65, out./dez. 1989; HELLER, Hermann. *La Soberanía*: contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. México: UNAM, 1965, p. 309. Já em 1934, SCHMITT apontava para o fato de a "neutralidade" do positivismo, na verdade, indicar o comprometimento com uma mundividência

A isso se adicionava uma concepção antropológica um tanto negativa, que, de algum modo, aproximava-se da *Weltanschauung* pessimista freudiana. Assim, partia do pressuposto de que o homem precisa do Direito para que seja imaginável o convívio pacífico, sendo impossível sua rejeição[211].

Nessa ordem, especialmente quanto à "abstenção frente às disputas sociais", ANDITYAS COSTA MATOS defende a posição de KELSEN, particularmente, contra a crítica feita por ANTÔNIO CARLOS WOLKMER[212]. MATOS aponta que uma "acusação" dessa ordem só poderia ser realizada em direção a um *positivismo ético extremado*, mas não à sua versão "atenuada", como seria a de KELSEN, que não pretende justificar nada, apenas descrever e explicar o direito positivo. MATOS, ainda, recorrentemente indica haver certa resistência agressiva ao positivismo jurídico, fundamentada na alegação de que este poderia proporcionar "justificação" a qualquer vontade política, inclusive, a sistemas e regimes autocráticos e totalitários do século XX. O autor entende ser esta, uma crítica, apenas, parcialmente verdadeira[213].

No que diz respeito à relação traçada entre o "liberalismo-individualista e racionalidade burguês-capitalista" e a postura ideológica da *versão moderada do positivismo ético,* especialmente, de HANS KELSEN, não se concorda exatamente com o ponto de MATOS. De fato, é razoável afirmar que o posicionamento kelseniano não tem o escopo explícito de fundamentar tal ordem e/ou tais valores

---

e com valores típicos do liberalismo-individualista: SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico. *In*: MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do* Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 131-176, especialmente, pp. 149 e 150.

[211] VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller. Buenos Aires: Eudeba, 2014, pp. 54-61.

[212] "Perde espaço e significação o cultivo de um historicismo jurídico oculto no mito da neutralidade do saber e na universalidade dos princípios do formalismo positivista, que serviram de instrumentos de justificação da ordem liberal-individualista e da racionalidade burguês-capitalista", WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. XV. Curiosamente, esse texto consta na "Apresentação à 1ª Edição" e foi suprimido em edições sequentes. Sabidamente já não consta da sexta edição. Não tivemos acesso nem à quarta, nem à quinta.

[213] MATOS, Anditys Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça*: na obra de Hans Kelsen. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 29 e 30. Em sentido similar e, inclusive, dialogando com ANDITYAS COSTA MATOS: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, pp. 257 e ss.

específicos. Entretanto, parece inexorável reconhecer a vinculação de seu pensamento, método e articulação com essa tradição, com esses valores e, por conseguinte, de forma mais ou menos consciente ou explícita, com seus objetivos e consequências políticas, históricas e sociais. Vê-se isso na já mencionada continuidade – ideológica, mas não apenas[214] – do posicionamento kelseniano com o *Gesetzespositivismus* oitocentista, bem como, com sua identidade com o círculo de Viena.

Se, por um lado, não é possível dizer que KELSEN, com suas formulações, age maquiavelicamente (no sentido vulgar do termo) para a manutenção do *status quo* político-social do início XX – como mais claramente pode-se acusar SCHMITT em suas pretensões, comprometimentos e objetivos políticos – tampouco se pode tirar o peso ideológico-político de sua pretensa neutralidade e pureza do Direito. Além de ser difícil sustentar, epistemologicamente, a postura de isolar-se de forma definitiva o Direito da Política (a forma do conteúdo), ela acaba, de algum modo, por mobilizá-lo no sentido de uma formalização que, ironicamente, nunca é ideologicamente neutra, como aponta LUCAS VERDÚ.

No entanto, quanto à acusação extrema de que a formulação kelseniana dá, ou pode dar sustentação a sistemas autoritários e totalitários – que acaba por ser recorrentemente tratada na famosa expressão *reductio ad hitlerum*[215] – ainda que em parte, parece necessário concordar com a objeção de MATOS. Se por um lado, o pretenso desprendimento do conceito de Direito de uma ordem extralegal, ou, "metajurídica", pode, de forma ingênua ou deliberada, conduzir à validação de

---

[214] KELSEN, Hans. *O Estado como integração*: um confronto de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13: "Quando a teoria normativa do Estado da Escola de Viena proclama como uma de suas teses principais que o Estado encontra o seu lugar não no reino da natureza, mas no reino do espírito, ela não se distingue da teoria dominante por meio de um novo princípio metodológico, mas apenas por levar adiante, de maneira coerente, o princípio reconhecido como correto, evitando assim o erro, cometido por Bluntschli e também por Jellinek e Gierke, que, por um lado, consideram o Estado como formação espiritual e por outro, atribuem-lhe existência psicofísica, concretamente existente no espaço físico, portanto natural, abolindo contraditoriamente a distinção entre natureza e espírito, ciência da natureza e ciência do espírito, da qual partem".

[215] BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 225.

regimes arbitrários, essa, sem dúvida, não é uma acusação precisa a ser feita a KELSEN.

Como dito, politicamente ele foi um liberal-democrata, sem qualquer ligação com ideias fascistas ou autoritárias, menos, ainda, com o regime ou o partido nazista, quer por razões ideológicas, quer por razões pessoais. Independentemente das observações que possam ser feitas a respeito de sua moderação no plano do *positivismo ético*, ainda assim, não deixam de ser importantes os apontamentos sobre os riscos de tal postura de "absoluto comprometimento" com a neutralidade e a procedimentalidade[216].

Não foi apenas depois dos eventos que abalaram a República de Weimar, a Europa e a humanidade, que se constatou esse tipo de acusação à pretensão de neutralidade kelseniana. Já autores contemporâneos à Teoria Pura, como HELLER e LOEWENSTEIN, cada um a seu modo, acusavam a *nomocracia* do Estado de Direito formal de ser insuficiente para combater as aspirações autoritárias[217].

É verdade que a posição de KELSEN sofre algumas mudanças na segunda metade do século XX, como se vê, por exemplo, na forma em que a *norma fundamental* é tratada em *Teoria Geral das Normas*. De todo modo, o pensamento kelseniano abriu portas para novas questões e preocupações antes inexistentes ou apenas latentes e, como fez com muitos de seus contemporâneos, segue influenciando vários juristas e correntes do Direito ainda na contemporaneidade[218].

---

[216] Sobre o argumento *ad hitlerum* sobre o positivismo: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Hans Kelsen and the *reductio ad Hitlerum*: reflections on the incompatibility between legal positivism and political totalitarism. *Jura*, Budapeste, v. 19, p. 113-119, jul./dez. 2013; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*, *cit.*, pp. 257 e ss.

[217] HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura?. *In*: HELLER, Hermann. *Europa y el Fascismo*. Granada: Comares, 2006, pp. 117-135; LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I. *The American Political Science Review*. V. 29, n. 4, pp. 571-593, ago. 1935; LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, II. *The American Political Science Review*. V. 29, n. 5, pp. 755-784, out. 1935; LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review,* Washington, v. 31, n. 3, pp. 417-432, jun. 1937; LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, Washington, v. 31, n. 4, pp. 638-658, ago. 1937.

[218] LEPSIUS, por exemplo, destaca o crescimento da influência e interesse por KELSEN nos últimos anos, tratando-o como o mais perene dos juristas de Weimar: LEPSIUS, Oliver. El

Até por ser o mais velho dentre os autores da *luta pelo método* de Weimar, por ter sido o primeiro a publicar obras inteiras de maior significância e projeção (como sua *Allgemeines Staatslehre* de 1925), mas, especialmente, por ter sido o primeiro a sair do *intramuros* da Teoria do Estado oitocentista, lançando olhos, mais detidamente, sobre as questões epistemológicas[219], e assim muitas vezes foi o ponto de partida de várias críticas, recorrentemente, tendo suas ideias combatidas pelos demais autores weimarianos.

Com SMEND, KELSEN teve um debate público acerca da Teoria da Integração, entendendo que a proposta smendiana era de pouca clareza metodológica e de natureza política velada[220]. Com SCHMITT, travou a mais conhecida discussão teórica do Direito Constitucional weimariano, sobre *Quem deve ser o guardião da Constituição*?[221]. À esquerda, debateu com HELLER, especialmente, no encontro da *Associação de Professores de Direito do Estado Alemão*, de 1927, realizada em Munique sobre *O conceito de lei na Constituição do Reich*[222].

Nesse sentido, JACOBSON e SCHLINK atentam para o fato de a empreitada de KELSEN por purificar o Direito e o Estado de qualquer política, levando ao

---

redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal, *op. cit.* Não deixa de ser curioso que esse interesse por KELSEN tenha coincidido com o crescimento do movimento neoliberal no mundo.

[219] É interessante o fato de, tanto SMEND, quanto HELLER, reconhecerem, explicitamente, o mérito de KELSEN de ser o primeiro lançar-se sobre as questões do método no conhecimento do Estado. De algum modo, SMEND vai chamar indicar que essa postura age "quebrando a ingenuidade" antes instaurada. SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, p. 47 e HELLER, *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 56.

[220] A posição de KELSEN foi publicada, especialmente, em: KELSEN, Hans. *O Estado como integração*, *cit.*

[221] Ela inicia-se em 1931 com a publicação da obra: SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007; que foi respondida em: KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 237-298

[222] Esse é o texto da conferência proferida por HELLER na oportunidade. A discussão desenvolveu-se, especialmente, em torno da "pseudo-pureza" do método kelseniano, que, na verdade, acabava por sustentar a arbitrariedade de qualquer sistema legal. STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*, *cit.*, pp. 185-187.

extremo o positivismo do *Reich*, acabou por forçar aqueles que rejeitavam o positivismo, incitando-lhes a supera-lo também ao extremo[223].

Provavelmente, a resposta teórica mais extremada e contundente, foi a de CARL SCHMITT.

2.2. CARL SCHMITT

CARL SCHMITT nasceu em 11 de julho de 1888 (pouco mais de um mês depois do Kaiser Guilherme II ter sido coroado), em Plettenberg, atual Estado da Renânia do Norte-Vestefália. Nasceu em uma família católica, numa cidade predominante protestante, onde a tensão entre as duas visões do cristianismo era presente. A religião e cultura católicas são reiteradamente presentes e influentes em seu pensamento e obra, sendo-lhe por vezes registrado um certo *catolicismo político*[224].

Estudou Direito, primeiro, na *Friedrich-Wilhelms-Universität* de Berlim[225] e depois em Estrasburgo. Nesta, em 1910, defendeu tese de doutorado em Direito Penal, obtendo classificação máxima com o trabalho: *Sobre a Culpa e as suas Formas. Uma investigação terminológica* (*Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*). Em 1916 realizou seu *Habilitationsschrift*, ainda em Estrasburgo, com a tese: *O valor do Estado e o significado do indivíduo* (*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*). No mesmo ano chega a lecionar na Universidade alsaciana.

Na sequência, foi a Munique, onde, depois de ter sido considerado inadequado para o serviço de armas por razões de saúde, serve na administração

---

[223] JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional crisis the German and the American Experience, *op. cit.*, p. 17.

[224] HABERMAS, Jürgen. Liqüidando os danos: os horrores da autonomia. *In*: SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luís (coord.) . *O conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. vii-xix.

[225] Desde 1949 corresponde à renomada *Humboldt-Universität zu Berlin*.

militar até 1919. Em 1921 assume a cátedra de Direito Público em Greifswald (no extremo nordeste da Alemanha) onde fica até 1922, seguindo para Bonn (1922-1928), Colônia (1923). Em 1928, aceita uma cadeira na *Handelshochschule* de Berlim[226], onde permanece até tornar-se professor na *Friedrich-Wilhelms-Universität* (1933-1945).

Depois de todos os acontecimentos na Alemanha até 1945, SCHMITT não recuperou sua cátedra, tampouco foi admitido como membro na refundada *Associação de Professores Alemães de Direito Político*. Viveu como um estudioso particular em sua terra natal, recolhido, ainda que bastante visitado, tomando posições públicas apenas ocasionalmente[227].

SCHMITT é, em si, um autor polêmico e complexo, e isso pode ser afirmado por diversos motivos. Um deles está relacionado ao seu íntimo envolvimento com o partido e com a Alemanha nazista. Enquanto KELSEN e HELLER, ambos de origem judia, tiveram de exilar-se, SMEND, durante algum tempo, enquanto possível, permaneceu ligado à oposição pública ao regime. Assim, dos quatro autores mais marcantes da *luta pelo método* de Weimar, SCHMITT foi o único efetivamente associado e partícipe – e em algum momento, com bastante influência – do partido nazista e do regime nacional-socialista.

Esse fato influenciou sua carreira em dimensões distintas. Se por um lado essa ligação – que, efetivamente, foi bastante forte apenas entre 1933[228] e 1936/37 – significou sua ascensão na vida política e acadêmica alemã, por outro, representou verdadeiras mudanças no pensamento jurídico-político do autor.

Uma delas diz respeito ao fato de até 1933 ele não ter qualquer publicação ou declaração de teor antissemita. Pelo contrário, tivera bastante proximidade com figuras públicas e intelectuais judias como WALTER BENJAMIN, HUGO PREUSS e LEO STRAUSS. Essa relação era tão presente na trajetória de SCHMITT, que em outubro de 1934, WALDEMAR GURIAN, seu antigo discípulo, e outro desses

[226] Foi uma *Escola Superior de Negócios* criada pelos comerciantes de Berlim, que existiu entre 1906 e 1946. Antes de SCHMITT, HUGO PREUSS lecionou na instituição.

[227] LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal, *op. cit.*, p. 265.

[228] Sua filiação foi feita no dia 1º de maio de 1933.

destacados intelectuais judeus de seu círculo, sob o pseudônimo de *Paul Müller*, publicou um artigo no *Schweizerischen Rundschau* denunciando as transformações no pensamento de SCHMITT, seu envolvimento com intelectuais judeus e outros não arianos[229]. Apesar disso, é fato que suas posições antissemitas, não presentes até 1933, lhe permaneceram, ainda que pontualmente, inclusive, após a queda do terceiro Reich[230].

Outra mudança importante está no fato de em 1933, na nova edição d'*O Conceito do Político*, SCHMITT preocupou-se em expurgar do texto referências a MARX e LUKÁCS a fim de tornar a obra mais palatável aos nazistas[231]. Além desses aspectos, houve importantes mudanças em algumas perspectivas de seu pensamento, como, por exemplo, a introdução de uma determinada leitura da tradição institucionalista e da ênfase cada vez maior que dá ao *ordenamento concreto* ao longo dos anos[232]. Ainda, há alguma alteração da visão em relação a

---

[229] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27. Nessa publicação, GUARIAN destacou também a importância de SCHMITT no pensamento católico conservador.

[230] NEUMANN, Volker. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 282; DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 98-101. Para DYZENHAUS, na verdade, as próprias críticas ao liberalismo que marcam SCHMITT têm ligação com seu antissemitismo.

[231] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 24. Nesse sentido, não deixa de ser curiosa a observação de VOLKER NEUMANN: "Schmitt's political stance against Marxism and his simultaneous intellectual affinity with Marxist political philosophy become especially clear in *The Concept of the Political* [*Der Begriff des politischen* (1928)]. A contemporary called this work the 'bourgeois answer to the Marxist theory of class struggle'", NEUMANN, Volker. Carl Schmitt. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 283.

[232] O texto que confirma essa influência em SCHMITT é publicado em 1934: SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico, *op. cit.* Para RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR. o caminhar do *decisionismo* em direção a um *decisionismo institucionalista* é coerente e compatível com a postura de SCHMITT, particularmente, com sua posição católica conservadora e com sua defesa das instituições tradicionais alemãs: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do* Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. BERCOVICI, de sua parte, em resenha da publicação de PORTO MACEDO, defende que: "há muito mais continuidade do que ruptura no pensamento de Carl Schmitt na década de 1930. A influência institucionalista na obra de Schmitt vem ao menos desde 1928, quando foi publicada sua *Teoria da Constituição* (*Verfassungslehre*), em que pela primeira vez são mencionadas as 'garantias institucionais' (*institutionelle Garantien*)". BERCOVICI, Gilberto. Entre institucionalismo e decisionismo. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 62, pp. 191-193, dez./mar. 2002.

alguns pressupostos do próprio conceito de Estado, isto é, daqueles conceitos em inter-relação com os quais o Estado se define para SCHMITT[233].

Ainda sobre a trajetória biográfica de SCHMITT, é marcante que já a partir de 1934, OTTO KOELLREUTTER[234] comece a praticar ataques pessoais contra SCHMITT, que, apesar disso, goza de significante prestígio no partido até, pelo menos, 1936[235]. Também é a partir de 1934 que a *Gestapo* e a *SS* intensificam a pressão para eliminar os "oportunistas e 'desviantes' do interior do movimento nacional-socialistas"[236]. Nesse movimento, em dezembro de 1936 a própria *SS* passa a atacar publicamente o *Kronjurist*, acusando-o de reacionarismo, oportunismo e de filojudaísmo.

De fato, a relação de SCHMITT com o regime nazista, sua filiação ao partido e contribuição com a Alemanha nazista são objeto de muitas discussões. Dentre elas a interpretação de que suas publicações e ativismo político de cunho nazista se deram simplesmente para autoproteção, parece muito pouco sustentável, pois, aparentemente, SCHMITT nunca esteve em perigo real. Para VOLKER NEUMANN, um importante motivo que explica a adesão de SCHMITT ao nazismo colocasse em

---

[233] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Os Pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pedro Pereira (org.). *Carl Schmitt Revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2014, pp. 121-132.

[234] Um dos principais advogados do racismo ideológico nazista e o principal "concorrente" de SCHMITT pelo posto de pensador da teoria jurídico-política nazista.

[235] Sobre a disputa entre KOELLREUTTER e SCHMITT pela preponderância no *caput* teórico jurídico-político do regime nazista é muito interessante o artigo: CALDWELL, Peter. National Socialism and constitutional law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter and the debate over de nature of the Nazi State, 1933-1937. Nova York, *Cardozo Law Review*, v. 16, pp. 399-427, 1994. A tese colocada por CALDWELL ajuda a explicar a rápida ascensão e o ainda mais rápido descenso de SCHMITT na estrutura nazista; é a lógica do darwinismo social, assumida pelo nazismo: "I argue that constitutional theory under Nazism operated under the same radical social-Darwinist logic as Nazi institutions themselves. In the same way that radical, crisis-oriented policies tended to win out within Nazi institutions, the more radical theoretical attacks on older constitutional traditions tended to win out over attempts to find stability. It does not, therefore, make a lot of sense to draw strict, analytical lines among types of legal theory under Nazism without paying attention to the petty conflicts and one-upmanship that marked theoretical discussions of the time. Nor is the intent of the theorists in question of much help in analyzing their roles in the debate. The 'theory industry' under Nazism was itself one of the areas of ravenous, opportunistic struggle among factions. Once constitutional theorists entered into this debate, they inevitably contributed to the radically anticonstitutionalist ideology of the Nazi state. Nazi anticonstitutionalism, I will conclude, was not merely an example of 'pragmatism' or a 'lack of principles,' but rather an essential part of the National Socialist world view, manifested in real institutions as well as theory.", p. 400.

[236] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 27.

sua crença de que um movimento nunca antes experimentado, em curso a partir do poder estatal, precisava de juristas e teóricos especialistas em Direito Público[237]. Aliado a isso, RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, na linha de BENDERSKY, também dá ênfase ao oportunismo de SCHMITT nessa relação e destaca a crença que o jurista conservador tinha de que, como *Kronjurist*, poderia estabelecer o quadro constitucional do *III Reich*[238].

Considerando isso, CARLOS BLANCO DE MORAIS anotará que, ao falar-se de SCHMITT, está a se falar de três personagens distintos: um primeiro jovem católico, "conservador e autoritário, cientista do direito, saudoso do Império alemão, émulo de Hobbes e Maquiavel, cético do que denominava de Estado Parlamentar e de Estado Judiciário, profundamente crítico da desordem da República de Weimar e protagonista de notáveis polémicas como a que manteve com Kelsen"[239]. Essa é a figura de sua "época de ouro", que durou até 1933, período em que publicou seus escritos filosóficos e jurídicos mais marcantes, como a *Teoria da Constituição*, a *Teologia Política*, a *Ditadura*, o *Defensor da Constituição*, o *Conceito do Político* e *Legalidade e Legitimidade*.

Um segundo SCHMITT é o *Kronjurist*, filiado ao partido nazista, opositor contumaz da SA (*Sturmabteilung*), escritor de *O Füher protege o Direito*. Este durou pouco, apenas até iniciar sua perseguição pela SS (*Schutzstaffel*), o que o obrigou a largar todos seus cargos públicos e a restar em silêncio durante toda a guerra, dedicando-se ao Direito Internacional Público. Por fim, há um terceiro SCHMITT, retirado do mundo acadêmico após ter sido preso por mais de um ano pelas forças aliadas. Este retoma as investigações, especialmente, em Direito Internacional Público e Filosofia do Direito, publicando *Captivitate Salus*, *Nomos da Terra* e *Teoria do Partizan*[240].

---

[237] NEUMANN, Volker. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 281.

[238] MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 31; p. 111.

[239] MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de; PEREIRA COUTINHO, Luís Pedro (org.). *Carl Schmitt Revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2014, pp. 28-39, p. 29.

[240] MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo, *op. cit.*, pp. 29-31.

Todas as questões sobre a pessoa e o posicionamento político de SCHMITT não apagam o brilhantismo de suas exposições. Ele, talvez mais que qualquer outro, conseguiu ser, com profunda agudeza, nas palavras de HABERMAS, "um bom escritor, capaz de unir concisão conceitual com surpreendentes e brilhantes associações. (...) Além disso, Schmitt foi um intelectual que, até os anos 30 adentro, empregou seu conhecimento técnico para diagnósticos temporais de alta sensibilidade"[241].

Suas contribuições chegam com muita força ao tempo presente, quer no campo da Filosofia e da Ciência Política, quer no da Teoria do Direito e da Teoria da Constituição. MARCELO CATTONI, por exemplo, aponta a enorme importância da obra *Verfassungslehre* (1927) para o desenvolvimento de um estudo sistemático acerca da Constituição, bem como, para a autonomização da disciplina Teoria da Constituição e sua diferenciação da Teoria do Estado[242].

De fato, SCHMITT inicia o prólogo da obra relatando que não se trata de um comentário, tampouco, de uma série de dissertações monográficas, mas de uma tentativa de formular um sistema[243]. Além disso, afirma ser necessário erigir uma Teoria da Constituição que se coloque como ramo especial da teoria do Direito Público. No mesmo prefácio, acusa o papel "de uma certa concepção de 'positivismo'" para o não desenvolvimento da disciplina, que acabou por ter suas questões próprias trabalhadas, no mais das vezes, pelo *Direito do Estado* ou pela *Teoria geral do Estado*[244].

---

[241] HABERMAS, Jürgen. Liqüidando os danos, *op. cit.*, p. xiii. Nessa passagem, ainda, é curiosa a observação: "Infelizmente, esta arte de formular não percutiu na tradução para o inglês". Tratando da importância de SCHMITT no contexto da *Lei Fundamental Alemã*: SCHLINK, Bernhard. Why Carl Schmitt? *Constellations*, Oxford, v. 2, n. 3, pp. 429-431, out. 1993.

[242] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 2 ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 30.

[243] Há discussão sobre a assistematicidade do trabalho de SCHMITT. Indicando uma efetiva assistematicidade: DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy*, *cit.*, p. 41. Alegando ser ela apenas aparente: LUCAS VERDÚ, Pablo. Carl Schmitt, interprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal, *op. cit.*, pp. 43-52.

[244] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2011, p. 25. Novamente se registra a escolha pela tradução de *Staatsrechtslehre* por *Direito do Estado*. Na tradução castelhana da obra se vê *Derecho Político*. Até por atenção à observação de HABERMAS, comparou-se com a tradução do termo em versão da obra em inglês. Nela vê-se o termo tratado, pura e simplesmente, como *public law*, não fazendo ela a diferenciação entre *Staatsrechtslehre* e

De todo modo, é esse "primeiro SCHMITT" apontado por BLANCO DE MORAIS que mais nos interessa aqui. É verdade que mesmo ele é muito rico, vasto e complexo, por isso, não se tem por ambição percorrer todos os conceitos e articulações que apresenta, o que nem mesmo seria possível neste espaço. De toda sorte, o que aqui se quer atentar, especialmente, é para sua fundamentação última da ordem em um argumento de *vontade*, na *decisão*, em última análise, na *força*[245].

Se KELSEN tentou purificar ao máximo o Direito e o Estado, eliminando a política, chegando ao extremo de eliminar o Estado, SCHMITT percorre caminho contrário. Potencializou a decisão e o político e, em alguma medida, eliminou o próprio Direito, especialmente, no momento chave da exceção quando: "fundamenta-se na política sem direito para combater a ausência do direito"[246]. Diante disso, no cenário anglófono sua posição chega a ser identificada como *Law as Politics*.

Para se compreender as posições schmittiana é importante ter-se em mente que, mais que tudo, trata-se de um autor conservador e antiliberal. Sua empreitada é marcada pelo combate das instituições políticas liberal-burguesas, como a democracia parlamentarista e o normativismo positivista. Para ele, por exemplo, a própria metodologia de pureza jurídica do positivismo seria uma expressão da segurança burguesa que, naquele momento, se encontrava em crise como todo o Estado Liberal de Direito e a sociedade burguesa[247]. Para o autor do decisionismo, nem mesmo existiria "uma política liberal, mas apenas uma crítica liberal da política"[248].

Öffentliches Recht. A tradução para o inglês consultada para comparação foi: SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

[245] Vale a ressalva de que, com o avançar do institucionalismo no pensamento schmittiano é possível dizer de um progressivo caminhar em direção a um cada vez mais claro decisionismo institucionalista, em que a *ordem concreta* ganha explícito destaque. Ainda assim, a decisão segue sendo um elemento importante para suas construções.

[246] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 112.

[247] NEUMANN, Volker. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 283.

[248] FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004, p. 156.

Essa postura antiliberal já transparece desde cedo, na influência que recebe de autores conservadores contrarrevolucionários como DE MAISTRE, BONALD e, especialmente, DONOSO CORTÉS. Ela também pode ser vista na leitura especial e particular que faz de HOBBES. Boa parte de seu pensamento, ainda, deve ser entendido diante da tarefa que empreende em seu *Teologia Política* quando, contra a Ilustração, defende que todos os principais e mais importantes conceitos políticos são, na verdade, secularizações e derivações de conceitos originalmente teológicos. Nessa esteira, revelando a influência que sofre de DONOSO CORTÉS e HOBBES, aliada à mundivisão herdada da filosofia da história e da escatologia cristã, SCHMITT parte de uma perspectiva antropológica pessimista desde a qual desenvolve sua concepção de Estado, de ordem, de soberano e seu conceito de político a partir da diferenciação amigo/inimigo (*Freund/Feind*)[249].

Apontam ADAMO ALVES e MARCELO CATTONI que o pessimismo e o realismo conservador de SCHMITT já se revelam na obra *Romantismo Político*, mais propriamente, na acusação que faz contra o Romantismo e contra o liberalismo, que, para ele, colocam o sujeito como ponto último de legitimação da ordem, postergando a decisão[250]. Nessa linha, do mesmo modo que DONOSO CORTÉS praguejou contra a burguesia, tratando-a como "classe discutidora" avessa à decisão, SCHMITT é firme crítico da democracia parlamentar e de seu espírito eminentemente deliberativo, "pouco decisório"[251]. Nesse sentido, é crítico também do normativismo kelseniano que elimina todo elemento humano e pessoal da

[249] VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, *cit.*, pp. 109-110.

[250] ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez. 2012, p. 233; VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, *cit.*, pp. 109-110. Em que pese a crítica, RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR identifica, na esteira de LÖWITH, a afinidade do pensamento schmittano com o Romantismo, especialmente, na relação entre Decisão e ocasionalismo: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, pp. 38-47.

[251] ADVERSE, Helton. Decisionismo. *In*: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pp. 77-84, p. 80.

ordem jurídica para sustentá-la sobre normas que "na verdade não se reproduzem ou aplicam por si próprias"[252].

DYZENHAUS resume as principais críticas de SCHMITT ao liberalismo em cinco pontos que, de um modo geral, têm alguma relação com a pretensa neutralidade que esse movimento apregoava[253]. Indica como primeiro ponto da crítica schmittiana, o fato de o comprometimento liberal com o Estado neutro ser, na verdade, apenas um subterfúgio. Em que pese sua pretensa neutralidade, na prática, o liberalismo anularia e trataria como inadequados os objetivos dos indivíduos que desejassem viver de acordo com valores da comunidade que não dessem suporte à visão liberal de vida boa[254]. Nessa mesma linha, o fato de liberalismo arrogar-se como uma teoria de democracia política, permitia-lhe impor que a tomada de decisão democrática ficasse presa às suas próprias amarras. Assim sendo, a neutralidade liberal, antes de qualquer coisa, seria um estratagema, pois, ao pregar uma suposta neutralidade, na verdade retiraria das possibilidades de escolha dos indivíduos os caminhos que não estivessem de acordo com o próprio ideal liberal. De mesmo modo, o segundo ponto levantado por DYZENHAUS relaciona-se ao fato de que, para SCHMITT, o alegado compromisso liberal dos indivíduos e dos grupos de indivíduos na sociedade civil com o Estado neutro, na prática, acabaria por simplesmente reduzir a capacidade do Estado de se defender dos grupos de interesse da sociedade, tornando-o um Estado fraco.

O terceiro ponto de DYZENHAUS relaciona a crítica de SCHMITT à própria impossibilidade de se conceber – como o faz o liberalismo – uma racionalidade que transcenda as ideologias particulares e os contextos das comunidades em que o confronto entre ideologias ocorre. Portanto, estaria ligado à própria incapacidade de fundamentação e sustentação do liberalismo enquanto baseado e uma "racionalidade neutra". O quarto, também nessa linha, seria pertinente ao fato de SCHMITT entender ser necessária alguma ideia de pertença dos indivíduos

---

[252] MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo, *op. cit.*, p.32.

[253] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 38

[254] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 38: "liberalism subverts the aims of those who wish to live in accordance with the values of communities which do not support a liberal view of good".

a alguma comunidade, para que, só assim, fosse possível atribuir valor às vidas dos indivíduos em si. E, por fim, o quinto ponto da crítica schmittiana, para DYZENHAUS, se colocaria no fato de, em que pese o Direito ser importante para a ordem social e política, os parâmetros liberais, na verdade, apresentar-se-iam como insuficientes para responder às questões sobre a legitimidade do próprio Direito, do que se desenvolve a crítica do autor conservador ao normativismo formalista, incapaz de pensar a origem do ordenamento ou da soberania[255].

Tendo em conta essa postura crítica à ideologia e mundivisão dominante do período, pode-se melhor compreender algumas das questões e preocupações do pensamento do autor.

SCHMITT, recorrentemente, abre suas obras com uma frase concisa, densa e de efeito, quase como que com um aforismo. Nessa linha, tendo em conta tanto a dimensão política, quanto a sociológica do conceito de soberania, ele inicia seu *Teologia Política* afirmando que: "Soberano é quem decide sobre o estado de exceção"[256]. Com essa assertiva traz a tona, pelo menos, três conceitos que serão capitais em seu pensamento: exceção, soberania e decisão[257]. Particularmente este último lhe será marcante e definidor, SCHMITT é essencialmente identificado com a ideia de *decisão* e com o *decisionismo*.

Como afirma BLANCO DE MORAIS, para SCHMITT, a sociedade demanda um poder político organizado e legitimado para decidir sobre: o bem público, a distinção entre amigo e inimigo e exigir obediência. Assim, "a decisão, como ideia-chave do realismo schmittiano, entronca na noção de ordem e de poder político"[258]. Isso porque a questão chave da teoria constitucional schmittiana, não será outra, que não a questão da homogeneidade e da unidade política, que deve ser garantida a todo custo.

---

[255] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 68.

[256] SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, *cit.*, p. 13.

[257] BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion*, vol.49, n.118, pp. 401-415, 2008, p. 407.

[258] MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo, *op. cit.*, p.32.

Desde os seus primeiros trabalhos, SCHMITT aborda a decisão, transitando entre os campos do decisionismo jurídico e do decisionismo político. Nesse sentido, é possível identificar dois momentos de sua reflexão sobre o tema. Um primeiro, tratado em 1912, na obra de sua juventude: *Direito e Julgamento. Uma investigação sobre o problema da práxis jurídica* (*Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*), quando aborda de forma sistemática a questão da decisão judiciária como elemento da práxis jurídica. Neste, no entanto, como atenta ADVERSE, ainda falta um elemento que é imprescindível para a formulação do decisionismo, o estado de exceção, que só começa a tomar forma na obra *A Ditadura*, de 1921, quando diferencia *ditadura comissarial* e *ditadura soberana*, e se apresenta mais definidamente em *Teologia Política*, de 1922[259].

É a partir de então que se desenrola o segundo momento do decisionismo schmittiano, quando o autor desenvolve seu pensamento compreendendo que o Direito, como um todo, não se estrutura apenas em normas, mas, também, em decisões e instituições (a partir de um dado momento, em *ordenações concretas*). Essa articulação surge inicialmente quando aborda a questão da ditadura e da soberania em intima relação com a decisão no contexto das obras: *Teologia Política* e *Teoria da Constituição*. Nelas, a soberania é definida como a decisão no estado de exceção, da qual depende a validade de todo o ordenamento[260].

Para SCHMITT, portanto, a soberania é, ao mesmo tempo, fundamento de afirmação e de negação da ordem que está à disposição de quem decide[261]. Assim, ela:

---

[259] ADVERSE, Helton. Decisionismo, *op. cit.*, *passim*.

[260] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, pp. 33-34. SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico, *op. cit.*, p. 145: "Para o jurista do tipo decisionista, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer 'direito', isto é, de todas as normas e ordenamentos seguintes".

[261] SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico, *op. cit.*, p. 147: "a decisão soberana não é, portanto, explicada a partir de uma norma nem a partir de um ordenamento concreto, porque, muito pelo contrário, somente a decisão fundamenta para o decisionista tanto a norma quanto o ordenamento. A decisão soberana é o início absoluto, e o início (também no sentido de *αρχη*) não é outra coisa senão decisão soberana". Na tradução utilizada, há uma nota

> é a 'competência' imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. (...) O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei[262].

Desse modo, é possível afirmar que, em SCHMITT, a ordem e o soberano têm um caráter factual. O soberano não é definido por aquele que deve poder decidir "de direito", mas, aquele que decide de fato e é capaz de impor ou suspender a ordem. Nesse sentido, é célebre a citação que SCHMITT faz de passagem do *Leviatã* de HOBBES, em mais de um de seus textos: "*autoritas, non veritas facit legem*"[263].

De todo modo, é apenas na exceção que melhor se pode observar essa dinâmica. Na normalidade, o soberano não é exposto, pois a ordem está posta e é mantida[264]. "O normal e a regra nada provam; a exceção, tudo"[265], assim sendo, SCHMITT compara o papel desempenhado pela exceção no Direito, com o do milagre na teologia. Enquanto o milagre é uma intervenção direta de Deus no

---

do tradutor a respeito do sentido de *arché*: "Arché – palavra grega que contempla igualmente os significados de princípio, causa, fundamento e ponto de partida". Registre-se que já neste trabalho, de 1934, SCHMITT descreve a posição do decisionismo jurídico, mas já se identifica com um decisionismo institucionalista, em referência a uma ordem concreta.

[262] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, pp. 65-66; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 112; SCHMITT, Carl. *Teología Política*, *cit.*, p. 14: "La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está autorizado a actuar en tal caso. Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano. El decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué debe suceder para dominar la situación. Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*".

[263] "A autoridade não a verdade faz a lei", SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, *cit.* p. 33; SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico, *op. cit.*, p. 147.

[264] SCHMITT, Carl. *Teología Política*, *cit.*, pp. 19-20. "La excepción perturba la unidad y el orden del esquema racionalista. (...) Pero una filosofía de la vida concreta no puede batirse en retirada ante lo excepcional y ante el caso extremo, sino que ha de poner en ambos todo su estudio y su mayor empeño. Más importante puede ser a los ojos de esa filosofía la excepción que la regla, no por la ironía romántica de la paradoja, sino con la seriedad que implica mirar las cosas calando más hondo que lo que acontece en esas claras generalizaciones de lo que ordinariamente se repite. La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla. En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición".

[265] NEUMANN, Volker. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 283: "For Schmitt, the normal and the rule prove nothing; the exception, everything".

mundo, a exceção configura-se como a intervenção direta do soberano na ordem[266]. Por conseguinte, é na exceção que é possível observar o soberano, pois não é no monopólio da coerção ou da dominação que reside a essência da soberania do Estado, mas na decisão última[267]. Assim, para SCHMITT, não só a ideia de soberania está ligada à decisão, mas, também, a de ordem e, mesmo, a ideia de Constituição.

Do mesmo modo que KELSEN, com seu normativismo, distingue a Constituição em sentido lógico-jurídico (a norma fundamental) da Constituição em sentido jurídico-positivo, SCHMITT, com seu decisionismo, diferencia a *Constituição* da *Lei Constitucional*. "A Constituição não é um contrato, mas uma decisão sobre o tipo e forma de unidade política" [268], é a *decisão política fundamental* que exprime a essência da autoridade política fundadora da ordem estatal. Enquanto isso, a Lei Constitucional é apenas o texto formal, a norma de hierarquia superior que tão somente decorre da decisão original[269]. É nesse sentido, inclusive, que discorre boa parte da análise e crítica schmittiana a respeito da Constituição de Weimar. Para o autor, ela peca por assumir "compromissos dilatórios" que adiam a decisão, ao passo que a decisão fundamental acabava sendo relativizada por uma pluralidade de leis constitucionais[270].

Em *Teoria da Constituição*, SCHMITT, curiosamente, afirma que uma Constituição é legítima quando identificada não apenas como uma situação de fato, mas, também, como ordem jurídica. Isso aconteceria quando fosse reconhecida a força e a autoridade do poder constituinte que toma a decisão fundamental. Ironicamente, no entanto, SCHMITT entende que a decisão política fundamental tem seu sentido na existência política, que, por sua vez, não precisa ser legitimada. Desse modo, para ele a decisão política fundamental não necessita

---

[266] SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, *cit.*, p. 37.

[267] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 67.

[268] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 76.

[269] MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo, *op. cit.*, p. 33; SCHMITT, Carl. *Teoria de lá Constitución*, *cit.*, pp. 57-63.

[270] Para o tratamento dessas críticas de SCHMITT, nesse sentido, inclusive, apontando para uma mudança de posição desde o *Teoria da Constituição* até o *Legalidade e legitimidade*: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, pp. 30-34; 65-107.

ser justificada em qualquer norma, ética ou jurídica ("una norma no sería adecuada a fundar nada aquí"[271]), sendo válida porque a unidade política tratada pela Constituição "existe de fato"[272]. É sobre essa facticidade que o sujeito do poder constituinte fixa o modo e a forma de existência estatal[273]. Em suma, a validade da Constituição emana do poder constituinte, considerado como manifestação ilimitada e suprema da autoridade soberana[274].

Nesses termos, SCHMITT identifica duas classes históricas de legitimidade, a dinástica e a democrática, que corresponderiam aos dois sujeitos históricos do poder constituinte: o príncipe e o povo. LETÍCIA VITA entende que, com isso, SCHMITT refuta, pelo menos, os dois primeiros, dos três tipos de legitimidade weberianos, que são: o tradicional, o racional-legal e o carismático. A legitimidade tradicional, relacionada ao absolutismo, existira historicamente, mas tornara-se ultrapassada com a queda das monarquias, sendo substituída pela fundamentação democrática. O segundo seria a fórmula típica pleiteada pelo liberalismo, maximamente, na forma do Estado legiferante, de que SCHMITT trata em seu *Legalidade e Legitimidade*[275]. Tendo isso em conta, VITA sustenta que a legitimidade em SCHMITT coloca-se nos termos específicos que o autor dá à democracia plebiscitária que, em ultima instância, é uma decisão existencial. Nesses termos, a autora relaciona essa compreensão com o desenvolvimento que WEBER faz da "rotinização" do carisma que serviria de base para uma democracia

---

[271] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 136.

[272] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 43: "para o decisionismo schmittiano, não há fundamento metafísico, teológico ou baseado numa moral humanitária, tal como ocorreu XVI, XVII e XVIII. Para ele, ao menos nesta fase de pensamento (dos anos 1920), não há fundamento para decisão moral".

[273] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 136.

[274] LINDHAL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. *In*: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (eds.). *Paradox of constitutionalism*: constituent power and constitutional form. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 9-24, p. 22: "Ironically, having excoriated Kelsen for transforming the law into a self-grounding, self-serving, self-sustaining order, Schmitt ends up doing just that with respect to political unity. Schmitt, not Kelsen, is the positivist. Rejecting Schmitt's move by exposing the equivocal selfconstitution of political community amounts, ontologically speaking, to recognizing that the collective self exists in the mode of questionability".

[275] SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

plebiscitária schmittiana, especialmente, quando se tem em mente o papel do mito para a construção do autor[276].

De todo modo, em SCHMITT, a democracia é definida como a identidade entre o governante e o governado, entre aqueles que comandam e aqueles que obedecem. Essa identidade decorre da igualdade substantiva pressuposta em sua concepção de democracia. Para ele, a igualdade democrática é a igualdade de fato, logo, a igualdade de um povo. Ela não deve se colocar a partir de critérios éticos ou econômicos, mas políticos, por excelência, em última instância, a partir da diferenciação entre *amigo/inimigo* para separação e agregação. Assim, seu conceito de democracia diz respeito a um povo e não à humanidade, ele é exclusivista e não plural, o que abre portas para a ênfase que é dada ao nacionalismo nessa construção[277].

Assim, a concepção schmittiana de Estado é, em muito, tributária de HOBBES[278]. O Estado, para o autor, pode ser definido como "o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial"[279]. Trata-se, portanto, de um fenômeno histórico, não eterno[280], que se diferencia de todas as formas anteriores de unidade política, tendo uma finalidade específica: a pacificação no interior do território. Desse modo, sua maior expressão teria sido o Estado

---

[276] VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, *cit.*, pp. 142-143. Com entendimento diverso, RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR sustenta que: "Schmitt não defende uma concepção de dominação carismática weberiana. O *Führer* é a encarnação da unidade política das instituições, e não a projeção de um poder irracional e pessoal produto do entusiasmo, tal como defendida por uma postura ocasionalista romântica. Schmitt entende que a dominação nazista deveria se fundar no poder tradicional das instituições e no poder burocrático legal criado pela normalidade legal instaurada pela decisão": MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, *cit.*, p. 111.

[277] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 56; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 52: "Quando o Estado se transforma em uma estrutura pluralista não há mais fidelidade ao Estado ou à Constituição, mas fidelidade à organização social, colocando em risco a formação da unidade política". Uma nação que se afasta da perspectiva dialética, como encarada por RENAN. RENAN, Ernst. *¿Qué es una nación?*, *cit.*

[278] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 72.

[279] SCHMITT, Carl. O conceito do Político. *In*: SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luís (coord.) . *O conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 1-141, p. 19.

[280] Isso fica claro, especialmente, já no início do prefácio da obra: SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 8.

absolutista que deteve o monopólio do político, se colocando, não no mesmo patamar que a sociedade, como seu antagonista, mas em posição acima dela.

Diante dessa concepção, SCHMITT abre sua obra *O conceito do Político* afirmando que "o conceito de Estado pressupõe o conceito do Político"[281]. Assim, aponta para a compreensão de que o político não se acaba no estatal. Embora coincida com ele na maior parte das vezes, a equação que iguala o político e o estatal é incorreta e induz ao erro. Exemplo disso seria a própria realidade de seu tempo, quando Estado e sociedade passavam a interpenetrar-se cada vez mais, caminhando para um Estado *total* (quantitativo)[282]. Desse modo, na medida em que tudo parecia se tornar afeito ao âmbito de Estado, a estatalidade deixava de ser critério suficiente para caracterizar o que é diferenciadamente político[283].

Assim, SCHMITT pleiteia para o político suas próprias diferenciações extremas. Como na moral vê-se bom e mau; na estética, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial, rentável e não rentável; a diferenciação especificamente política é aquela entre *amigo* e *inimigo*. As ações e os motivos

---

[281] SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 19.

[282] Quanto a este ponto, vale um destaque, em que pese a forte crítica de SCHMITT ao liberalismo, ela não se transporta de modo necessário ao liberalismo econômico. Como tantos outros, esse é um tema muito interessante em SCHMITT que aqui é impossível de ser desenvolvido de forma mais detida. De toda sorte, vale acenar para a diferença que o autor estabelece entre o Estado Total Quantitativo (fraco e indesejado) e o Estado Total Qualitativo (forte e desejável). *Grosso modo*, o primeiro estaria bastante identificado com o Estado Alemão de Weimar, em que um grande número de demandas da sociedade, especialmente econômicas, foi introduzido no âmbito estatal. Com isso, haveria uma maior interpenetração entre Estado e Sociedade, em algum momento, gerando a própria confusão entre esses dois âmbitos. Esse movimento inflaria o Estado, deixando-o fraco e, em boa medida, incapaz de decidir. O Estado Total Qualitativo seria o Estado forte em "energia e qualidade" e seria a alternativa para Weimar. A democracia econômica confundiria economia e política, quando, no entanto, a administração econômica demandaria a distinção entre Estado e economia. Diante disso, BERCOVICI apresenta as posições de FRANZ NEUMANN e KIRCHHEIMER que sustentam que o fascismo cresce na Europa como reação à democratização da economia, tentando barra-la através de um Estado forte. Nesse sentido, aproxima algumas das posições de SCHMITT, especialmente, sobre o Estado total quantitativo, às propostas dos ordo-liberais. Nesse contexto, HERRERA aponta para uma questão interessante. Defende a tese de que, se por um lado, KELSEN é um liberal do ponto de vista político, seu conceito de democracia independe de qualquer postura liberal quanto à economia, e que o contrário pode ser apontado quanto à posição de SCHMITT, que ao definir um conceito de Estado forte (Estado total qualitativo), o alia a uma liberalização da economia. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*, *cit.*, pp. 99-107; VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, *cit.*, pp. 118-120; HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y liberalismo. *Doxa*, Alicante, n. 21. fasc. II, pp. 201-218, 1998, p. 216.

[283] SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, pp. 23-24.

políticos relacionam-se, especificamente, com essa diferenciação e é nela que se vê construir uma definição conceitual – não exaustiva ou conteudística, mas, qualificativa – no sentido de identificar-se um critério para o político. Com ela pretende-se propor uma categoria autônoma para caracterizar o "extremo grau de necessidade de uma união ou separação, de uma associação ou dissociação"[284].

É importante ter-se em mente que, em SCHMITT, os conceitos de *amigo*, *inimigo* e *combate*, devem ser tomados em sentido real e literal, não podendo ser confundidos com qualquer forma de enfretamento retórico ou partidário, mas, sim, identificados com o efetivo embate que envolve a real possibilidade de morte física. Trata-se, portanto, da ideia de inimigo em sentido estrito, de inimigo público (*hostis*) que não se confunde com o mero adversário ou inimigo privado (*inimicus*).

Por conseguinte, o inimigo é o conjunto de pessoas que em eventual combate defronta-se com um conjunto idêntico, isto é, o inimigo é o corpo similar por oposição ao corpo homogêneo de pertença, o amigo. Até por isso, em sua definição de Estado, SCHMITT tende a privilegiar a dimensão exterior da soberania, sendo, justamente, o *ius belli* o principal atributo da potência estatal, tendendo a preterir as questões relacionadas à forma ou à legitimidade da ordem[285].

De todo modo, ainda que esse confronto seja, via de regra, mais bem compreendido no enfretamento de *um povo* contra *outro*, a dimensão extraestatal não chega a ser necessária. SCHMITT identifica que é possível que as principais cisões ocorram no âmbito interno de um Estado, isto é, que as contraposições interestatais alcancem o grau extremo amigo/inimigo, fazendo-se maiores que a própria contraposição *unidade estatal* (amigo)/*outro Estado* (inimigo), o que caracterizaria a guerra civil[286].

---

[284] SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 23.

[285] VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, *cit.*, p. 117; SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 48.

[286] SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 34.

Como categoria autônoma, a diferenciação *amigo/inimigo* é teórica e praticamente independente de qualquer outro modo de diferenciação:

> o inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro "não envolvido" e, destarte, "imparcial"[287].

A guerra, assim, é a realização extrema da inimizade, definida como a negação ôntica do outro ser. Ela, não precisa ser quotidiana, tão pouco, é desejável ou deve ser almejada. Precisa, no entanto, continuar existindo como possibilidade real para a concepção do conceito de inimigo. Nesse sentido, qualquer outro tipo de contraposição – ética, moral, econômica ou religiosa – tornar-se-á uma contraposição política na medida em que seja forte o suficiente para agrupar os indivíduos em amigo/inimigo.

Assim, o político não caracteriza nenhum domínio próprio, podendo extrair suas forças do âmbito religioso, econômico etc. Ele caracteriza-se, tão somente, como "*grau de intensidade* de uma associação ou dissociação de pessoas". Se as forças antagônicas de qualquer desses âmbitos forem capazes de definir por si a decisão sobre a situação crítica, elas terão se convertido na própria substância da unidade política. Nesses termos:

> Político é, em todo caso, sempre o agrupamento que se orienta pelo caso crítico. Destarte, ele é sempre o agrupamento humano *normativo* e, por conseguinte, a unidade política sempre quando existe um absoluto, sendo a unidade normativa 'soberana' no sentido de que, por necessidade conceitual, a decisão sobre o caso normativo, mesmo quando este for um caso excepcional, sempre haverá de residir nela[288].

De todo modo, novamente, o que é marcante em todo o pensamento schmittiano é a forte oposição ao liberalismo e suas formas. Quer seja na

[287] SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 28.

[288] SCHMITT, Carl. O conceito do Político, *op. cit.*, p. 41.

eliminação e despersonificação da soberania, quer seja na negação de uma suposta Paz Perpétua, o liberalismo político é sempre o alvo do autor. Nesse sentido, entendendo a Constituição como decisão política fundamental, entende o *Rechtsstaat* como a decisão constitutiva da ordem legal do liberalismo[289]. Assim sendo, boa parte de seus esforços foi no sentido de compreender a ordem como essencialmente derivada da *vontade*, da *decisão*, com o fundamento último na *força*. Nesse sentido, ALVES e CATTONI afirmam que "não há, portanto, como pensar o constitucionalismo democrático *com*, *mas somente contra* Carl Schmitt. O constitucionalismo democrático é criticável, mas reconstrutivamente a partir de *si mesmo* e não a partir de pensadores autoritários como Carl Schmitt"[290].

Se a resposta de SCHMITT é a primeira e mais contundente em oposição a KELSEN, não foi a última. Se KELSEN achou possível compreender o Direito e o Estado apenas a partir da *ratio*, SCHMITT respondeu fundamentando toda a ordem sobre a *voluntas*. As respostas de SMEND e HELLER, de maneiras distintas, tentaram articular ambas as dimensões de forma dialética.

[289] DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy*, *cit.*, p. 39.

[290] ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 270.

CAPÍTULO 3
O NASCIMENTO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: CONCEPÇÕES DIALÉTICAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Dentre aqueles que em Weimar, preocupados com o método, desenvolveram suas construções teóricas sobre o Estado e a constituição desde perspectivas marcadamente dialéticas, temos como principais expoentes RUDOLF SMEND e HERMANN HELLER. Estes concentram sua abordagem nos processos de feitura e aplicação do Direito Constitucional, contrapondo-se a perspectivas como as de KELSEN e SCHMITT[291].

Quer SMEND, quer HELLER, invocam RENAN e sua ideia de plebiscito diário, sobre a dinâmica e contínuo desdobramento da soberania popular, entendendo que "o soberano estava envolvido em todos os momentos na prática política; ele teria um lugar imanente para o funcionamento de uma democracia"[292].

[291] É curiosa a observação de PETER CALDWELL: "A different conception of constitutional law emerges if one focuses on the process of making and applying law in concrete situations. In the Anglo-American context, Lon L. Fuller and Ronald Dworkin have each shifted attention to the complex interaction among legal norms, values, and facts in law. Their approaches counter the Austinian tradition of H. L. A. Hart and British analytical jurisprudence, with its search for a body of formal, positive law. Many decades before the critics by Fuller and Dworkin were published, a similar attack on 'undialectical' conceptions of constitutional law appeared in the Weimar Republic, in the writings of Rudolf Smend and Hermann Heller". CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 120.

[292] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 121: "sovereign was implicated at all times in practical politics; it had a place immanent to a functioning democracy"; SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, *cit.*, p. 63;

Desse modo, em 1930 ambos defendiam a República e a Constituição de Weimar (ainda que HELLER de forma mais convicta que SMEND) e, de maneiras bastante diferentes, argumentavam em favor da democracia, entendendo-a como um modo de participação constante dos cidadãos na comunidade. Assim, apontavam para um direito constitucional que envolvesse mais nitidamente questões práticas, éticas e políticas, argumentando, cada um a sua maneira, a partir de leituras hegelianas. As posições de ambos foram bastante influentes no contexto da reconstitucionalização alemã em 1949 e, consequentemente, no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito[293].

Não deixa de ser curioso que, em que pesem suas fortes influências e, menor "radicalismo", são esses os dois autores menos abordados dentre os quatro que se destacaram naquele momento. SMEND, por exemplo, apesar de ter sua importância reconhecida, expressamente, quer por SCHMITT, quer por KELSEN, e de ter formado grandes constitucionalistas alemães (por vezes agrupados em torno de uma escola *smendiana*), em muitos contextos nem mesmo é tratado quando de estudos sobre o período[294]. HELLER, por seu turno, é responsável por cunhar a expressão, e lutar pelo modelo, do Estado Social de Direito (*sozialer Rechtsstaat*) e do Estado Democrático de Direito (*demokratischen Rechtsstaat*). Além disso, influenciou de modo bastante significativo autores de várias correntes, desde autores da Escola de Frankfurt, como FRANZ NEUMANN[295], a autores da Escola

---

HELLER, Hermann. *La Soberanía*: contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. México: UNAM, 1965, p. 175; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 208; RENAN, Ernst. *¿Qué es una nación?*, *cit.*, p. 66.

[293] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 122. LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal, *op. cit.*; KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 207.

[294] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*; VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, *cit.*

[295] SCHEUERMAN, William E. *Between the norm and the exception*: the Frankfurt School and the Rule of Law. Cambridge: The MIT Press, 1994, pp. 40-46. Isso se vê, explicitamente, por exemplo, nas várias menções que NEUMANN faz a HELLER em seu trabalho, como em *O Império do Direito*, em especial quanto à sua definição de soberania e quanto à perspectiva dialética. Apenas a título de exemplo, não deixa de ser interessante uma definição que faz de Direito: "Que o direito tenha que ser entendido como o produto de forças sociais significa que ele é produto da atividade humana tanto determinada por elas, mas também determinante das forças sociais", NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 72. Nessa passagem se vê de forma

smendiana como PETER HÄBERLE. Contudo, seu falecimento prematuro, no mesmo ano de 1933, quando também morreu a República de Weimar, impediu maiores desdobramentos de sua obra.

3.1. RUDOLF SMEND

RUDOLF SMEND, cujo nome completo era CARL FRIEDRICH RUDOLF SMEND, nasceu em 1882, no seio de uma família conhecida e reconhecida na elite acadêmica e intelectual alemã. Seu pai, também chamado RUDOLF SMEND (1851-1913), e seu tio, JULIUS SMEND (1857-1930), por exemplo, foram importantes teólogos calvinistas[296]. Além desse berço acadêmico e intelectual, as ideias protestantes acabaram por influenciar sua obra, talvez, tanto quanto o catolicismo influenciou a obra de SCHMITT[297].

SMEND estudou na universidade de Göttingen e em 1904 apresentou a dissertação: *A Constituição Prussiana em comparação à Constituição Belga* (*Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*). Essas duas constituições comparadas no trabalho possuíam termos, textos e previsões, em muitas passagens, iguais e/ou similares, com a diferença de que a Constituição Belga (1831) era, nomeadamente, baseada no princípio da soberania popular, o que não acontecia com a Constituição Prussiana (1850). Como ressalta KORIOTH, já nesse trabalho SMEND afastava-se do "método científico-legal" labandiano e apontava para o superar da estrita interpretação do texto constitucional e da construção de conceitos. Assim, trazia os elementos históricos e políticos do direito constitucional para explicar porque termos e textos constantes de forma

---

muito marcada a perspectiva dialética explorada por HELLER quando trata de normalidade e normatividade.

[296] Na verdade são três gerações de intelectuais homônimos na família, pois o filho de (CARL FRIEDRICH) RUDOLF SMEND, também se chama RUDOLF SMEND (1932) e, assim como o avô e o tio-avô, é teólogo.

[297] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, p. 125.

idêntica ou similar nas duas constituições apresentavam sentidos diversos para as duas ordens e realidades[298].

Em 1908 SMEND apresentou em Kiel seu *Habilitationsschrift* sobre o *Reichskammergericht*, mais alto tribunal do Sacro Império Romano-Germânico, em trabalho que realizou sob a supervisão de ALBERT HÄNEL, um dos principais críticos de LABAND. No ano seguinte foi nomeado para a Universidade de Greifswald, seguindo para Tübingen (1911), Bonn (1915) e Berlim (1922). Durante os primeiros anos da Constituição de Weimar, SMEND foi-lhe bastante crítico, tendo encampado sua defesa com o avançar da década de 1920. Negou-se a colaborar com o regime nazista, limitando suas publicações, entre 1933-1945, a trabalhos de história do direito. Até por isso, em 1935 foi forçado a abdicar de sua cadeira na Universidade de Berlim, assumindo outra em Göttingen, tendo sido seu primeiro reitor do pós-guerra. Permaneceu em Göttingen até o fim de sua vida, vindo a falecer em 1975[299].

A base da perspectiva de SMEND é sua abordagem da Teoria do Estado como Ciência do Espírito. Nesse contexto, coloca um problema típico da filosofia social e da sociologia alemãs: a relação entre o indivíduo e a comunidade, entre o indivíduo e o Estado. Para ele, essas são questões mais estruturais, que valorativas, comuns a todas as ciências do Espírito, que seguirão insolúveis a menos que se deixe de contrapor de modo substantivo o Eu frente ao todo social[300].

A partir daí, com sua teoria da integração, intentou romper com as linhas positivistas que lhe eram contemporâneas[301]. Estas se caracterizaram, epistemologicamente, por identificar vários dualismos, como: o distanciamento entre o conhecimento subjetivo e o conhecimento objetivo; entre natureza e Espírito; entre a explicação das ciências naturais, causalmente determinada, e a explicação das ciências humanas, normativamente determinada e idealista. Nessa esteira, ao tratarem da análise da Teoria do Estado, para SMEND, tais perspectivas

[298] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 207.

[299] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, pp. 207-208.

[300] LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, *cit.*, p. 55.

[301] SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, *cit.*, p. 39-70.

positivistas separavam de modo marcante o *ser* e o *dever ser*, a realidade constitucional e as normas constitucionais[302].

A *opus Magnum* de SMEND, *Constituição e Direito Constitucional*, é publicada em 1928. Entretanto, sua teoria da integração já começara a ser apontada desde, pelo menos, 1923[303]. A questão despertou o interesse de muitos de seus contemporâneos e já em 1927, CARL SCHMITT, no prólogo de seu *Teoria da Constituição*, manifestou expectativa pela obra de SMEND que já se anunciava. KELSEN, por sua vez, como mencionado, publicou uma resposta ao trabalho de SMEND em 1930[304].

Nessa principal obra, SMEND constrói muitas de suas questões em expressa oposição às formulações positivistas, especialmente, às kelsenianas. Ele indica não pretender esboçar uma Teoria do Estado, nem mesmo, uma Teoria da Constituição, tampouco, tratar das consequências de uma análise do direito positivo alemão (da Constituição de Weimar). Seu objetivo central foi o de expor os *pressupostos filosóficos para uma Teoria da Constituição*. Para tanto, alega partir do método fenomenológico de THEODOR LITT[305] e de sua filosofia hegeliana[306], pondo como tese central de sua formulação a necessidade de um entrelaçamento mútuo e uma implicação recíproca de todos esses métodos (da

---

[302] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, pp. 208 e 209. Quanto ao enfrentamento dessas dicotomias, KORIOTH, faz menção expressa ao contraponto existente entre as posições de SMEND e KELSEN.

[303] SMEND, Rudolf. Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsfrom (1923). SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 4 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2010, pp. 68-88. SMEND não se coloca como criador do termo. Aponta sua utilização por outros juristas como KELSEN, THOMA e, especialmente no sentido que trata, remete a WITTMAYER. Também faz referência ao uso do termo por H. SPENCER, no âmbito da sociologia.

[304] KELSEN, Hans. *O Estado como integração, cit.*

[305] A principal obra do LITT, que especialmente influenciou SMEND, foi: LITT, Theodor. *Individuum und Gemeinschaft:* Grundfragen der sozialen Theorie und Ethik. Leipzig, 1919, que foi revisada e reeditada em 1924 e em 1926. SMEND faz referência a essas duas edições.

[306] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 209: "In an effort to free the theory of state and constitution from its positivist context, Smend took as his basis, in methodological opposition to Kelsen, the phenomenological method of Theodor Litt and his Hegelian philosophy".

Teoria do Estado, da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional) e âmbitos de trabalho[307].

Isso porque o objeto da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, para SMEND, encontra-se na compreensão do Estado enquanto parte da realidade espiritual. A vida do Espírito é, ao mesmo tempo, autorrealização do individuo e da comunidade. Por isso, o Estado existe unicamente por causa e na medida em que esteja imerso neste processo de auto-integração que se desenvolve a partir do indivíduo e no próprio indivíduo[308].

Nessa dinâmica, as formas espirituais coletivas não poderiam ser compreendidas como substância estática, mas, sim, como unidade de sentido de atos espirituais, portanto, a partir de um amiúde processo de atualização funcional e de árdua configuração social, pelo qual se realizariam tais formas coletivas. Por conseguinte, o Estado não poderia ser entendido como totalidade imóvel, que se expressasse externamente apenas pela produção de leis, de acordos diplomáticos, de sentenças ou de atos administrativos. Pelo contrario:

> el Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación integración[309].

SMEND pretendia revelar a essência da integração como sendo um "processo de participação ininterrupta das consciências individuais à realidade total do Estado, ou seja, adesão sempre renovada dos membros da comunidade às ideias e aos valores que constituem a razão de ser da própria existência da comunidade"[310]. Para tanto, constrói uma ideia de uma unidade da comunidade no

---

[307] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, p. 39: "en definitiva, al hecho de que así como no puede existir un derecho constitucional satisfactorio y operativo sin una fundamentación metodológica clara y consiente en una teoría general del Estado y de la Constitución, tampoco es posible una teoría viable del Estado y de la Constitución sin una metodología propia que no puede ser jurídica, sino necesariamente adecuada a la metodología de las ciencias del espíritu; tan sólidamente fundada en una teoría del conocimiento como la metodología de cualquier otra ciencia del espíritu".

[308] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, pp. 64-65.

[309] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, pp. 62-63.

[310] REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

Estado a partir do processo da síntese de atividades e de valores[311]. Para HÄBERLE, retrospectivamente, essa ideia, inclusive, "es vista también como un intento de contrarrestar la triste polarización de las fuerzas políticas de Weimar. Justo al contrario C. Schmitt"[312].

Nessa esteira, SMEND identifica três tipos de integração: a integração pessoal, a integração funcional (ambas, síntese de atividades) e a integração material ou objetiva (síntese de valores). Por conseguinte, para ele, o Estado, ou, mais precisamente, a estatalidade, seria um processo de contínua integração de cada cidadão no Estado, em parte, de forma ativa, em parte de forma passiva, através de sua experiência de ação estatal em que atuam com força de coesão símbolos, paradas, bandeiras, hinos, processos e dinâmicas de participação política e a própria Constituição[313].

A primeira das formas de integração, a *integração pessoal*, se daria nos termos de pessoas, figuras políticas e líderes simbólicos. Especialmente preocupado com as correntes políticas pró-fascismo que lhe eram contemporâneas, SMEND adverte para os riscos e erros na leitura sobre essa dimensão, sem, no entanto, negar-lhe importância[314]. Essa forma de integração seria maximamente colocada nas funções e tarefas classicamente desempenhadas e identificadas com a figura do Chefe de Estado, sobre a qual, em maior ou menor grau, se estriba a representação da unidade política de um povo, no que SMEND tratava, também, daqueles que chamou de funcionários políticos em sentido amplo[315].

---

[311] O que não escapa à crítica de KELSEN que o acusa de, assim, cair em contradição com seu marco teórico de partida: TH. LITT. KELSEN, Hans. *O Estado como integração*, *cit.*, p. 12.

[312] HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madri, n. 6, pp. 177-198, 2002. Também apontando nesse sentido: KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 210.

[313] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 210.

[314] Nesse sentido é muito interessante a passagem: "Es fruto de una mentalidad típicamente liberal – o como diría H. Preuss, de una mentalidad jerárquica – pensar que el problema del caudillaje o mando político es únicamente un problema de los gobernantes y no tanto por lo menos también de los gobernados", SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, p. 71.

[315] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, pp. 70-78. O autor trata de modo especial da chefia de Estado, dando especial atenção à figura de um monarca quando atuando nesse sentido. Entretanto, aponta também dimensões dessa forma de integração enquanto

Quanto ao segundo tipo de integração, ainda relacionada à síntese de atividades, a *integração funcional* ou *processual*, SMEND trata das formas de vida que tendem a criar um sentido coletivo através de processos que apontam para produzir uma síntese social. Nelas estariam as manifestações públicas, as paradas militares, os referendos, as eleições, as atuações parlamentárias, a participação em instituições pública, a cidadania ativa de um modo geral, mas também, e especialmente, a própria luta política, quando em torno de valores comuns, através de uma disputa organizada e regrada. Para o autor, sob condições políticas saudáveis, seria possível a própria superação das tensões por meio do enfrentamento político em torno de objetivos comuns, em uma catarse similar àquela do desfecho de um jogo. Deste modo, a razão de fundo dessa função reparadora e catártica seria a de ato integrador essencial da vida comunitária para o aumento da participação vital do indivíduo – independentemente dele pertencer à maioria ou à minoria – da qual decorreria a formação e fortalecimento de uma maior unidade política, não exatamente homogênea, mas que comungasse dos mesmos valores de fundo[316].

SMEND, entretanto, registra que, em última instância não é possível nenhum modo de integração formal (pessoal e funcional) sem que haja uma comunidade material de valores. A esse passo, trata da integração material apontando para o desenvolvimento de uma Teoria do Estado que o entenda como alicerçado na consecução de objetivos comuns, no qual seja alimentado o sentido comunitário.

Acerca desse sentido, SMEND trata o Estado como uma *socialidade das vivências substantivas*, especialmente, de *uma comunidade cultural ativa*. É na comunidade que os valores são vividos e se atualizam, sendo esta mesma comunidade, a condição para eles tenham eficácia e vida própria. Contudo, essa implicação transita nos dois sentidos, pois a própria existência da comunidade depende dos valores que a sustentam. Se o próprio indivíduo, no desenvolvimento

---

exercidas pelo gabinete, no parlamentarismo weimariano, e, mesmo, em alguma medida, colateralmente e não precipuamente, pela burocracia e pela judicatura, articulando com WEBER. Com isso afirma que os "funcionarios que realizan primariamente una labor integrador son los funcionarios políticos".

[316] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, pp. 78-93.

de sua personalidade e de sua participação na vida do Espírito, depende da atualização dos valores culturais, essa necessidade é ainda mais patente no caso das coletividades, que, por natureza, carecem de uma existência psicofísica.

Assim, para SMEND é indiferente dizer que o Estado é uma forma da Cultura ou que os âmbitos culturais imersos no Estado são uma forma de vida do Estado, pois, entende que não se pode distinguir forma e conteúdo. A relação entre Estado e Cultura deve ser compreendida como momentos de um fenômeno único. O Estado não é uma essência real *em si*, que pode ser mecanicamente utilizada para realizar quaisquer objetivos aleatórios que lhe sejam exteriores. Pelo contrário, o Estado é, ele mesmo, real tão somente na medida em que é realização de um significado material. Assim, sua justificação não depende de qualquer vinculação teleológica com objetivos ou finalidades que lhe sejam externos, mas decorre, exatamente, de sua natureza substantiva como realização de valores[317].

O processo de integração transmite e constrói, exatamente, esse sentimento de corpo conjunto de indivíduos comprometidos com um projeto comum de vida boa, plasmado na constituição. Deste modo, o autor coloca a constituição como sendo o ponto de referência, em lugar da tradicional Teoria Geral do Estado[318]. Para SMEND, a Constituição é a ordenação jurídica da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, portanto, de seu processo de integração que tem como finalidade a perpétua reimplantação da realidade total do Estado. Assim, a Constituição é a cristalização legal-normativa de determinados aspectos desse processo[319].

Esse princípio de coesão gira em torno de determinados valores que emanam justamente do parâmetro normativo da ordem jurídica, a qual, por sua vez, deve refletir o parâmetro valorativo-cultural da comunidade. Dessa maneira, pode-se compreender o Estado como realidade, "*enquanto realização espiritual e idêntica a ela*". Desse modo, funde-se o *ser* e o *dever ser* com o *vir a ser,* o *devir* da *realidade espiritual do Estado*, mediante o processo de integração. O Estado,

[317] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, p. 93-95.
[318] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política, *op. cit.*, p. 8.
[319] SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, *cit.*, p. 132.

nessas bases, é um eu coletivo que corresponde à representação do eu de cada um[320].

A principal crítica sofrida por SMEND vem de KELSEN, que em 1930 publica um livro de resposta ao "autor de Berlim": *O Estado como Integração: um confronto de princípios*. Curiosamente, o tom crítico dessa publicação é bastante mais elevado que a média dos trabalhos do autor de Viena. Ele inicia o texto de forma bastante irônica e ácida, buscando apontar alguns mal-entendidos que alega terem sido provocados e afirmados por SMEND. Por exemplo, quanto ao fato da *teoria normativa do Estado de Viena* ser uma teoria espiritual-científica do Estado, o que, aparentemente, seria negado pela teoria da integração.

Em suma, além de apontar obscuridade e falta de clareza ao professor de Berlim, KELSEN afirma, em várias passagens, que SMEND faz afirmações equivocadas sobre sua posição quanto ao Estado. O ponto principal de sua crítica oscila em dois pólos. Por um lado, afirma que a empreitada pretendida pelo *Constituição e Direito Constitucional* de realizar uma crítica científico-espiritual à teoria dominante – "isto é, à teoria do Estado do século XIX, classicamente resumida na obra *Teoria Geral do Estado* de Georg Jellinek"[321] – não seria oposta ao projeto da teoria normativa do Estado da Escola de Viena, mas com ela coincidiria. Por outro, o autor de Viena busca demonstrar incoerências entre o desenvolvimento de SMEND e seus pressupostos, especialmente, no que diz respeito à sua fundamentação em THEODOR LITT. Para ele, haveria certa confusão na abordagem que SMEND fazia essas premissas e, por causa disso, a teoria da integração acabava mais por coincidir do que combater a teoria dualista do Estado de JELLINEK. Nessa ordem, também critica a dialética de LITT que, para ele, no fim das contas, não propunha qualquer unidade do conceito ou objeto do conhecimento, estancando em um "insuperável dualismo"[322].

SMEND silenciou-se durantes muitos anos sobre a teoria da integração, não tendo apresentado qualquer resposta pública à obra de KELSEN, tampouco a

[320] REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, *cit.*, p. 49.
[321] KELSEN, Hans. *O Estado como integração*, *cit.*, p. 5.
[322] KELSEN, Hans. *O Estado como integração*, *cit.*, pp. 26-28.

outros críticos contemporâneos. Sua teoria da integração, de algum modo, refletia as experiências traumáticas da Primeira Guerra Mundial, bastante relacionadas ao colapso do ideal iluminista de progresso.

Já no segundo pós-guerra, em *Integrationslehre*, de 1956, olhando para trás, SMEND vai defender que a base de sua teoria era oferecer um sentido originalmente saudável da vida da constituição em oposição ao caos político e ao doente Estado Constitucional dos anos 1920[323]. Destarte, SMEND colocava-se diante da morte do Iluminismo e sua confiança na racionalidade, a partir da ao menos parcial irracionalidade da experiência da integração[324].

Ele influenciou diretamente uma ampla gama de autores que por vezes são identificados, de algum modo, com uma *Escola de Smend*. São-lhe representantes juristas bastante reconhecidos como KONRAD HESSE, ULRICH SCHEUNER, HORST EHMKE (que foram seus alunos). Ainda são marca dessa "*escola*" a abertura e o diálogo que teve com a jurisprudência anglo-americana, bem como, a influência de suas ideias no desenvolvimento do Tribunal Constitucional Alemão.

3.2. HERMANN HELLER

HERMANN HELLER nasceu em 1891, na cidade de Cieszyn (Teschen, em alemão), à época, parte do Império Austro-Húngaro, hoje República Checa. De família burguesa de origem judia, assim como KAFKA e tantos outros judeus nascidos na região, era falante do alemão, não apenas pela hegemonia de Viena, mas, também, por influência da cultura Yiddisch. Portanto, por nascimento, HELLER não era cidadão do *Reich* guilhermino, mas súdito do Império católico dos Habsburgo.

[323] SMEND, Rudolf. Integrationslehre. *In*: SMEND, Rudolf. *Staatsrechliche Abhandlungen und anderen Aufsätze*. 4 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2010, pp. 475-481.

[324] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 210.

Já em 1914 alistara-se como voluntário para a Primeira Guerra. Durante o serviço militar, em 1915, forma-se em Direito na renomada Universidade de Graz, onde faz seus *Staatsexamen*, depois de ter passado pelas Universidades de Innsbruck e de Viena. No mesmo ano, combate pelo exército do Império Austro-húngaro no *front* russo, o que lhe causou problemas cardíacos que lhe custaram o falecimento precoce aos 42 anos. Com o fim da guerra, vê o fim do Império e, como toda uma geração, sente-se privado de sua identidade política e existencial. Migra à Alemanha onde segue seus estudos na Universidade de Kiel, defendendo sua *Habilitation* em 1920, com o trabalho intitulado: "*Hegel e a ideia de Poder estatal nacional na Alemanha*: uma contribuição para a história das ideias políticas" (*Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland*: Ein Beitrag zur politische Geistesgeschichte).

Animado por GUSTAV RADBRUCH, socialista de longa data, ingressa no SPD (Partido Social Democrata alemão) no dia 09 de março de 1920, um dia antes de sua defesa de *Habilitation.* HELLER compôs a ala não marxista do SPD e, no momento de filiação, fez constar na ata de adesão que não compartilhava de alguns dos pontos do programa do partido, nomeadamente: do materialismo histórico e do internacionalismo[325]. Juntos, HELLER e RADBRUCH tiveram significativa atuação política, sendo particularmente notórias suas participações junto à resistência no porto de Kiel contra a tentativa de golpe de Estado ocorrida entre 13 e 17 de março de 1920, episódio conhecido como *Kapp Putsch*[326], apenas quatro dias após a filiação de HELLER ao SPD e três dias após sua defesa de *Habilitation*.

De modo geral, entre 1920 e 1932 teve vida política bastante ativa. Considerado um intelectual poderoso e temperamental, nesse período ajudou a

[325] LA TORRE, Massimo. *La crisi del novecento*: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Wiemar. Bari: Dedalo, 2006, p. 55-56.

[326] O *Kapp Putsch* foi uma tentativa de golpe de Estado contra o Presidente da República alemã, o Social Democrata Friedrich Ebert. O evento ocorreu entre 13 e 17 de março de 1920. Seus líderes eram Wolfgang Kapp e o General Walther von Lüttwitz (por isso o evento por vezes é também conhecido como *Kapp-Lüttwitz Putsch*) que com o *putsch* militar pretendiam estabelecer uma governo autocrático de direita. KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, *cit.*, pp. 37-40; HENIG, Ruth. *The Weimar Republic* 1919-1933, *cit.*, pp. 25-27.

construir a juventude socialista, trabalhou na educação para adultos e teve atuação bastante importante na vida jurídico-política alemã. Além disso, apesar das barreiras antissemitas que foram progressivamente aumentando, nesse período ocupou postos acadêmicos em Kiel (1920-1922), Leipzig (1922-1926)[327], Berlim (1926-1932) e Frankfurt (1932). Na capital da República, incialmente ocupou o posto de consultor (*Referent*) no *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* de Berlim[328], tornando-se Professor da *Friedrich-Wilhelms-Universität* de Berlim em 1928, onde ficou até ser apontado à Universidade de Frankfurt, em 1932.

Em 1933, a convite de HAROLD LASKI, lecionou como professor convidado na Inglaterra. Sendo judeu e socialista, combinava características que lhe faziam um alvo especialmente visado da perseguição nazista. Justamente durante esse curto período fora da Alemanha, vários eventos tornaram sua volta, no mínimo, perigosa. Dentre eles, a aprovação da "Lei para a Restauração do Serviço Público Profissional", de 7 de abril de 1933. Ela determinava que judeus e funcionários públicos "politicamente não confiáveis" deveriam ser exonerados de seus cargos, o que acabou por retirar HELLER e tantos outros intelectuais de seus postos acadêmicos[329]. Diante desse cenário, seguiu para a Espanha, onde aceitou cadeira na Universidade de Madri. Tinha como objetivo seguir para a Universidade de Chicago, plano que não chegou a ser concretizado, vindo a falecer no mesmo ano de 1933, em virtude de seus problemas cardíacos. Sua principal obra, *Teoria do Estado*, acabou sendo publicada postumamente, apenas

---

[327] Ali, particularmente, no sistema de educação para adultos. STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*, *cit.*, p. 175.

[328] O *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* foi fundado em 1924 e em 1949 deu lugar ao *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, hoje situado em Heidelberg.

[329] MONEREO PÉREZ, José Luiz. MONEREO PÉREZ, José Luiz. *La defensa del Estado Social de Derecho*: la teoría política de Hermann Heller. Barcelona: El Viejo Topo, 2009, pp. 113-114, nota 4: "Las medidas de represión del régimen fascista-nazi se ejercieron sobre todos los intelectuales demócratas y se cebó especialmente en los intelectuales judíos. Fueron obligados a exiliarse o exterior o interiormente no sólo Hermann Heller, sino también otros intelectuales (judíos o no), como Moritz Julius Bonn, Gustav Radbruch, G. Kantorowicz, Nawiasky, Löwenstein, Schücking, Apelt, Jacobi, Anschtz, W. Jellinek, entre muchos. Precisamente sucesores de Heller e Schücking, fueron designados discípulos de Schmitt: E. Forsthoff y E. R. Huber, mientras que la cátedra de Nawiasky fue ocupada por Th. Maunz".

um ano após sua morte, ainda incompleta, mas já com uma estrutura e desenvolvimento significativamente sólidos[330].

Em muitos aspectos, especialmente do ponto de vista político, HELLER pode ser considerado um antípoda de SCHMITT. Isso é bem representado pelas posições tomadas por ambos na querela *Preussen contra Reich*, decorrente do fatídico *Preussenschlag* (golpe de Estado prussiano), em julho de 1932[331]. Nela, HELLER foi o representante legal do SPD prussiano deposto[332], enquanto SCHMITT atuou como um dos representantes legais do *Reich*[333]. Também em posição diametralmente oposta à de SCHMITT, HELLER foi um dos principais defensores da Constituição de Weimar, além de sempre ter sido especialmente comprometido com a democracia, com o pluralismo e com o *Rechtsstaat*. Além disso, foi um dos mais importantes formuladores do Estado Social, influenciando profundamente as construções sobre o Estado Constitucional no pós-guerra, quer na Alemanha, quer na Europa de um modo geral[334].

No que diz respeito à teoria jurídica, HELLER colocou-se, especialmente, em contraposição a KELSEN, seu normativismo e seguidores. As divergências entre suas posições colocam-se já desde seus pressupostos. Enquanto KELSEN construía suas formulações desde as bases do neokantismo de Marburgo, HELLER colocava-se em perspectiva hegeliana e sustentava que a separação entre *ser* e *dever ser*, tipicamente neokantista, era falsa[335]. Nessa linha, entendia que o positivismo

---

[330] DYZENHAUS, David. Hermann Heller, *op. cit.*, pp. 249-250; DYZENHAUS, David. Hermann Heller and the legitimacy of legality. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 16, n. 40, pp. 641-666, 1996: "The manuscript was in good enough shape to be published in 1934 in Holland in an edition put together by G. Niemeyer, one of Heller's students".

[331] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*, pp. 162-170; BECK, Earl R. *The Death of the Prussian Republic*: A Study of Reich-Prussian Relations, 1932-1934. Tallahassee: The Florida State University, 1959, pp. 121-145.

[332] O governo deposto por Berlim era composto por uma coalizão entre o SPD e o *Zentrum* (Partido Alemão Centro-Católico).

[333] Tratando do episódio, trabalhando as posições defendidas no caso: DYZENHAUS, David. Legal Theory in the collapse of Weimar: Contemporary Lessons?. *American Political Science* Review, v. 91, n. 1, pp. 121-134, mar. 1997.

[334] STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*, *cit.*, p. 177; MONEREO PÉREZ, José Luiz. *La defensa del Estado Social de Derecho*, *cit.*, *passim*.

[335] STOLLEIS destaca a especial rixa que HELLER alimentava contra KELSEN, mencionando que nos encontros da *Associação de Professores de Direito do Estado Alemão* ele "era

jurídico não era capaz de explicar, nem mesmo, a positividade do Direito. Isso porque a teoria jurídica, na tentativa de entender o que o Direito é, invariavelmente, fazia-o de modo não meramente descritivo – por mais que assim o pretendesse – mas, necessariamente, de forma prescritivo-normativa.

Desse modo, HELLER teve como projeto repensar e reconstruir a teoria jurídica e não miná-la desde dentro[336], como parecia pretender SCHMITT. Para o autor socialdemocrata, a consistência do pensamento de KELSEN apenas confirmava o quão absurdo era o caminho da Teoria Geral do Estado das últimas duas gerações de pensadores alemães que lhes antecederam. Assim sendo, o ponto crucial da crítica helleriana colocava-se sobre o fato dele não admitir o Estado como uma ordem normativa, mas sim, como parte da cultura humana, no que importava incluir a Teoria do Estado (*Staatslehre*) dentro da ciência política[337].

A maior marca do pensamento helleriano é sua postura eminentemente dialética, que pode ser vista na relação que faz entre Direito e poder, normalidade e normatividade, *ser* e *dever ser*, direito positivo e princípios jurídicos fundamentais, entre o mundo do real (*ser*) e o mundo da cultura (*dever ser*)[338]. Em toda sua construção o autor, recorrentemente, refuta posições especialmente exclusivistas, de lado a lado. Ou seja, aponta como não compreensivas posições que buscam explicar o Estado e o Direito, cada uma de sua parte, calcadas apenas em uma dessas duas dimensões. Isso transparece claramente também em seu

---

ocasionalmente aceito como um aliado contra Kelsen". STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*, *cit.*, pp. 175-178.

[336] DYZENHAUS, David. Hermann Heller, *cit.*, pp. 251-252.

[337] STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*, *cit.*, p. 175; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 49: "desde hace dos generaciones la burguesía alemana aparece políticamente saturada y los tratadistas alemanes de la teoría del Estado, que se jactaban de no tener nada que ver con la política práctica, dedicaron los mayores esfuerzos a 'despolitizar' su disciplina (...) Estos últimos autores pretendían, queriendo como engañarse a sí mismos, que les era posible eludir la problemática política de su tempo; pero, de hecho, se vieron forzados a aplicar soluciones históricamente desplazadas a los problemas tradicionales o, al contrario, a adoptar soluciones tradicionales sin recoger, con ellas, a las cuestiones a que respondían".

[338] BESTER, Gisela Maria. A concepção de Constituição de Hermann Heller – integração normativa e sociológica – e sua possível contribuição à Teoria da Interpretação Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 36, p. 231-50, 1999, p. 239.

conceito de constituição, motivo pelo qual JOSÉ LUIZ BORGES HORTA o trata como um autor de síntese da Teoria da Constituição[339].

Nesse contexto, BERCOVICI identifica na proposta de HELLER uma Teoria do Estado atual, desprendida do estilo das tradicionais *teorias gerais do Estado* alemãs que buscavam explicar o Estado como invariável, em repouso, com características constantes e caráter universal, independente de tempo ou lugar. Ao contrário disso, buscava uma investigação da "realidade estatal que nos rodeia", portanto, uma Teoria do Estado enquanto ciência da realidade de formação real e histórica[340].

DYZENHAUS atribui, justamente, a essa perspectiva inovadora de HELLER sua pouca difusão no mundo anglófono. Destaca, também, que o autor compartilhava com SCHMITT determinada crítica ao normativismo kelseniano, ao apontar que as concepções de Direito são fundamentalmente políticas e relacionadas a contextos históricos e sociais particulares, portanto, que o substrato da Filosofia do Direito encontra-se na sociedade e na cultura. Todavia, ao mesmo tempo, opunha-se à celebração schmittiana à ditadura e à eliminação do conflito político através da imposição da homogeneidade política do *povo* (*Volk*) sobre a sociedade plural. Nessa medida, HELLER não deixava de se aproximar de KELSEN, em seu comprometimento com a democracia, com a liberdade individual e com a igualdade social. Com KELSEN também partilhava o respeito e o compromisso com as amarras do *Estado de Direito* para a construção e desenvolvimento de uma sociedade política decente[341].

Desse modo, HELLER buscou compreender Direito, moralidade e poder, considerando todas essas estruturas e dimensões, sem minorá-las ou destaca-las,

---

[339] HORTA, José Luiz Borges. Teoria da Constituição: contornos epistemológicos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 6, pp. 346-357, jul./dez. 2005, p. 351.

[340] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 111; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 21-53, 83: "Así, para Bluntschli (Allg. Staatsl., VI, p. 2), G Jellinek (p. 15) y otros muchos, la teoría del Estado y la doctrina del derecho político tendrían como misión estudiar el 'orden estatal en reposo', el Estado 'como algo fijo y regulado', y en cambio, la política se ocuparía del Estado 'en su vivir'. Tal distinción es, sin embargo, radicalmente inaceptable porque el Estado, al igual que toda otra forma de la actividad política, sólo existe como institución en tanto se renueva de modo constante mediante la acción humana".

[341] DYZENHAUS, David. Hermann Heller, *op. cit.*, p. 250.

tampouco, sobrepô-las umas às outras[342]. Alegava que toda teoria que inicia sua abordagem desde as alternativas *Direito ou poder*, *norma ou vontade*, *objetividade ou subjetividade*, desconhece a construção dialética da realidade estatal e, por isso, é falsa[343].

Em HELLER, tampouco é possível compor uma imagem do Estado na atualidade sem que se realize uma representação do porvir, de modo que a relação entre a Teoria do Estado e a política tem de ser entendida como necessária. Por política pretende toda sorte de ordem de cooperação recíproca de relações humanas, sejam elas no âmbito econômico, educativo, artístico e, especialmente, estatal. Onde quer que haja cooperação de ações sociais recíprocas que não se compreendam a si mesmas, haverá política. Deste modo, a finalidade da política é a organização da sociedade e a finalidade da política estatal, particularmente, é a ordem de cooperação das relações sociais em um espaço determinado de soberania. Assim, configura-se, como fim imediato de toda política, a ordem pela ordem, tanto quanto possível, com a máxima exclusão da coação física e da violência[344].

O juízo sobre o que é politicamente possível decorre da própria valoração do político real, das diversas tendências contemporâneas de evolução. Desse modo, nenhuma análise quanto ao Estado e quanto à política é passível de ser realizada por um sujeito distanciado, através de mera descrição de um objeto a ser conhecido, sem qualquer relação volitiva com este. Tampouco pode fazê-lo sem

---

[342] DYZENHAUS, David. Hermann Heller and the Legitimacy of Legality, *op. cit.*, pp. 641-642.

[343] HELLER, Hermann. *Teoría del* Estado, *cit.*, pp. 350-351.

[344] HELLER, Hermann. El sentido de la política. *In:* HELLER, Hermann. *El sentido de la política y otros ensayos*. Valencia: Pre-textos, 1996, pp. 57-60, p. 60: "Aun cuando todos los hombres fuesen justos y se dejasen guiar por motivos morales, seguiría siendo, sin embargo, el poder el medio de la política, mientras no todos ellos piensen y quieran lo mismo. Pues en ese caso seguiría habiendo todavía oposición al orden dominante precisamente porque unos motivos morales no coincidirían con los otros (...). La justicia no se impone por sí misma, para su realización necesita hombres y poderes, y *si* todo lo demás no es suficiente, también la violencia física. Pero el poder social es la capacidad para el dominio en el Estado, la economía, etc., la capacidad espiritual y material para la dirección".

compreender sua essencial mutabilidade. Por conseguinte, "el conocimiento de la realidad política y su valoración se hallan, pues, entrañablemente unidos"[345].

Em HELLER, a questão da Teoria do Estado se coloca em contraste com a completa relativização do Direito ao poder, bem como, a contingência de uma particular situação de poder que aponte para uma irracional deificação do poder e da Decisão, que espera por purificar a sociedade de suas contradições e tensões, como pretendia SCHMITT. Assim pensava, não porque entendesse impossível a eliminação desses componentes da unidade dialética da comunidade jurídico-política, mas porque acreditava que a tentativa schmittiana de escapar da normatividade poderia custar a própria destruição da cultura ocidental[346].

Por outro lado, HELLER também se opôs à purificação do Direito pretendida por KELSEN. Esta – acusa ele – não é capaz de dar conta do fato do poder ser constitutivo de Direito e, com isso, faz do Direito também inteiramente submisso ao poder, ainda que essa não tenha sido, exatamente, a intenção inicial daqueles que entenderam por essa depuração.

Tais purificações, de lado a lado, quer a da teoria de SCHMITT, pretensamente fundada em uma "ordem concreta", quer a de KELSEN, baseada em uma pretensa cientificidade, afirmavam que as práticas éticas eram estéreis e inúteis para a compreensão do Direito, uma vez que não ofereceriam certezas absolutas ou, mesmo, uma fundamentação segura. Todavia, para HELLER, esse erro assemelha-se ao de defender que o teto de uma casa cujas fundações fossem inseguras, simplesmente pudesse existir e sustentar-se por si mesmo, sem quaisquer fundações. Portanto, diferentemente de KELSEN e SCHMITT, HELLER aspirava manter as tensões e contradições no coração da Filosofia do Direito, formulando uma teoria democrática em que o Estado de Direito e os direitos individuais ocupavam um papel central[347]. Nessa ordem, coloca o Direito em bases normativas e sociais, em termos que pretendem, necessariamente, manter suas

[345] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 86-87.
[346] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 180.
[347] DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 167.

contradições e tensões inerentes[348]. Mais que isso, defendeu que apenas os princípios éticos e políticos, baseados em práticas sociais e políticas, poderiam fundar e fundamentar um *Estado de Direito*[349].

Nessa linha, é muito importante para a construção helleriana a constatação de que o poder tem de ser entendido em termos de normas, ao mesmo tempo em que as normas não podem ser compreendidas a par de sua relação com o poder, necessário para sua positivação. Assim sendo, quanto à relação dialética entre Direito e poder, é crucial observar que Direito cria poder do mesmo modo que poder cria Direito[350].

Tratando dos fundamentos para essa construção, DYZENHAUS afirma que:

> a base do argumento de Heller a esse respeito é o conceito de natureza humana, necessariamente, construído social e culturalmente. A natureza humana é culturalmente determinada, mas também determinante da cultura. A cultura se coloca porque a natureza humana é utópica no sentido de estabelecer objetivos e, na sequencia, tentar alcançá-los. Porém, esses objetivos necessariamente operam-se no contexto da cultura que, por sua vez, não decorre imediatamente do nosso fazer e, por isso, forma uma base relativamente objetiva e constitutiva dos nossos esforços individuais[351].

Nesse mesmo sentido, nas palavras de HELLER: "Comprendimos la cultura. Sólo porque nosotros mismos somos un pedazo de cultura"[352].

---

[348] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 113: "Ao contrário de Carl Schmitt, a unidade política, para Heller, não é um dado prévio, mas um fim ideal continuamente confrontado com a complexidade e as contradições da realidade. Por isso entende o Estado como unidade na pluralidade".

[349] DYZENHAUS, David. Hermann Heller, *op. cit.*, p. 253.

[350] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 350-351.

[351] DYZENHAUS, David. Hermann Heller, *op. cit.*, p. 254: "The basis of Heller's argument in this respect is a concept of human nature that is necessarily socially and culturally constructed. Human nature is culturally determined but also determinative of culture. Culture comes about because human nature is utopian in the sense of setting goals and then trying attain them. But these goals necessarily operate within the context of a culture that is not directly of our making and which thus forms a relatively objective and constitutive basis for our individual efforts". Sobre cultura em HELLER: NIEMEYER, Gerhart. Prólogo. *In*: HELLER, Herman. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 11: "La naturaleza dialéctica del individuo, es decir, formada por muchas acciones particulares como un todo, y que, a su vez, también reacciona sobre los factores normativos, corresponde la estructura del todo social que consiste en la actividad de los individuos".

[352] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 61; tratando da mesma questão, ainda: pp. 29-30, 107-108.

Sobre essas bases, HELLER constrói seu conceito de legitimidade da ordem jurídica e estatal desde um fundamento de imanência à ordem e, para tanto, resgata HOBBES. Na leitura que faz do inglês, identifica-o como o primeiro pensador a renunciar por completo à tese de um soberano como instituição divina. Por conseguinte, para HELLER, o autor do *Leviatã* é, também, o primeiro pensador a montar a fundamentação do poder do Estado e do soberano, de modo, essencialmente, independente de quaisquer bases ético-religiosas. Entende, assim, que o que surge como definitivamente contundente em HOBBES é o fato de sua argumentação a respeito da legitimidade do poder e do soberano ser, decisivamente, imanente, uma vez que é estabelecida a partir do fim do Estado: na função sociológica de assegurar a paz e a defesa da comunidade e dos homens que a integram. Assim, com HOBBES, HELLER conclui que a busca pelo fundamento da legitimidade é uma busca por um fundamento e por uma estrutura imanente[353].

Diante dessa posição, para HELLER tanto KELSEN, quanto SCHMITT, erravam ao reduzirem (colapsarem) a conformidade com a legalidade à segurança jurídica (curiosamente, ambos, a partir de HOBBES). Isso porque essa redução se fazia a partir de um argumento de legitimidade que se colocava sobre bases de transcendentalidade, para um da coerção, para o outro da absoluta homogeneidade social.

HELLER, de sua parte, vê, sim, a segurança jurídica como importantíssima para o Estado moderno, especialmente, dada a complexidade de sua organização. Inclusive, diante dessas condições, para manter a segurança e garantir o Direito, o

[353] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 38. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 113: "O Estado, para Heller, tem uma função social, um fim que nem sempre coincide com os fins subjetivos dos homens que o formam. O que dá sentido e justificação ao Estado é esta função social. As pretensões do Estado não se justificam pelo fato deste assegurar qualquer ordenação sócio-territorial, mas somente se o estado aspirar a uma ordenação mais justa. A justificação do Estado, portanto, não se dá pela força ou pela legalidade, mas enquanto ele representar a organização necessária para assegurar o direito em uma determinada etapa de sua evolução histórica. A justificação é essencial para o Estado. Nas palavras de Heller, 'o Estado vive de sua justificação'. Quando o povo perde a fé na legitimidade do Estado enquanto instituição, o Estado chegou ao fim". Em sentido similar trata FRANZ NEUMANN, falando da imanência na democracia da Constituição de Weimar: "Germany become a democracy on the basis of freedom and equality with identity of rulers and ruled. Every kind of transcendental justification of government was abolished; the justification was only an immanent one", NEUMANN, Franz L. The decay of German democracy, *op. cit.*, p. 31.

Estado assume sua forma organizacional de unidade de decisão e o monopólio da coerção. No Estado de Direito, no entanto, o preço pago por essa estabilidade é de o próprio poder também estar adstrito às amarras da ordem legal[354], uma construção que já é vista em JELLINEK.

A segurança jurídica, contudo, não pode, ela mesma, colocar-se como um argumento de legitimação transcendente e, por isso, não pode pretender exaurir o significado do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). A segurança jurídica só se coloca como expressão, forma e necessidade dos princípios éticos e políticos do Direito e, assim, por vezes, pode apresentar-se como conflitante com outros valores jurídicos, igualmente, caros ao Estado de Direito, notadamente, a ideia substantiva de justiça, sobre a qual o Direito alicerça sua legitimidade[355].

Assim, para HELLER, apenas no Estado de Direito, com sua divisão dos poderes, existe a conexão (formal e material) entre legalidade e legitimidade. Pois, "en la lucha contra la arbitrariedad absolutista se creyó poder asegurar la legitimidad por la legalidad, en tal manera, que el pueblo venía a dictar leyes por sí mismo y el resto de la actividad estatal debía someterse a estas leyes". Todavia, a divisão dos poderes tem caráter organizatório, por isso, se coloca como um meio técnico de garantir a segurança jurídica, que nada tem de ver com a justiça do Direito. Exatamente pelo fato de a legitimidade democrática não se colocar nos termos de uma predestinação metafísica, sua referência não se põe, exatamente,

---

[354] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 202.

[355] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 217; NIEMEYER, Gerhart. Prólogo, *op. cit.*, p. 15-16: "Por encima de toda voluntad creadora de derecho, coloca Heller principios jurídicos generales de contenido ético o lógico-constructivo, que engendran y limitan todas las posibilidades de contenido de derecho positivo. Sólo dentro del círculo de estas representaciones de lo que es 'recto' (pero no todavía 'derecho') puede el poder creador de derecho adoptar su decisión, para dar carácter positivo a los preceptos jurídicos concretos. Tato la conciencia de la voluntad que manda, como la que obedece, están determinadas por los contenidos de estas representaciones. Lo cual significa que sólo puede ser considerado regularmente como precepto jurídico y, como tal, obedecido, lo que se deriva de principios jurídicos. (...)Claro que es que no hay que confundir esta vinculación normativa de la voluntad de decisión con una reedición de las concepciones jusnaturalistas. Precisamente lo que constituye la esencia del derecho natural falta en la noción helleriana de los principios jurídicos, a saber, la validez de normas jurídicas *a principio*, con independencia de la conducta humana del tiempo y del espacio".

em relação ao Direito justo: "por este motivo, la legalidad del Estado de derecho no puede substituir la legitimidad"[356].

Portanto, se para HELLER o Estado é uma unidade organizada de decisão e ação em pluralidade[357], a democracia é a forma típica de legitimação moderna do Estado, em que a fundamentação/justificação da ordem jurídico-política se coloca, não em termos de transcendência, mas de imanência. "A democracia é o governo do povo, mas também é uma forma de dominação, uma unidade de ação e de decisão que unifica as vontades pelo critério da maioria"[358]; ela, no entanto, se justifica em razão desse povo, pois, para HELLER, *o Estado vive de sua justificação*[359].

Desse modo, em sentido negativo, governo democrático é aquele que não se funda em privilégios hierárquicos ou tradicionais do sujeito de governo, e em sentido positivo, democrático é aquele governo que se legitima de baixo para cima, desde seus governados, pelo povo. Assim sendo, destaca que a justificação imanente é racional frente à sanção, que é transcendente, uma vez que:

> el conocimiento causal de la sociedad, en el *ordre naturel*, rige siempre aquel precepto de Spinoza: *obedientia facit imperantem*. La consciencia social y legítima de la sumisión del gobierno a los gobernados, hace que aparezca como racional y natural aquella forma de gobierno, en la cual el pueblo soberano sea el mandatario de los órganos del gobierno[360].

Nessa linha, HELLER contrapõe a democracia liberal à democracia social. Para ele, enquanto a primeira pretende legitimar a governança política "pela melhor parte do povo" – esta entendida desde valores burgueses, portanto, selecionada "pela inteligência e pela propriedade" – a democracia social reconhece como fundamento de justificativa do governo o próprio povo em sua totalidade socialmente solidária.

---

[356] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 282-285.

[357] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 291-302.

[358] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 123.

[359] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 277.

[360] HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporáneas*. Granda: Comares, 2004, p. 45.

Aponta, ainda, que a democracia liberal, no curso do século XIX, aboliu os privilégios jurídicos de estamentos e proclamou a igualdade jurídica formal e que, sobre essas bases, o Estado passou a não interferir na liberdade de aquisição da propriedade, apenas preocupando-se em assegura-la *a posteriori*, através da garantia da liberdade contratual e do direito de sucessão. Esse formato deu azo a outro tipo de dominação, a dominação de classe econômica, que, para HELLER, coloca-se como ainda mais opressora que o modelo anterior, uma vez que nem mesmo é fixada juridicamente ou se expõe como idealmente legitimada. De outra parte, na democracia social o governo pretende justificar-se desde o homem em sua totalidade psicofísica, na medida em que condicionado por suas possibilidades sociais, econômicas e individuais. Assim, enquanto a democracia liberal abstrai o sujeito econômico de toda a organização, a democracia social dá maior importância à organização equitativa das relações social-econômicas[361].

Nesses termos, para HELLER, a Democracia, enquanto alicerce de uma ordem estatal legítima, deve ser uma Democracia social, que, por conseguinte, demanda homogeneidade social. De todo modo, uma homogeneidade em termos significativamente diferentes daqueles propostos por SCHMITT, pois, sendo o Estado uma unidade de decisão e ação plural, a referida homogeneidade não pode pressupor, nem mesmo propor, o desaparecer do conflito político ou o aniquilar das tensões e das contraposições internas a essa unidade. Isso porque elas são inerentes à ordem política e, particularmente, à ordem democrática. Assim, HELLER sugere que a função própria de uma democracia social é levar quantos mais conflitos forem possíveis para a superfície da vida pública. Existe em HELLER, portanto, a identidade do *Eu* com o *Nós*, de forma integrada, todavia, plural e não totalizadora[362], no que defende que os direitos individuais "descobertos" pelo liberalismo devem integrar a democracia social. Para tanto, no processo de democratização da razão, é necessário transformar o *Estado liberal de Direito* (formal) em um *Estado social de Direito* (substantivo), comprometido em promover certo grau de homogeneidade social.

---

[361] HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporáneas*, *cit.*, pp. 117-118.

[362] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 114-136.

Tal processo de democratização da razão, para o autor, passa pela consolidação do sufrágio universal, mas também, por uma especial atenção para com o fato de a desigualdade social se colocar como impedimento à consideração do cidadão na condição de autor de sua ordem política e social[363]. A consciência da liberdade sob o Direito é, por um lado, a consciência da desigualdade social e, por outro, a consciência do poder político[364]. Portanto, frente à desigualdade econômico-social, encoberta pela democracia formal, colocada como tentativa da burguesia manter essa desigualdade, burguesia e proletariado só poderiam ser vistas como duas classes ditatoriais combatentes. Por conseguinte, para uma efetiva democracia e um efetivo Estado de Direito é necessário construir-se uma homogeneidade social, plural.

Desse modo, como dito, HELLER não se contenta com uma ideia formal de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) e clama por um Estado Social de Direito (*sozialer Rechtsstaat*), como dimensão necessária para um efetivo Estado de Direito: um Estado Democrático de Direito (*demokratischen Rechtsstaat*)[365].

Consequentemente, a formulação do Estado de Direito não pode ser compreendida em termos relativistas, pois, como acusa HELLER, todo o exercício do poder político, independentemente de qual ideologia advogue – democrática, fascista, bolchevista ou anarquista – afirma-se como a serviço da justiça. Nessa ordem, aponta que o Estado é justificado enquanto representação da organização necessária para garantir o Direito, em determinado momento histórico. Um Direito não identificado simplesmente com o direito positivo, mas compreendido na relação em que o direito positivo deve basear-se nos princípios éticos de Direito, cuja validade social é imanente e a validade ideal deve ser suposta, termos em que os princípios éticos colocam-se enquanto suprapositivos, mas não como

---

[363] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 196.

[364] HELLER, Hermann. Political democracy and social homogeneity. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, p. 262.

[365] HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur?* Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1930. Foram consultadas e utilizadas para comparação dos termos tanto a versão original alemã, como uma tradução castelhana: HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? *op. cit.*, p. 124: "La reivindicación por el proletariado de una democracia social no significa otra cosa que la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea del Estado material de Derecho".

supraculturais[366]. Como aponta ORLANDO DE CARVALHO, HELLER "acentua a necessidade de um Estado ideal, que possa justificar o Estado real social"[367].

Nesses termos, o autor do Estado Social fala em *preceitos jurídicos positivos* (*Rechtssätze*) e em *princípios jurídicos fundamentais* (*Rechtsgrundsätze*)[368]. O direito positivo é parte da realidade histórico-espiritual e, assim, possui validade empírica em tempo e espaço de determinada comunidade. O preceito jurídico vale, não exatamente porque seja reconhecido como verdadeiro, mas porque deve ser reconhecido em vinculação à vontade soberana. De todo modo, a objetividade de tais regras é, tão somente, relativa, pois é uma figura histórico-individual e, mesmo assim, deve dialogar com a dimensão da legitimidade.

Os princípios jurídicos, por seu lado, não são normas de direito positivo e para HELLER eles podem ser de duas naturezas. Ou bem são normas constitutivas da forma pura do Direito, no sentido de terem validade como regras da lógica jurídica, ou bem são normas edificadoras do conteúdo do Direito com pretensão de validade ética. Os princípios jurídicos relacionados à lógica são de efetiva aplicação a cada ordem jurídica positiva, não demandando qualquer tipo de especial vontade para sua aplicação. Enquanto isso, os princípios jurídicos edificadores do conteúdo do Direito têm de ser sempre afirmados por todos os círculos culturais, na medida em que constituem normas éticas de Direito; assim,

---

[366] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 204; HELLER, Herman. Metas y límites de una reforma de la constitución alemana. *In*: HELLER, Hermann. *El sentido de la política y otros ensayos*. Valencia: Pre-textos, 1996, pp. 69-74, p. 71.: "*Como fundamento de legitimación autoritaria del Estado hacemos valer sólo al pueblo*, al pueblo como portador de determinados valores que posibilitan la cultura, y no como masa de opiniones e intereses arbitrarios" (O itálico presente no original).

[367] CARVALHO, Orlando. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951, p. 113.

[368] Aqui seguimos o caminho da tradução de *Rechsstaz* como *preceito jurídico* e *Rechtsgrundsatze* como *princípio jurídico*, na calha da versão castelhana que aqui tomamos de: HELLER, Herman. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 327: *precepto jurídico* e *princípio jurídico*, respectivamente. Entretanto essa dicotomia já aparece em *Die Souveränität.* Na versão em castelhano que aqui utilizamos, esses dois termos aparecem traduzidos *Rechtsstaz* como *norma jurídica (positiva)* e *Rechtssätze* como *norma jurídica fundamental* ou *norma fundamental del derecho*. Para comparação de tradução, foram consultadas as edições HELLER, Herman. *Staatslehre*. 6 ed. Tübingen: Mohl, 1983. Disponível (parcialmente) em: https://books.google.com.br/books?id=PbLL65Hj-xoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false e HELLER, Hermann. *Die Souveränität*. Saarbrücken: Verlag Classic Edition, s. d.

sua validade condicionada a seu reconhecimento nos círculos culturais da comunidade. Desse modo, enquanto os princípios jurídicos fundamentais são possibilidades jurídicas, os preceitos jurídicos possuem realidade jurídica[369].

Destarte, os princípios jurídicos fundamentais tendem a encampar formas permanentes ou temporais, bem como, normais das instituições, cujas formas individuais e concretas, por sua vez, se dão através dos preceitos jurídicos positivos. Os primeiros apresentam-se de maneira mais ampla e ideal e os últimos de modo concreto e específico, vinculados às possiblidades ideais dos próprios princípios, no entanto, caracterizados pela concretude e individualidade histórica da vontade soberana. Nesses termos, HELLER define que "positividad, existencia, validez y realidad, son términos que se refieren al mismo hecho y corresponden, exclusivamente, al derecho que deriva de una decisión"[370]. De todo modo, uma decisão calcada em um Estado coercitivo que, necessariamente, se coloca em reflexo da legitimidade em imanência[371].

Por isso, o autor não coloca a normatividade em termos de transcendência. Para HELLER, o Direito, na condição de vínculo normativo intersubjetivo de vontades, possui objetividade. Entretanto, esta é uma objetividade absolutamente diferente daquela dos fenômenos da natureza, pois é relacionada à realidade que se apresenta na história. Desse modo, não se trata de uma objetividade que depende da representação normativa formada da generalidade dos seres humanos, é, ela, objetivação do real, porque produzida por atos reais de vontade dos sujeitos de direitos individuais e pode ser, igualmente, destruída por estes mesmo sujeitos. Todavia, independentemente disso, enquanto existência, ela não depende da atitude adotada pela comunidade.

HELLER, portanto, trata da validade do Direito como a existência das normas jurídicas como uma objetivação particular do Espírito. No entanto, ao mesmo tempo reconhece que o Direito possui validade, existência social e

---

[369] HELLER, Hermann. *La Soberanía*: contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. México: UNAM, 1965, pp. 127-129.

[370] HELLER, Hermann. *La Soberanía*, *cit.*, p. 131.

[371] HELLER, Herman. Metas y límites de una reforma de la constitución alemana, *op. cit.*, p. 71.

realidade, tão somente em um tempo e lugar determinados de uma comunidade jurídica e, nesse sentido, entende imprescindível a soberania[372].

Vê-se nesses dois polos, novamente, a dialeticidade helleriana, nesse caso entre o *real*, representado pelos preceitos jurídicos, e o *ideal*, colocado nos termos de princípios jurídicos fundamentais. LOUGHLIN compara essa dualidade àquela colocada pelo institucionalismo de HAURIOU entre direito positivo e *droit politique*[373], que também pode ser vista sob a perspectiva da influência de RADBRUCH na relação que identifica entre o conceito de Direito e a ideia de Direito[374].

Nessa relação, também transparece o monismo jurídico do pensamento de HELLER, refletido na importância que dá à relação entre soberania e Direito e, de forma mais bem acaba, na já mencionada definição de Estado como unidade de ação e decisão concreta e individual.

Para o autor, apenas a vontade humana pode transformar os princípios jurídicos fundamentais em direito positivo. Identifica, pois, que a positividade do Direito deita-se, ao mesmo tempo, no caráter ideal dos princípios jurídicos fundamentais e na facticidade social da unidade de vontade decisória suprema: o Estado. Apenas sobre essas duas dimensões, concomitantemente, que se pode compreender a obrigatoriedade do direito positivo. Por um lado, pela força obrigatória dos princípios éticos fundamentais e, por outro, pela força obrigatória da autoridade da comunidade. Se os princípios jurídicos fundamentais impõem-se apenas eticamente, os preceitos jurídicos positivos impõem-se coercitivamente, sem pretensão de obrigar as consciências dos sujeitos. Assim, define que: "todo intento para juzgar unilateralmente esta cuestión, ya en su aspecto ideal ya del lado

[372] HELLER, Hermann. *La Soberanía, cit.*, p. 128.

[373] LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law.* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 234.

[374] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito.* 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 46-90.

de los hechos, hace imposible la comprensión adecuada del problema del deber jurídico"[375].

Essa dialeticidade transparece, também, na passagem do *Teoria do Estado* em que o autor realiza que: "tan sólo como algo que es a la vez ser y debe ser tiene, en general, un sentido el deber ser de tales principios del derecho; no se contentan con poseer una validez de carácter ideal, absoluto, sino que aspiran a operar también como preceptos jurídicos positivos hasta donde sea posible". E surge, novamente, quando mais a frente, na mesma obra, ainda completa:

> El precepto jurídico recibe toda su fuerza moral obligatoria exclusivamente del principio ético del derecho supraordinario. Este principio del derecho, sin embargo, se distingue del precepto jurídico por su carencia de seguridad jurídica o certeza jurídica, que consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, en la determinación del contenido de la norma y, de otra parte, en la certeza de su ejecución. Los principios del derecho proporcionan sólo las directrices generales sobre cuya base debe establecerse el *status* jurídico entre los miembros de la comunidad jurídica; nos suministran una decisión para el caso concreto. Fáltales para ello el carácter de determinación taxativa, o sea que se precisa siempre de una decisión sobre lo que, en una situación de intereses determinada espacial, temporal y personalmente, debe ser derecho según aquellos principios[376].

Nessa sequencia, HELLER, de algum modo, caminha em paralelo a SMEND, mas, ao contrário deste – que coloca o processo de integração, ainda que dialético, especialmente, desde o todo para a individualidade – HELLER vai indicar que, apenas a consciência jurídica individual poderá assegurar sempre a justiça. Nesta ordem, no Estado moderno surge um conflito necessário e insolúvel entre a juridicidade e a segurança jurídica.

O caráter necessário de tal conflito se coloca porque, em um povo vivo, não é possível se imaginar, em qualquer hipótese, um pleno acordo sobre o conteúdo e a aplicação dos princípios jurídicos vigentes. Enquanto isso, sua insolubilidade reside no fato de que tanto o Estado quanto os indivíduos vêm-se forçados a viver por meio dessa relação de tensão entre direito positivo e consciência política.

---

[375] HELLER, Hermann. *La Soberanía*, *cit.*, p. 133.

[376] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 283-284.

Tal tensão é tão viva que, em que pese HELLER entender a impossibilidade de legalização/positivação de um direito de resistência, ao mesmo tempo, registra que:

> más 'derecho' tiene la razón de derecho a sostener que una capitulación sin resistencia de la conciencia jurídica ante el poder estatal ha de conducir fatalmente al aniquilamiento del hombre como personalidad moral y, consiguientemente y a la postre, también a la destrucción de aquellas energías que posee para la formación del Estado[377].

Assim, a tarefa que HELLER impõe a si mesmo é, portanto, a de recuperar o ideal substantivo que inspira e subjaz o Estado de Direito. Um ideal que possa dar sentido ao conceito de constituição[378].

A constituição de um Estado se coloca em referência à forma e estrutura da situação política real que se renova amiúde mediante os atos de vontade. Nesse sentido, ela é sua organização, a ação concreta de dar forma à cooperação dos participantes do todo mediante "supra-, sub- y co-ordenação", por sua vez, produzidas mediante a atividade humana consciente.

Enquanto realidade atual, a Constituição apresenta-se na efetividade presente da conduta dos membros ordenados para a ação unitária (poder), enquanto realidade potencial (dever ser) coloca-se na probabilidade relativamente possível de que a cooperação entre os partícipes volte a produzir-se de modo similar no futuro (Direito). "Toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace". Apesar de o Estado e o Direito serem dinâmicos por antonomásia, suas formas de existência em cooperação organizada exigem normatividade e alguma certeza. Portanto, não obstante a dinâmica do Estado e dos processos de integração constantemente cambiantes, à constituição importa reconhecer-se um caráter relativamente estático. Nesses termos, a constituição do

---

[377] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, cit.* p. 288, no que finaliza fazendo referência a: LASKI, Harold Joseph. *A grammar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1925.

[378] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.* p. 200.

Estado não é processo, mas produto, não é atividade, se não forma (aberta) de atividade através da qual é *a vida em forma* e a *forma nascida da vida*[379].

Assim, sendo impossível separar-se completamente o dinâmico do estático, tampouco, pode-se separar a normalidade da normatividade. A eficácia de uma Constituição, portanto, se dá na probabilidade da repetição da conduta humana de acordo com ela, que se assenta na normalidade do fato conforme a Constituição, mas também em uma normalidade normada. A esse passo, HELLER identifica como dimensões (conteúdos parciais) da constituição política: a constituição *não normada*, a constituição *normada extrajuridicamente* e a constituição *normada juridicamente*[380].

Com isso, o esforço de HELLER coloca-se em não cindir constituição política e constituição jurídica, do contrário, pretendendo um conceito de *constituição total*. Logo, demanda reconhecer, também e, especialmente quanto à constituição, o caráter do Direito como criador de poder, que impede pretender-se uma constituição como "decisão" de poder sem norma, não deixando, de outra parte, de apontar ao caráter de criador de Direito que tem o poder.

Nesses termos, afasta-se de um conceito de constituição sem conteúdo, que receba sua validade de uma norma estritamente lógica, destituída de poder, isto é, com seu conteúdo vinculado ao ato de vontade da autoridade constituinte, por sua vez, também estabelecida pela norma fundamental, tautologicamente. Por conseguinte, para HELLER é inescapável reconhecer que, se por um lado, eficácia e validade (ser e dever ser) têm de permanecer logicamente cindidos, por outro,

---

[379] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 317. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*, *cit.*, p. 136-138: "Segundo Heller, uma boa Constituição sempre deixa às forças do povo que forjam o porvir a liberdade para a formação futura. Portanto, decisiva para o valor de uma Constituição é essa relação entre forma criada com liberdade criadora, uma relação de tensão eterna, mas mutável historicamente entre a forma da unidade e a liberdade da pluralidade. (...) Ao contrário de Schmitt, que entende a Constituição como fruto de uma decisão soberana, Heller destaca que o essencial de uma Constituição é reforçar a normalidade pela normatividade do texto constitucional. O reforço da normatividade, assim, significa racionalização, previsibilidade e aumento da normatividade".

[380] HORTA, José Luiz Borges. Teoria da Constituição, *op. cit.*, p. 351; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 318.

eles são intrinsecamente relacionados, na mesma realidade constitucional, sempre em relação de implicação[381].

Nesses termos, BARACHO vai classificar o poder constituinte em HELLER como *dialético-plenário*, uma vez que ele se articula a partir da conexão indissolúvel entre o mundo real e o mundo cultural. O faz de modo a não reconhecer oposição entre existencialidade, normatividade e poder constituinte, mas relação de condicionamento e articulação recíprocas, definindo que: "um Poder Constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência"[382].

Destarte, HELLER coloca que o sujeito do poder constituinte, quer seja ele reconhecido no príncipe, quer seja no povo, adquire tal condição desde uma norma. É nesses termos que encerra as últimas páginas ainda completas de sua incompleta *Teoria do Estado.* Tratando da legitimidade da constituição, isto é, afirmando que "uma constituição para ser Constituição" não pode deitar sua justificação sobre qualquer preceito jurídico positivo ou de relação fática e instável de dominação; precisa colocar-se segundo princípios éticos do Direito:

> Contradiciendo sus propios supuestos, dice C. Schmitt que toda Constitución existente hay que atribuirle la legitimidad, pero que una Constitución, sin embargo, sólo es legítima, 'es decir, reconocida no sólo como situación de hecho sino también como ordenación jurídica, cuando se reconoce el poder y (!) la autoridad del poder constituyente en cuya decisión ella se apoya'. La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia[383].

Assim, para HELLER, a constituição estatal coloca-se na complementariedade entre normalidade e normatividade, entre a constituição

---

[381] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, cit.*, p. 351.

[382] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 23, n. 91, pp. 5-62, jul./set. 1986, p. 24.

[383] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, cit.*, pp. 352-353.

política e a constituição jurídica, entre o mundo real do ser e o mundo ideal da cultura.

Desse modo, HELLER antecipa questões fundamentais ao Estado Democrático de Direito e às discussões que se desenvolvem acerca do Constitucionalismo Democrático e da Teoria da Constituição da segunda metade do século XX. No mais, ele foi capaz de, por um lado, captar a característica dinâmica e a politicidade do Estado de Direito e da constituição, aliando-as à reflexão sobre o elemento substantivo-cultural do Direito. Não bastasse isso, já compreende, nessa dinamicidade, a importância do elemento vital para a realização desse projeto jurídico-político.

Mesmo as formas contemporâneas de compreensão do fenômeno constitucional ainda podem ser entendidas nos termos das articulações entre a polaridade poder e Direito que, se relacionando, desenvolvem-se nas dimensões e no diálogo entre validade, eficácia e legitimidade de uma Constituição.

Enfim, muitos foram os caminhos abertos pela *luta pelo método*, quase todos encerrados ou, melhor dito, suspensos pela força e pelo terror. O que se viu, foi um crescente empenho das forças conservadoras e capitalistas em abandonar a própria estrutura jurídica, originalmente liberal, formal e burguesa. No início do século XX, a abertura política e a juridificação começavam a colocar-se como empecilhos aos próprios interesses do capitalismo monopolista e à conservação do *status quo*. HELLER chega a mencionar um ódio antibugués contra a lei, próprio do burguês. Afirma que a burguesia renega sua própria essência espiritual e se entrega aos braços de um novo "feudalismo irracionalista", que "incapaz de dominar espiritual y politico-moralmente la situación sociológica, la violência constituye su supremo artículo de fe"[384]. Foge-se do Direito[385].

Aqueles tempos de Weimar eram tempos em que se via o novo surgir, talvez de modo mais lento e menos tenaz que o necessário, ainda na presença do velho que tardava em esvair-se. Na frase que não raro se atribui a GRAMSCI: "o

[384] HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? *op. cit.*, pp. 124-135.
[385] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito*, *cit.*, pp. 32-43.

velho mundo agoniza; o novo mundo tarda a nascer, e, nesse claro-escuro, irrompem os monstros". Em 1933 a República de Weimar sucumbiu, a democracia foi desmantelada e a força se impôs.

Parte II

Presente

É mister bater, bater cem vêzes, e cem vêzes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco*, a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a fôrça que não vence a fôrça, não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força".

TOBIAS BARRETO

CAPÍTULO 4

NORMALIDADE E NORMATIVIDADE:

RELAÇÃO DESDE UMA TEORIA DO DIREITO

Com o segundo pós-guerra e a reconfiguração do Estado de Direito no Estado Democrático de Direito, as questões que antes se colocavam tenderam a desdobrarem-se em outras dimensões e novos arranjos institucionais. Desde então, consolida-se a ideia de força normativa da Constituição e opera-se um processo de constitucionalização do Direito. Esse fluxo relaciona-se a uma nova configuração do papel institucional do poder judiciário que cresce, notadamente, com a ampliação e consolidação da jurisdição constitucional, inclusive, nos sistemas constitucionais de matriz romano-germânica, particularmente na Alemanha e, de forma significativa, no Brasil.

Essa nova face desenrola-se em problemas relacionados à politização da justiça e à judicialização da política e, articulada com o surgir de novos direitos e de novas roupagens de antigos direitos (em dimensões individual, social e difusa), em situações extremadas, aparece como judicialização da própria vida[386]. Além disso, novas questões, especialmente ligadas à hermenêutica constitucional e, de

[386] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *(Syn)Thesis* Rio de Janeiro, v. 5, n. p. 23-32, 2012; HORTA, José Luiz Borges. La Era de la Justicia Derecho, Estado y límites a la emancipación humana, a partir del contexto brasileño. *Astrolabio*, Barcelona, n. 11, pp. 75-85, 2010, p. 82.

um modo geral, à hermenêutica jurídica, apresentam-se como marcantes nas discussões da interpretação/aplicação do Direito. O tema da justiça de transição também ganha especial força já desde a década de 1990, adentrando o século XXI, particularmente, a partir do fim dos regimes ditatoriais na América Latina e do apartheid na África do Sul. São também desse período as discussões relacionadas a um Direito Constitucional Europeu, ao constitucionalismo *multilevel*, ao interconstitucionalismo e ao transconstitucionalismo, que fazem, novamente, importantes os debates a respeito do significado da soberania nacional, da democracia e da representatividade. Além disso, o multiculturalismo, os motes levantados pelo constitucionalismo latino-americano e o surgir de novas dinâmicas e estruturas, expõem o Estado de Direito, o Direito Constitucional e a Teoria da Constituição a novos desafios.

De todo modo, nenhum desses pontos faz das questões fundamentais da Teoria da Constituição, levantadas ainda em Weimar, dispensáveis ou ultrapassadas. Pelo contrário, a discussão de fundo sobre "o que é o Direito", "o que é a constituição", "qual o sentido e quais as possibilidades da constituição" colocam-se, mais do que nunca, em voga diante das transformações e dinâmicas culturais.

Com isso, não se quer dizer que a Teoria da Constituição não tenha caminhado para além das formulações da *luta pelo método* weimariana, longe disso. Tampouco que o trágico dilúvio que derrubou a República de Weimar, não tenha deixado marcas e influências profundas nos desdobramentos teóricos e práticos, jurídicos e políticos, do constitucionalismo. Afinal, não haveria como ser diferente.

Entretanto, parece correto afirmar que as escolas e formulações contemporâneas encontram suas raízes mediatas e imediatas nas discussões e nos discursos que estiveram na origem da própria Teoria da Constituição, uma vez que as respostas à questão "o que é Constituição", de algum modo, ainda se relacionam às questões da *legitimidade, validade* e *eficácia*, e aos temas delas decorrentes, como a *soberania*, a *positividade* e a *força normativa*.

Nesse sentido, não será demais afirmar que é próprio do *locus* constitucional ser, por excelência, o ponto privilegiado de contato e de interação entre Política e Direito, entre conteúdo e forma, liberdade e poder, o que faz com que, neste âmbito, a questão sobre o método seja mais aflorada e recorrente.

Essa característica faz com que na contemporaneidade os domínios de reflexão da Teoria e da Filosofia do Direito, *tout court*, comuniquem-se e se desenvolvam em íntima conexão com a Teoria e a Filosofia da Constituição. Nesse sentido, GARCÍA FIGUEROA, debruçando-se sobre *a Teoria do Direito em tempos de constitucionalismo*, assinala como característica marcante do presente a preocupação por procurar por "algún vínculo del *ser* del Derecho com su *deber ser*"[387]. Nesse desenvolvimento, aponta haver grande heterogeneidade de correntes acerca do conceito de Direito, destacando, entretanto, que o traço que lhes dá alguma unidade é o de que todas elas buscam articular esses dois polos – o *ser* e o *dever ser* – da experiência jurídica[388].

De fato, sob essa perspectiva é possível acomodar diversos autores contemporâneos, dos mais variados, quer do cenário jurídico romano-germânico – como são os casos de ALEXY, BONAVIDES, FERRAJOLI, HÄBERLE, LUCAS VERDÚ, PECES-BARBAS e ZAGREBELSKY –, quer do cenário anglo-americano – a exemplo de RONALD DWORKIN, LON L. FULLER, MICHEL ROSENFELD, WALUCHOW, dentre outros. É interessante destacar o fato de que, em tempos de

[387] GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tempos de constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madri: Trotta, 2009, pp. 159-186, p. 159: "Decía Jeremy Bentham que «el ser del Derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser es, en todos los países, muy semejante». Que el «ser del Derecho» pueda ser tan diferente, que su contenido pueda ser cualquiera, explica que la teoría del Derecho de la tradición positivista haya tratado de construir un concepto de Derecho basado fundamentalmente en sus propiedades formales. Que el «deber ser del Derecho» sea tan semejante presupone un Derecho ideal frente al que cualquier sistema jurídico real puede ser evaluado moralmente. Así pues, dado que la construcción del concepto de Derecho aspira a reflejar propiedades *verificables* en *todos* los sistemas jurídicos por muy distintos que sean sus contenidos, sólo las propiedades formales serían relevantes para una construcción positivista del Derecho. Uno de los medios para conseguir que las propiedades sustantivas comunes sean también relevantes consiste en hallar un vínculo conceptual necesario del derecho *real* con su dimensión (pues el deber ser del Derecho es en todos los países muy semejante). Deberá hallarse algún vínculo del *ser* del Derecho con su *deber ser*. Como es sabido, éste es el objetivo que ha perseguido el iusnaturalismo a lo largo de la historia".

[388] Com essa dicotomia o autor quer articular o Direito que pode ser observado, descrito (*ser* do Direito) e a *ideia de Direito* (*dever ser*).

Constitucionalismo Democrático e de força normativa da Constituição, a estes grupos autores é comum a clara preponderância de juristas que podem ser identificados, das duas uma, ou como filósofos do Direito com vocação de constitucionalistas, ou, ainda, como constitucionalistas com vocação de filósofos do Direito[389].

Diante dessa articulação, é preciso ter-se em conta que essa abordagem dialética reporta a uma questão jusfilosófica – e de Filosofia do Estad, e de Filosofia Política, e de Filosofia Moral – ainda anterior à demanda por um conceito de Direito. Ela se situa no buscar pelos fundamentos da liberdade e da subjetividade que subjazem o homem moderno, quer em explicações positivistas, quer em compreensões não positivistas, de maneira geral. De um lado, perspectivas individualistas e atomistas de sujeito, que tendem a se vincular com uma visão de liberdade desparametrizada, universalista em sua transcendência. De outro, a perspectiva contextualizada por uma cultura, em que o bom, o justo e a liberdade do sujeito só podem ser compreendidos, eles mesmos, como necessariamente relacionados a uma identidade e vinculados aos padrões compartilhados pelos indivíduos de uma comunidade em que a própria subjetividade se constrói de modo dialético.

Assim sendo, para este capítulo, primeiro trataremos de distinguir respostas positivistas e não positivistas ao conceito de Direito, para, em seguida, abordar a questão de fundo que se coloca relacionada. Procurar-se-á, portanto, uma aproximação da questão da legitimidade, do fundamento de justificação e legitimidade (prescritiva) do próprio *conceito de Direito*, especialmente, de Direito Constitucional.

4.1. ALGO DE TEORIA DO DIREITO

[389] GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo, *op. cit.*, p. 161.

Com o objetivo de estabelecer um conceito de Direito, ROBERT ALEXY identifica três elementos importantes para essa definição: a *legalidade* conforme o ordenamento, a *eficácia* social e a *correção* material[390]. A referência a três dimensões do fenômeno jurídico não é exclusividade, tampouco inovação de ALEXY. MIGUEL REALE, por exemplo, é reconhecido por seus trabalhos a respeito da *Teoria Tridimensional do Direito*, entendendo o fenômeno jurídico desde uma visão dialética que articula três polos – norma, fato e valor – dos quais se desdobram três dimensões da experiência jurídica: vigência, eficácia e fundamento[391]. Também BOBBIO fala de três critérios de valoração da norma jurídica – justiça, validade e eficácia – ainda que trate das relações de interação entre elas de forma significativamente diversa da que faz REALE, enaltecendo a independência desses critérios[392].

De todo modo, o que faz ALEXY em seu *Conceito e Validade do Direito*[393] é classificar as possíveis respostas à pergunta sobre o conceito de Direito desde a preponderância que elas particularmente dão a um desses três elementos.

ALEXY formula sua construção partindo da classificação das teorias do Direito em dois grandes grupos: positivistas e não positivistas. Ainda que esses grupos abarquem, cada qual, correntes bastante heterogêneas entre si, elas, de

---

[390] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, *cit.*

[391] REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*, *cit.*, REALE mesmo não se coloca como criador dessa divisão tripartite, destinando o segundo capítulo do "*Teoria tridimensional do Direito*" para tratar da tridimensionalidade na Alemanha, na Itália, na França, na área do *Common Law*, na Cultura Ibérica e "em outras áreas culturais". Ainda em REALE, em outras obras, vê-se também essa tríade em outros termos: validade (vigência), eficácia (efetividade) e fundamento (motivação axiológica), REALE, Miguel. *Fontes de Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33. E, utilizando em momentos diferentes todas essas definições: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[392] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, *cit.*, pp. 45 e ss. Apesar de, como apontamos, ser corrente a organização do raciocínio sobre o Direito em uma estrutura tríplice, ela não chega a ser unânime ou necessária. Como se verá, os positivistas tendem a não identificar importância à dimensão do fundamento (correção material, justiça) para a definição do conceito de Direito, por vezes, nem mesmo enumerando qualquer organização em dimensões.

[393] O título em português decorre de tradução literal do original em Alemão: "*Begriff um Geltung des Rechts*". Curiosamente, o título da tradução em língua inglesa é um tanto diferente: "*The Argument from Injustice*: a Reply to Legal Positivism". Segundo explicação feita no prefácio dos tradutores BONNIE LITSCHEWSKI PAULSON e STANLEY L. PAULSON, essa opção para além da tradução literal se dá não apenas para demarcar a diferença com a obra de H. L. A. HART, mas também porque entendem que o título escolhido para a versão em inglês define melhor o foco da obra.

modo geral, dividem-se entre: aquelas que reconhecem como necessárias à definição do conceito de Direito apenas duas das dimensões tratadas – a da *legalidade* conforme e a da *eficácia* social – o que caracteriza as perspectivas positivistas[394]; e as linhas que identificam como necessária ao conceito de Direito – classificatória ou qualitativamente – a articulação entre as três dimensões: a *legalidade* conforme, a *eficácia* social e, também, a *correção* material[395]. Curiosamente, o entendimento que parece subjazer a essa diferenciação é aquele que compartilha MATA MACHADO quando acaba por definir positivistas como aqueles que especializaram suas abordagens na aplicação de normas, tendo em conta sua vigência e eficácia em uma determinada fração qualquer de tempo e espaço[396].

Diante dessa divisão, as diferenças entre os vários positivismos possíveis são encontradas nas distintas formas de articulação entre as dimensões que lhe são caras – validade e eficácia – e/ou na primazia que é a dada a uma delas sobre a outra.

---

[394] REALE, Miguel. *Fontes de Modelos do Direito*, *cit.*, p. 4: "Parece-me necessário realçar a correlação que faço *supra* entre fonte de direito e *validade* jurídica, de um lado, e modelo jurídico e *eficácia* jurídica, de outro, devendo-se ter presente que toda relação jurídica envolve sempre uma correlação entre *validade* e *eficácia*, sem a qual não se pode falar em *positividade do direito.* É claro que validade e eficácia nunca existem em estado puro, isto é, sem um mínimo, respectivamente de eficácia ou de validade, porquanto, quando dizemos que uma norma jurídica é válida, tal afirmação implica admitir que ela importa necessariamente *efeitos* no plano factual, pois, de outro modo, seria um enunciado inútil e vazio. Da mesma forma, quando declaramos que uma norma jurídica tem eficácia, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validez da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente".

[395] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, *cit.*, p. 15.

[396] MATA MACHADO, Edgar da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1995, p. 143: "'Positivistas' foram e têm sido todos os que, onde haja sociedade humana e organização política, se especializaram no estudo e aplicação de normas, cuja vigência e eficácia limitada a uma fração qualquer de tempo e de espaço. E, no tocante às tentativas de, à custa ou não do direito natural, construir-se uma ciência do Direito Positivo, cabe o nome de 'positivistas' aos sofistas da geração imediatamente anterior a Sócrates, aos epicuristas, aos glosadores, a Hobbes e Thomasius, assim como Savigny, Von Jhering e Austin e ainda aos 'exegetas' franceses, autores que precederam o positivismo às vezes de séculos ou, quanto aos últimos citados, contemporâneos do *positivismo filosófico*".

ALEXY primeiramente identifica os positivismos cujo conceito de Direito são primordialmente orientados pela observância à eficácia[397]. Dentre estes, pode-se, ainda, apontar a existência de duas posições de abordagem: as concepções que observam o aspecto externo da eficácia e as que dão destaque a seu aspecto interno. Além dos positivismos que dão maior peso à dimensão da eficácia, é possível também notar aqueles que conceituam o Direito, primordialmente, orientando-se para a normatização formal, logo, priorizando o elemento da *legalidade* conforme (validade) para a definição do Direito.

Diante dessa classificação, dentre os autores que concentram seu foco no aspecto externo da eficácia estão aqueles que entendem, como MAX WEBER, por uma definição sociológica do Direito e concentram sua análise desde o ponto de vista da regularidade da observância da norma e da existência de sanção quando da sua não observância. Ou seja, para esse grupo de visões, o que importa para a definição do Direito é o comportamento que pode ser observável na sociedade, independentemente de quaisquer interpretações dos indivíduos sobre a validade ou legitimidade daquela ordem. Portanto, é marcante dessas linhas o destaque que dão à força que uma ordem tem de impor-se como jurídica. Em outras palavras: o Direito é aquele que factual e efetivamente impõe-se como tal. Assim, para

[397] Essa dimensão que aqui se trata por *eficácia* diz respeito ao sentido mais correntemente relacionado a *eficácia social*, ou, *efetividade material*, na nomenclatura de EROS GRAU. Mais a frente tratar-se-á da dimensão da eficácia, abordando a questão da *eficácia jurídica* e *eficácia social*, mas, também, atentando ao desenvolvimento de EROS GRAU que, na esteira de JEAMMAUD e OSCAR CORREAS, diferenciará não apenas duas, mas três dimensões, diferentes, mas correlatas a esse tema. Tratará *efetividade jurídica/efetividade formal* (que se relaciona ao que classicamente, no Brasil, é tido como *eficácia jurídica*), *efetividade material* (sinônimo desse sentido de *eficácia social*) e *eficácia* (realização dos fins da norma). HABERMAS, por sua vez, tratará essa dimensão sob a chave da validade social: "A validade social diz respeito à capacidade de imposição das normas entre os destinatários, isto é, a sua aceitação fáctica e que na teoria do Direito se chama de eficácia. Já a validade, no sentido utilizado na teoria do Direito sob o nome de legitimidade", SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 71; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade de validade I. 2 ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2012, pp. 48-55. Ele, por sua vez, segue a esteira de outro autor da Escola de Frankfurt, FRANZ NEUMANN, que lhe antecede e que, em sentido similar, já tratara da *validade sociológica da norma jurídica*: NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*, p. 48.

WEBER, por exemplo, não será um problema a sobreposição e identificação do conceito de legitimidade no de legalidade[398].

De forma diferente entendem os positivismos que, também dando primazia à eficácia, priorizam seu aspecto interno. Este grupo de posições, fixa suas definições de Direito, especialmente, no cumprimento, observância e/ou aplicação do Direito, a partir de uma motivação específica, independentemente da natureza de seu fundamento e, em alguns casos, inclusive, desprezando a validade dessa motivação. Neste grupo, aponta ALEXY, encaixa-se a posição de NIKLAS LUHMANN, que entende o Direito como aquilo que é reconhecido, aplicado e observado como tal em uma comunidade. Enquadrar-se-iam também dentre essas visões aquelas menos ligadas à validade, como as defendidas pelos diversos pluralismos jurídicos[399]. Também estariam entre essas, aquelas vinculadas mais

---

[398] WEBER, Max. *Economia e Sociedade.* 4 ed. Brasília: Editora UnB, 2014, vol. 1, p. 22: "A forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na *legalidade*: a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e *formalmente* correto. Nestas condições, a oposição entre ordens pactuadas e ordens impostas é apenas relativa, pois, quando a vigência de uma ordem pactuada não reside num acordo *unânime* – o que, nos tempos passados, freqüentemente foi considerado indispensável para alcançar a verdadeira legitimidade – mas na submissão efetiva, dentro de determinado círculo de pessoas, dos discordantes à vontade da maioria – caso muito freqüente –, temos, na realidade, a imposição desta vontade à minoria. O caso contrário, em que minorias violentas ou, pelo menos, mais enérgicas e inescrupulosas impõem ordens, que afinal são consideradas legítimas também pelos que no começo a elas se opuseram, é extremamente freqüente. Quando o meio legal para a criação ou a modificação de ordens é a 'votação', observamos freqüentemente que a vontade minoritária alcança a maioria formal e que a maioria a ela se submete, quer dizer: que o caráter majoritário é apenas aparência. A crença na legalidade de ordens pactuadas remonta a tempos muito remotos e também se encontra, às vezes, entre os chamados povos primitivos: neste caso, porém, quase sempre completada pela autoridade dos oráculos".

[399] SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o Poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988; WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Direito como Liberdade*: o Direito achado na rua experiências emancipatórias de criação do Direito. UnB, 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Quanto a esses casos vale uma ressalva importante. A abordagem dessas leituras, via de regra, encaram que a eficácia social acaba por se operar mais em termos de aceitação e, mesmo, sentimento de correção, desde uma motivação e/ou justificação própria a um determinado grupo social em particular. Portanto, o que se verifica, não é exatamente uma inobservância de qualquer preocupação com a questão do "sentimento de legitimidade", quando, muito, pelo contrário, o que tende a ser marca dessas linhas é uma exacerbação da importância de um sentimento imediato de legitimidade de uma ordem normativa em termos fragmentários e não de universalidade (para a comunidade), de objetividade. Assim, é visto um esvaziamento da estatalidade e oficialidade do Direito e da identificação de um padrão de juridicidade, logo, da dimensão da validade.

estritamente à jurisprudência e ao direito dos tribunais, como o faz OLIVER HOLMES (especialmente no ambiente anglófono), e ainda, de algum modo, a perspectiva decisionista de SCHMITT, desde uma específica leitura hobbesiana[400].

Portanto, tais visões (positivistas) pautadas na eficácia não reforçam sua observância (positiva) desde a estrutura interna ao ordenamento, das normas em si, mas, desde uma resposta (análise) – posta, positiva, positivista – externa a ele. De forma simplificada, essas correntes poderiam responder à pergunta sobre qual é o Direito identificando-o como: aquele que é aceito e conduzido como tal por uma comunidade.

De outra parte, há os positivismos que dão ênfase à normatização – sendo possível identifica-los como o positivismo jurídico *stricto sensu*[401] – dentre os quais

---

[400] Como tratado no segundo capítulo, não é, efetivamente, comum a definição peremptória de SCHMITT enquanto positivista, especialmente, por ser ele a voz que mais aberta e ferozmente se pôs contra o *positivismo normativista* kelseniano. Essa dificuldade é combinada às várias mudanças que ocorrem no pensamento de SCHMITT, já mencionadas, sendo interessante apontar, especialmente, para as considerações que este faz a esse respeito partir de seu texto: *Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico*, de 1934. De todo modo, identificando um positivismo schmittiano: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.12; LUCAS VERDÚ, Pablo. Carl Schmitt Interprete Singular Y Maximo Debelador De La Política-Constitucional Demoliberal. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 64, pp. 25-92, abr./jun. 1989, p. 76; VEGA GARCÍA, Pedro de. Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX, *op. cit.*, pp. 3-44; GARGANO, Antonio. *Il pensiero politico nella Repubblica di Weimar*. Nápoles: Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2011, pp. 70 e ss.; DYZENHAUS, David. Hermann Heller, *op. cit.*, p. 253; LINDHAL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity, *op. cit.*, p. 22; BERKMANA, Tomas. Schmitt v. (?) Kelsen: The Total State of Exception Posited for the Total Regulation of Life. *Baltic Journal of Law & Politics*, v. 3, n. 2, pp. 98-118, 2010. Inclusive, aproximando HOLMES e SCHMITT, relacionando-os, especialmente, por suas versões do "positivismo hobbesiano": DYZENHAUS, David. Holmes and Carl Schmitt: An Unlikely Pair. *Brooklyn Law Review*, v. 63, pp. 165-188, 1997. Relacionando a posição de LUHMANN à de SCHMITT acerca da legitimidade: HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980, pp. 125-129. BONAVIDES, por sua vez, também aponta para o relegar da legitimidade em SCHMITT, relacionando-o a KELSEN e LUHMANN: "Depois de Weber, com o formalismo de Kelsen, o decisionismo de Schmitt e o funcionalismo de Luhmann, a legitimidade já não se define como uma crença na legalidade, senão como uma legalidade sem crença". BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *In*: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta:* temas políticos e constitucionais da atualidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 33-51, p. 51.

[401] DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 77 e 85-165, ao que não deixa de destacar que: "a diferenciação terminológica entre positivismo jurídico *lato sensu* e o positivismo jurídico *stricto sensu* não se encontra na bibliografia nacional ou internacional. Mesmo assim, consideramos que sua adoção é oportuna porque permite evitar confusão bastante comum nas referências ao positivismo jurídico".

estão os clássicos *Gesetzespositivismus* oitocentistas, o normativismo jurídico de KELSEN[402] e a jurisprudência analítica de AUSTIN e J. H. HART. Marcam essas correntes, uma perspectiva e um método de abordagem analítico do Direito, ligado à análise lógica e conceitual da prática jurídica.

Nessa linha, é interessante a colocação de ANDITYAS COSTA MATOS – apoiando-se em ELZA MIRANDA AFONSO – que destaca o *positivismo jurídico* como uma expressão complexa, ligada a, pelo menos, dois sentidos diferentes, embora conexos. Um primeiro relacionado ao *método* de estudo do Direito que se desenvolve a partir de uma abordagem analítica do texto e um segundo que diz respeito à "*teoria* ou doutrina sistematizada do direito". Enquanto o primeiro sentido coloca-se desde a oposição entre direito positivo e direito natural, que remonta a uma tradição antiquíssima, anterior, mesmo, ao positivismo filosófico[403], o segundo estaria especialmente associado à elaboração de um conceito de Direito destacado de seus fundamentos e razões últimas, portanto, com pretensões de cientificidade em bases positivistas[404]. Neste segundo sentido, SCHMITT, ao criticar o positivismo jurídico (*stricto sensu*), já descrevia que "o positivismo é considerado um método 'puramente jurídico', cuja pureza consiste em eliminar todas as ponderações metafísicas, bem como as 'metajurídicas'"[405].

Desse modo, ao invés da posição de um observador externo, comum à sociologia jurídica e, de um modo geral, aos positivismos que priorizam o elemento da eficácia, os positivistas que dão maior peso à normatização partem da

---

[402] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[403] MATA MACHADO, Edgar da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, *cit.*, p. 141-146.

[404] MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça*, *cit.*, pp. 21 e 22. São interessantes as colocações do autor que, na continuidade do capítulo, acaba por definir o positivismo jurídico, acompanhando BOBBIO, como, ao mesmo tempo, *metodologia, teoria* e *ideologia*.

[405] SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico, *op. cit.*, p. 150, e segue: "'Metajurídicos' são, no entanto, todos os outros pontos de vista atinentes à visão do mundo [*weltanschaulich*], moral economia, política ou qualquer outras esferas, precisamente os pontos de vista não puramente jurídicos".

perspectiva do participante da estrutura de aplicação do Direito, especialmente, do juiz[406].

De outra parte, ALEXY identifica em oposição às respostas positivistas que minoram a importância da dimensão da correção material (fundamento), as posições que trata, genericamente, como *não positivistas* e que articulam, ainda que de maneiras bastante diferentes, essas três dimensões. Nesse sentido, ALEXY se afirma como um não positivista, em sua construção que articula Direito e moral[407]. Nesse sentido, o que marcaria as posições não positivistas seria a preocupação com algum vínculo entre o direito posto (válido e/ou eficaz) e a legitimidade da ordem.

Diante dessa dicotomia – *positivistas* e *não positivistas* – ALEXY avança no sentido de identificar duas teses possíveis: a da separação entre Direito e moral, relacionada aos arranjos positivistas, e a da vinculação entre Direito e moral, que corresponde à posição das perspectivas não positivistas[408]. Independente de utilizar-se ou não a chave "Direito e moral", o que parece novamente revelarem essas teses é a questão de fundo que diferencia autores que, ao trabalhar o conceito de Direito, o fazem vinculando o direito posto (e eficaz) a uma necessária preocupação com sua correção material (em alguma objetividade) e aqueles que

---

[406] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, *cit.*, p. 20. Nesse sentido é bastante interessante a construção realizada por DIMOULIS ao tentar identificar e diferenciar entre si algumas respostas ligadas a correntes do positivismo jurídico *stricto sensu*: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*, *cit.*, *passim*.

[407] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, *cit.*, p. 24. O autor utiliza o termo moral, colocando-se dentro de uma posição por vezes tida como *moralismo jurídico*, à qual compartilhamos algumas posições e fundamentos, mas não nos filiamos no todo.

[408] Essa classificação de ALEXY entre positivistas – ligados à tese da separação – e não positivistas – relacionados, por sua vez, à tese da vinculação – não passa ao largo de críticas. Nesse sentido é interessante o debate travado entre o importante positivista (hartiano) JOSEPH RAZ e o próprio ALEXY : RAZ, Joseph, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, Oxford, n. 15, 2007, pp. 17-36; e a resposta: ALEXY, Robert. An answer to Joseph Raz. *In*: PAVLAKOS, George (ed.). *Law , right and discourses*: the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007 (o texto de RAZ é também reproduzido nesta mesma obra editada por PAVLAKOS). Ou ainda, o debate entre ALEXY e BULYGIN, realizado na *1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010, publicados em: FERRER BELTRÁN, Jordi *et al* (ed.). *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013, nos textos: BULYGIN, Eugenio. Alexy Between Positivism and Non-positivism, pp. 49-59; e ALEXY, Robert. Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin, pp. 225-238.

de algum modo não relacionam o conceito de Direito à sua *legitimidade material*, seu *fundamento*.

Em meio a essa discussão, no Brasil é recorrente a utilização da chave *pós-positivismo*. De fato, como acusa DIMOULIS, o termo é bastante mais utilizado no ambiente brasileiro que no resto do mundo, todavia, ele é também encontrado, ainda que em menor ocorrência, nos países língua de hispânica[409], mas não apenas nestes[410]. O pós-positivismo representaria, na esteira do *neoconstitucionalismo*, a corrente teórico-jurídica e jurídico-filosófica que definiria a perspectiva dominante sobre o conceito de Direito desde a segunda metade do século XX, marcada pela reconciliação entre: forma e matéria, entre direito posto e vinculações substantivas, entre Direito e moral, mesmo, entre Direito e Política e entre Direito e Justiça.

Particularmente, parecem serem *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo* definições pouco compreensivas para designar, por simples oposição, movimentos bastante heterogêneos do tempo presente. É verdade que a dificuldade de configuração e compreensão da autoimagem é típica da contemporânea sociedade de *alta-velocidade*. Amiúde ouvimos falar em modernidade líquida, hipermodernidade, cibermodernidade, pós-modernidade, sem, nem mesmo, serem muito claras suas características definidoras. Portanto, não rara é a tentativa de se distinguir e nomear os momentos atuais por simples oposição àquilo que, supostamente, "já foi" ou, mesmo, àquilo que "já se foi". Por conseguinte, não será demais afirmar que essa é uma fuga própria do tempo presente.

No caso do *pós-positivismo*, esse quadro coloca-se com um pouco mais de gravidade, pois, em que pese trabalhos sérios sobre o tema, que efetivamente acabam por utilizar essa terminologia[411], por vezes, essa definição é feita sem maiores reflexões, paradoxalmente, com a aparente (e positivista) certeza da descrição de meros fatos contemporâneos. Nesse debate, não raro trata-se como

[409] CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. *Doxa*, Alicante, n. 21, pp. 209-220, 1998.

[410] Como é o caso da autoidentifcação de MACCORMICK com o termo, o que, nem mesmo, esteve fora de discussão como se vê em: PETROSKI, Karen. Is post-positivism possible? *German Law Journal*, v. l2, n. 02, 663-692, 2011; e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Comment on Petroski - On MacCormick's Post-Positivism. *German Law Journal*, v. 12, n 02, pp. 693-728, 2011.

[411] Por exemplo, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Uma defesa do pós-positivismo. *Virtù*, Salvador, n. 2, pp. 1-40, 2008.

se algum *pós-positivismo* pudesse ser realmente definido e definitivo, simplesmente, por vir após (algum) positivismo (jurídico)[412], que tampouco deixou de existir, permanecendo ainda no tempo presente em variadas e sólidas correntes, algumas bastante influentes[413]. Ou, ainda, como se algum novo constitucionalismo pudesse ser identificado por superação a algum velho, como se por oposição ao *neoconstitucionalismo* fosse possível falar em algum *geroconstitucionalismo*.

De toda sorte, essa restrição não se dá, necessariamente, quanto aos fundamentos dos autores tidos como *pós-positivistas*, mas quanto à definição por oposição e, pior, por sucessão ao positivismo. Aliás, como visto, a própria Teoria da Constituição surge em Weimar no contexto de um debate de "enfrentamento" do positivismo. Assim, a crítica que se entende possível a essas terminologias não significa o negar das contribuições das correntes agrupadas sob esse marco, tampouco das concordâncias que se pode ter com autores e linhas de raciocínio que se identificam com essas duas chaves – *pós-positivismo(s)* e *neoconstitucionalismo(s)*. Apenas acredita-se ser importante o apontar para a dificuldade de compreensão dessas correntes através dessas duas definições. Nesse momento, não se propõe nenhuma classificação para esse grande grupo, até pela sua imensa heterogeneidade, variedade e pontos de diferenças. Dentre esses "*não-positivismos-pós-positivistas*" poderíamos, por exemplo, identificar *moralistas, (neo)institucionalistas, comunitaristas, culturalistas*, dentre outros. O que parece uni-los é, nos termos de ALEXY, a importância que dão à dimensão da *correção* material para o conceito de Direito.

Nesse sentido, ao tratar da autoidentificação de NEIL MACCORMICK com o *pós-positivismo*, BUSTAMANTE acaba por delinear essa corrente por oposição ao positivismo jurídico – particularmente o trabalhado por RAZ – como sendo "uma forma não-metafísica de não-positivismo, que é claramente diferenciada, por

[412] O prefixo *pós-* tem, necessariamente, o sentido de posterioridade, temporal ou espacial.

[413] Dentre elas, basta que remetamos ao já citado JOSEPH RAZ, em nível global, e DIMITRI DIMOULIS no cenário brasileiro. Algumas interessantes e duras críticas ao termo pós-positivismo – no que concordamos em parte, mas não no todo, e, em definitivo, não em sua defesa do Positivismo – podem ser encontradas em: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*, *cit.*, p. 45 e ss.

exemplo, do jusnaturalismo", mas que mantém forte conexão com o próprio positivismo jurídico[414]. Nesta ordem, DIMOULIS chega a mencionar que "autores que consideram que o direito está vinculado à moral, a interesses de determinados grupos sociais, à evolução da sociedade, a finalidades políticas atuais etc. deverão ser classificados no positivismo jurídico, pois seguramente não são jusnaturalistas"[415].

De todo modo, a identificação de um vínculo e, mesmo, de alguma imanência, entre *ser do Direito* e *dever ser do Direito*, não se coloca, exatamente, após algum positivismo e, por exemplo, já podia ser observado, mesmo, no contexto alemão do século XIX, em respostas que se opunham ao positivismo labandiano, por sua vez, que tinha forte enraizamento e aceitação, sendo tratado como doutrina quase-oficial do Direito Público. Mesmo naquelas circunstâncias sempre houve perspectivas dissonantes, inclusive de características não metafísicas, bastando que se lembre das várias e diferentes formulações que posteriormente foram (didaticamente) agrupadas sob o rótulo do *Movimento do Direito Livre*, de fins do século XIX, início do século XX. Essa marca pode ainda ser identificada – também em formatos diferentes – nas formulações de HELLER e SMEND, apenas para ficar no exemplo dos autores dialéticos do debate weimariano.

HELLER, inclusive, dizia, explicitamente, da positividade e da estatalidade do Direito. Apontava, todavia, para a não redução de sua formulação sobre o Direito a essa perspectiva, trazendo para seu conceito a dialética entre normalidade e a normatividade[416]. Além deles, outros autores vinculados à

---

[414] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun. 2013, p. 299.

[415] DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*, *cit.*, pp. 77-78.

[416] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 41 e ss.; pp. 350-351. Tratando expressamente da relação entre Direito e moral, p. 252: "si la amoralización del derecho conduce a la glorificación religiosa de la situación real del poder, su moralización nos lleva a la anarquía. Siempre que se declare que un precepto jurídico no es obligatorio porque le falta legitimación ética, lo único que impide caer en el anarquismo es la ficción jusnaturalista de una comunidad jurídica absolutamente uniforme. (...) Lo mismo la moralización que la amoralización del derecho pasan por alto el condicionamiento recíproco de la formación de derecho por el poder y de la formación de poder por el derecho; ambas se esfuerzan por una irrealizable y falsa amoralización de la justicia y el derecho, de la legitimidad y la legalidad, de la normatividad y la positividad. La

formulação da *ideia de Direito*, como STAMMLER, RADBRUCH, HAURIOU, LARENZ ou CASTANHEIRA NEVES[417], também foram bastante importantes, tendo, inclusive, forte influência sobre as ideias não positivistas da segunda metade do século XX[418].

De todo modo, parece que o argumento de fundo que dá unidade a esses pensamentos é o reconhecer da existência de uma relação entre o *ser* do *Direito* e o *dever ser* do Direito; ou, dito de outro modo, o conteúdo do *dever ser* (normativo) e o do *ser* valorativo (axiológico); entre forma e conteúdo; entre norma e valor; entre validade e legitimidade, enquanto inerente à própria compreensão do Direito, especialmente, do Direito Constitucional.

Talvez a dificuldade de qualquer definição da autocompreensão da Teoria do Direito do tempo presente, venha, ela mesma, da tentativa – curiosamente, bastante positivista[419] – de estabelecer uma dicotomia muito clara entre duas posições opostas: positivistas e não positivistas. Esta mesma, ela também, feita desde a oposição de dois polos divergentes – como conteúdo e forma, ser e dever ser – e não da tentativa de compreensão dialética entre esses polos, da identificação da relação de mútua implicação existente entre o *ser* do Direito e o *dever ser* do Direito, dos *preceitos jurídicos positivos* e dos *princípios jurídicos fundamentais*, para usar os termos de HELLER.

Nesse sentido, não seria demais afirmar que forma e conteúdo nem mesmo podem ser compreendidos de maneira destacada. A própria construção de um sistema de normas racionais, seguras, que são emanadas através de procedimentos

---

sociedad más homogénea precisa del derecho positivo y, con ello, de un poder de voluntad que lo cree y asegure".

[417] COELHO, Nuno M. M. S. Pessoa, igualdade (isogoria) e controvérsia. Notas sobre o sentido da idéia do direito, (co)fundadora da experiência civilizacional ocidental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, a. 23, n. 25, pp. 183-192, jul./dez. 2007: "Resta, sempre, a ideia do direito como o princípio normativo da pessoa a fundar a juridicidade, ao impor a reflexão sobre cada problema concreto da coexistência o direito como um problema, como a pergunta pela pessoa cujo reconhecimento e respeito coincide com a reafirmação do direito como modo de convivência".

[418] GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo, *op. cit.*, p. 180. Particularmente a influencia de RADBRUCH é absolutamente determinante no trabalho e concepção de Direito de ALEXY, por exemplo.

[419] KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend, *op. cit.*, p. 208 e 209.

tidos como democráticos e que, por isso, podem validamente vincular e obrigar todos os cidadãos, é, ela própria, fruto de um parâmetro normativo anterior e conformador desse sistema[420]. Nesse sentido, MIGUEL REALE, por exemplo, diferencia poder e arbítrio em razão da dialeticidade daquele, postulando que é ilegítimo o poder que se põe como fundamento do Direito e não como seu momento decisivo[421].

Seguindo essa linha, entende-se que um sistema normativo não pode ser concebido *ex nihilo*, desde alguma razão desterrada (como se isto, de algum modo, fosse possível) ou da mera observância e descrição – pretensamente neutral – de condições sociológicas e fáticas, de uma ordem concreta pura e simples[422]. Tampouco pode ser esse sistema compreendido adequadamente, se destacada e isolada sua forma de seu conteúdo, simplesmente desde a observação (positivista) de suas estruturas.

Isso, porque forma e conteúdo conectam-se de modo inerente, enquanto expressão de uma mundividência, de uma cultura própria que, ao mesmo tempo, os molda e, também, é por eles moldada. Uma cultura em que forma e conteúdo

---

[420] SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1985. Sobre a relação entre substância e forma inerente à democracia já trabalhamos nossa posição em: BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

[421] REALE, Miguel. *Fontes de Modelos do Direito*.., p. 61, "o *poder* não se confunde mesmo com o *arbítrio* em razão de sua dialeticidade, de ordem factual e valorativa, a começar por sua ubiquação no concernente ao problema das fontes. Em verdade, o poder não decide onde e como quer, mas no âmbito processual da fonte do direito. Essa é a primeira razão de sua legitimidade. Ilegítimo é o poder – e, por via de conseqüência, o direito que dele dimana – quando ele se põe como fonte do direito, e não apenas como momento decisivo, sim, mas momento do processar-se de uma das fontes do direito admitidas pelo macromodelo do ordenamento jurídico".

[422] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 132 e 133: "E o que cumpre confirmar hoje. Com efeito, e desde logo, mesmo que fosse possível extrais *sem mais* (isto é, independentemente de qualquer pressuposta assunção axiológica) premissas valorativas de premissas fácticas (e não é), o valor da *igualdade fundamental entre os homens* nunca poderia meramente sustentar-se num qualquer 'esclarecimento antropológico', sendo dele independente, já que ultrapassa a ideia de 'igualdade entre os homens como seres racionais' (no seu âmbito, a imprescritível dignidade não depende de uma 'racionalidade honorificante' ou de uma qualquer outra qualidade distintiva). Mais: essa verdade constitui um substantivo *quê* que um qualquer processualizado *como* (seja rudimentar 'regra de ouro', seja uma qualquer racionalidade iluminista ou pós-iluminista) é incapaz de gerar. E mais ainda: uma qualquer naturalística 'voz da natureza' que se sobreponha à 'voz de Deus' é incapaz de a fazer ouvir". Em sentido similar: COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*, *cit.*, pp. 30-32.

da organização jurídico-política são parte e, por conseguinte, fazem parte da identidade dessa própria cultura.

4.2. ONDE MORA A LEGITIMIDADE

Parte-se da perspectiva de que ordem jurídica é, por antonomásia, a ordem normativa estatal. É a ordem normativa do poder organizado que, por isso, atua como a única habilitada a utilizar legitimamente a força para fazer-se cumprir. Assim se arroga, justamente, porque se pretende e se justifica como a ordem oficialmente justa[423]. A par da ordem jurídica, sem dúvida, haverá uma série de outras ordens normativas que se articulam em maior ou menor intensidade com a ordem normativa típica do Estado. Elas a influenciam e são por ela influenciadas, todavia, a estatalidade é um traço qualificador da ordem jurídica objetiva, do Direito[424].

Diante disso, como afirma CANOTILHO:

> o problema central de uma constituição reconduz-se à questão nuclear da teoria do Estado e da filosofia do direito: «legitimação-legitimidade» de uma ordem constitucional no duplo sentido de *justificação-explicação de uma ordem de domínio* (estrutura de domínio) e de *fundamentação última da ordem normativa*[425].

---

[423] COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*, *cit.*, p. 30: "O Direito não é '*uma qualquer institucionalização, mas uma institucionalização de certa índole*', cuja configuração não resulta simplesmente de sua natureza. A condição decisiva da emergência do Direito como Direito é a condição ética, que surpreende o humano como *pessoa*, possibilidade axiológica, não necessidade ontológica (nem antropológica). Trata-se do homem como sujeito ético, marcado pela liberdade, pela pessoalidade de que decorrem as inferências axiológico-normativas de sua igualdade e responsabilidade".

[424] Essa perspectiva não é uníssona. Como mencionado, há várias teorias do Direito que dão menor importância à dimensão da validade, falando, maximamente em um pluralismo jurídico, em que a estatalidade não cumpre papel caracterizador ao Direito. Sobre o pluralismo jurídico: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*, *cit.*

[425] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 14-15.

Afirma, também, que a legitimação refere-se à inserção da Constituição de um Estado de Direito nas próprias estratégias de *justiça política*, isto é, à institucionalização jurídico-constitucional dos critérios fundamentais do *justo comum* e da *política justa*[426].

Mesmo considerando essa pretensão e justiça, a forma como se justifica a justiça (ou a justeza) de um determinado poder e de uma determinada ordem importará em diferentes perspectivas sobre a questão, sendo esse ponto, objeto de diversas disputas teóricas e políticas, especialmente, quanto à discussão a respeito da relação entre legitimidade e da legalidade.

Assim, a questão sobre a maior ou menor importância da dimensão da legitimidade, em boa medida, dá-se na forma como se compreende essa justificação enquanto *justa*, isto é, em referência a que parâmetro ela se estabelece.

Há uma série de construções que aproximam e, mesmo, confundem a questão da legitimidade (ou da legitimação) com a da legalidade, por conseguinte, com a dimensão da validade. Essa posição está relacionada aos mais diversos autores, das mais variadas formas, por vezes de maneiras opostas, como, por exemplo, não raro é apontado em WEBER, KELSEN e LUHMANN. Além disso, como mencionado, esse foi um ponto importante em disputa na *luta pelo método*, especialmente, na crítica que se seguiu a KELSEN, também dirigida ao *Staatsrechtslehre* oitocentista, quer por SCHMITT, quer por SMEND ou HELLER.

Outros como RAWLS, HABERMAS e demais representantes do pensamento liberal contemporâneo, remetem a questão da justificação a argumentos também universalistas, revelando, cada um a seu modo, formulações também tendentes a uma lógica *neoiluminista*[427] e, portanto, sempre tributária a KANT.

Com posição bastante diversa, autores como LUÍS PEREIRA COUTINHO caminham em sentido totalmente oposto, quando, ao falar da "ordem normativa

[426] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, p. 459.

[427] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, p. 378, nota 1300.

do Direito" aborda validade, legitimidade e autoridade moral em sinonímia[428]. PEREIRA COUTINHO, em sua formulação, de uma forma geral, retira o peso da decisão e do poder, especialmente, quando trata da questão da validade e argumenta que o Direito injusto, em última instância, não pode, nem mesmo, ser considerado Direito.

A posição que aqui se defende não é, exatamente, a de confusão entre essas duas dimensões, mas de implicação, especialmente, quando observado detidamente o âmbito constitucional. Se para a norma jurídica "infraconstitucional" o parâmetro de validade coloca-se, objetivamente, na integridade do ordenamento, vinculado, positiva e interpretativamente, ao texto e ao contexto jurídico-constitucional, para a norma constitucional essa referência não poderá ser igualmente identificada.

A estrutura típica de justificação da norma jurídica é "interna" ao quadro do ordenamento, colocando-se no âmbito da validade, em referência aos padrões institucionalizados. O questionamento a respeito da validade ou não validade de uma norma, portanto, da sua adequação e coerência com a unidade do ordenamento, se dá em referência aos textos e contextos, programas e âmbitos normativos, competências, possibilidades e molduras, institucionalmente estabelecidos pelo poder. Assim, no processo de concretização da norma jurídica – da mais ampla à mais restrita, realizada pelo poder legislativo, pelo poder executivo, pelos cidadãos ou, de maneira última, na norma de decisão pelo poder judiciário – a fórmula argumentativa e o referencial utilizado são tipicamente jurídicos, relacionados à coerência e à integridade da ordem já institucionalizada pelo poder. Ou seja, ao Direito válido (juridicamente).

Dito de outra maneira, o Direito, enquanto ordem jurídica do Estado de Direito, não pode se confundir a todo instante com a política. O Direito é *ratio*, ainda que não apenas *ratio*. Essa racionalidade coloca-se, efetivamente, nas

[428] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição, cit.*, pp. 548-556.

formas, que a partir do argumento de validade, colocam-se como obstáculos à absorção absoluta da *ratio* pela *voluntas*[429].

Com isso não se pretende afirmar a preexistência da norma jurídica, já no momento da formulação do texto, ignorando todo impacto gerado pela *tópica* na questão da interpretação jurídica. Tampouco se pretende negar a politicidade do próprio processo de concretização das normas jurídicas. Longe disso, apenas se quer atentar para o fato de que os padrões de argumentação e, especialmente, o plexo referencial de justificação se colocam de forma imediatamente vinculados à ordem já institucionalizada pelo poder como juridicamente válida, à qual o próprio poder está amarrado.

Assim, o questionamento recorrente quando da interpretação/construção de uma norma jurídica "infraconstitucional" não se dá no plano da legitimidade do ordenamento jurídico em si, mas no da validade da norma, quanto à integridade e coerência do ordenamento, naquele segmento determinado. Isto é, da coordenação de sentidos dos diversos textos e contextos normativos juridicamente institucionalizados por uma decisão do poder. E é nessa acepção que o poder cria Direito válido.

Como ressalta LÊNIO STRECK, "numa palavra: a Constituição é o fundamento de validade do sistema jurídico. *A Constituição* constitui. Um texto jurídico (leis, regulamentos, etc.) somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição que deve ser entendida em seu conjunto de valores principiológicos"[430]. Assim, a validade coloca-se como anteparo ao questionamento amiúde da legitimidade da norma jurídica, de modo que no processo de concreção e realização regular da norma, não se buscará sempre justificação

---

[429] Nesse aspecto é interessante a caracterização que NEUMANN faz do Direito fascista como não Direito: "If general law is the basic form of right, if law is not only *voluntas* but also *ratio*, then we must deny the existence of law in the fascist state. Law, as distinct from the political command of the sovereign, is conceivable only if it is manifest in general law, but true generality is not possible in a society that cannot dispense with power", NEUMANN, Franz. *Behemoth*, *cit.*, p. 451. Sobre essa *fuga do direito*, a partir de NEUMANN: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito*, *cit.*

[430] STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 249-294, p. 251.

política última – isto é, questionar-se a respeito da legitimidade da ordem instituída – mas, apenas, a coordenação e integração da norma em particular, com a rede normativa geral da ordem institucionalizada pelo poder. Portanto, se o poder gera Direito, ele o faz sobre bases de um argumento de validade, no sentido de que a norma que é posta pelo poder é direito válido[431].

Contudo, quando se está no âmbito da própria legitimidade desse poder, é inevitável compreender a ligação relacional que há entre validade e legitimidade. Ainda que se possa falar na possibilidade de um Direito eficaz e, em certo sentido, válido, mesmo que decorrente de um poder ilegítimo, o Direito criado por um poder ilegítimo é, ele mesmo, tendencialmente ilegítimo.

Isso porque o poder, em sentido amplo, pode ser eficaz quer pela força, quer espontaneamente. No primeiro caso ele é tão somente fático. É imposto amiúde com a pretensão de normalizar-se (criar uma normalidade) apenas pela imposição e obediência, não, necessariamente, pela incorporação/aceitação dos parâmetros de "dominação" pela comunidade e pelos cidadãos.

Em oposição a esse modelo, é possível falar de um poder legítimo no sentido tratado por LUCIO LEVI, que define legitimidade como o atributo do Estado que se deita sobre um grau de consenso de significativa parcela da população, capaz de garantir a obediência – à exceção de casos esporádicos – sem a necessidade de recorrer ao uso da força[432]. Desse modo, a própria ideia de legitimidade como consenso foge da mera factualidade da aceitação de uma ordem como válida e coloca-se em referência a uma imagem própria do humano[433].

---

[431] Essa, por exemplo, é a noção *política* de Direito para FRANZ NEUMANN: NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*, pp. 97-98.

[432] LEVI, Lucio. Legitimidade. *In*: BOBBIO, Norberto *et al. Dicionário de Política*: v. 2. 13 ed. Brasília: Editora UnB, 2010, pp. 675-679. E conclui: "É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado".

[433] De algum modo, é nesse sentido que MONTESQUIEU apontara que "Os costumes de um povo escravo são parte de sua servidão: os de um povo livre são parte de sua liberdade", MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Fontes, 2007, p. 331.

Nesses termos, o Direito que, enquanto Direito, pretende-se legítimo, coloca-se em relação a sua *justificação*[434]. Todo ato de poder, para não se confundir com um ato de arbítrio, tem de justificar-se em um contexto fático e valorativo específico. Tem de pautar-se em um fundo objetivo (ainda que apenas relativamente objetivo) de valores, sentidos e símbolos, que é referencial para essa justificação que se pretende racional. Portanto, a legitimidade coloca-se em referência aos termos de um conteúdo, de um espectro de possibilidades culturalmente informado, de um *ethos* que, como destaca LIMA VAZ, "não é *dado* ao homem, mas por ele *construído* ou incessantemente reconstruído"[435].

Como expõe REALE, as tentativas que se colocam à luz de um "modelo ideal" de legitimidade na verdade colocam-se como intimamente vinculadas ao tipo de Estado de Direito que se pretende realizar. E, com isso, mesmo na tentativa de tratar do tema de forma abstrata, ela sempre se coloca em referência a um "fundo histórico" que condiciona os elementos e pressupostos que são essencialmente considerados para a legitimidade do Direito[436].

Mesmo as tentativas de substituir-se alguma *razão prática*, por alguma outra racionalidade, como a *racionalidade comunicativa*, não podem deixar de atentar a algum *telos* (no caso, ao entendimento), de indicar que os participantes devem perseguir "sem reservas seus fins ilocucionários e [que] ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis"[437]. Nesse sentido, essa própria racionalidade comunicativa (procedimental) de "tendências

---

[434] MUREINIK, Etienne. A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights. *South African Journal On Human Rights*, Johannesburg, n. 10, pp. 31-48, 1994; DYZENHAUS, David. Law as justification: Etienne Mureinik's conception of legal culture. *South African Journal On Human Rights*, Johannesburg, n. 14, pp. 11-37, 1998; DYZENHAUS, *David. Legality and Legitimacy:* Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 244-258. A justificação também é chave de autores com fundamentações, via de regra, tidas como liberais, como serão os casos de RAWLS e HABERMAS, este, inclusive, relacionado também por DYZENHAUS. Os termos tratados por esses são interessantes e decisivos para a discussão a respeito dessa postura no debate da teoria política contemporânea, em que pese não dividirmos com eles suas razões. Na verdade, a preocupação com a justificação já está presente, inclusive, em autores oitocentistas da Teoria Geral do Estado, especialmente, em JELLINEK: JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*, *cit.*, pp. 197-233.

[435] LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia II*: ética e cultura. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 13.

[436] REALE, Miguel. Direito e legitimidade, *op. cit.*, p. 65.

[437] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* I, *cit.*, p. 20.

universalistas" só encontra razão de ser quando assentada em uma premissa comum aos indivíduos envolvidos[438].

Veja-se que, HELLER, ao mencionar a necessidade de articulação dialética entre preceitos jurídicos positivos (*Rechtssätze*) (que possuem validade empírica desde uma vontade estatal soberana) e princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*) (de pretensão de validade ética) não o faz desejando a estes qualquer universalidade ahistórica. Pelo contrário, baseia toda sua construção da Teoria do Estado como ciência da realidade e da constituição como realidade social, desde uma necessária perspectiva cultural. Trata-se, assim, de uma busca por conteúdos de relativa objetividade, que se colocam na forma da cultura.

MIGUEL REALE, de sua parte, e a seu modo, também trata dos valores que dão conteúdo ao Direito em termos de *objetividade relativa*. Entende que os valores não possuem existência ontológica em si, mas se revelam na História, na experiência humana. Portanto, são algo que o homem realiza em sua própria experiência, não em uma realidade ideal a ser contemplada em formato definitivo. Assim, os valores vão assumindo expressões diversas, exemplares e paradigmáticas no curso do tempo.

> No plano da História, os valores possuem *objetividade*, porque, por mais que o homem atinja resultados e realize obras de ciência ou de arte, de bem e de beleza, jamais tais obras chegarão a exaurir a possibilidade dos valores, que representam sempre uma abertura para novas determinações do gênio inventivo e criador. Trata-se, porém, de uma *objetividade relativa*, sob o prisma ontológico, pois os valores não existem em si e de per si, mas em relação aos homens, com *referência a um sujeito*[439].

---

[438] MICHELMAN, Frank I. Morality, Identity and 'Constitutional Patriotism'. *Ratio Juris*, Bolonha, v. 14, n. 3, pp. 253-271, set. 2001, especialmente na irônica provocação que faz ao texto: HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. *In*: TAYLOR, Charles *et al. Multiculturalismo:* examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp. 125-164, quando comparado as posições apresentadas em alguns dos textos publicados em: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002 (nesta edição também há uma versão do texto originalmente publicado na obra coletiva organizada por TAYLOR).

[439] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, *cit.*, pp. 208-209: "Não se entenda, porém, que os valores só valham por se referirem a dado sujeito empírico, posto como sua *medida e razão de ser*. Os valores não podem deixar de ser referidos ao homem como *sujeito universal de estimativa*, mas não se reduzem às vivências preferenciais deste ou daquele indivíduo da espécie: — referem-se ao homem que se realiza na História, ao *processus* da experiência humana de que

Desse modo, em que pesem as importantes diferenças entre os autores, parece comum a HELLER e REALE a preocupação com encontrar alguma objetividade ao conteúdo do Direito, uma vez ser a normatividade objetiva e coercitiva do Direito expressão de uma dada normatividade anterior em que reside a dimensão da legitimidade. A ambos, também, é comum o identificar nesses parâmetros – quer dos princípios jurídicos fundamentais de HELLER, quer em termos de valores como trata REALE – figuras não claramente definidas, mas normas que apresentam possibilidades de concreção diversas, que se realizam, quer como possibilidades (princípios jurídicos fundamentais), quer como concreção (preceitos jurídicos positivos), na História, na forma de normas culturais ou postas.

Também nessa linha, NEUMANN anota que o Direito Material caracteriza-se quando:

> as normas do Estado são compatíveis com os postulados éticos definidos, sejam postulados da justiça, liberdade ou igualdade, ou qualquer outro. Essa noção de direito 'corresponde' à concepção do direito como normas, a partir do momento em que a essência das normas é o princípio racional (*logos*) que as engloba[440].

A legitimidade não caminha só e isolada quanto à justificação das normas postas pelo Estado, pois, mesmo o Estado vive de sua justificação. Nas palavras de HELLER: "La función de sentido del Estado, como la de todo fenómeno histórico, siempre está, ciertamente, referida a valores"[441]. A estrutura do poder que assume sua forma organizacional de unidade de decisão e o monopólio da coerção no Estado, dialeticamente, cria Direito e é por ele criada. Dito de outra forma, o Estado não se confunde com o Direito, mas dele também não se cinde de maneira absoluta. Essa forma, própria, de organização também se justifica nos termos

---

participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal. Por serem referidos, por estarem sempre em *relação com* o homem, com o sujeito humano em sua universalidade, é que dizemos que a *objetividade dos valores é relativa*, que é uma objetividade *in fieri* na tela da História, mas não lhes falta *imperatividade ética*, desde que se considere a totalidade do processo estimativo que se confunde com o espírito humano, revelando-se em si mesmo e em suas obras, pois, como observa Brightman, não há valores que possam ser apreciados plenamente sem se levar em conta todos os demais, a experiência pessoal e a coletiva".

[440] NEUMANN, Franz. *O Império do Direito, cit.*, p. 98

[441] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, cit.*, pp. 276-277.

prescritivo-normativos de uma cultura e identidade específica, de mundividência própria, perspectivas de humano e de comunidade particulares, no tempo e no espaço.

Essa perspectiva acaba por alinhar-se a uma tradição que reconhece a historicidade às próprias possibilidades de compreensão do humano e do mundo a que ele dá sentido. Ela se opõe a outra tradição que pretende a experiência humana e o sujeito desde uma razão desprendida, de uma sociedade composta, simples e volitivamente, por indivíduos atomizados, desde uma liberdade *prima facie* que pode ser simplesmente constatada e descrita.

Por conseguinte, desde esse ponto de vista, é possível falar em duas grandes posições que caminham paralelamente. Uma delas que tenta explicar o humano, especialmente, a partir de uma razão universal(ista) e desprendida, e outra que, ao invés disso, pretende compreender a experiência humana a partir de seus sentimentos de pertença, compartilhados e construídos amiúde.

Essa dicotomia reproduz-se em vários episódios e correntes teóricas e políticas (não necessariamente homogêneas) que, recorrentemente, têm se oposto no curso da história das ideias e, também, do debate político, estando ainda mais acentuados a partir da Modernidade. De algum modo, ela pode ser vista já na disputa política da Revolução Francesa entre jacobinos e girondinos[442]; nas críticas de HEGEL a KANT e nos subsequentes neokantismos e neohegelianismos; ou, ainda, na mais contemporânea tensão entre *liberalismo* e *comunitarismo*[443].

---

[442] CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*, *cit.*, pp. 53-54.

[443] Originalmente colocada no debate da Filosofia Moral e Política do mundo anglófono, especialmente desde *Uma teoria da Justiça* de JOHN RAWLS, de 1971, há muito já extrapolou essas fronteiras, sendo hoje bastante reproduzida, quer no cenário continental europeu, quer na América Latina e, especificamente, em: TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. *In*: TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos.* São Paulo, Edições Loyola, 2000, pp. 197-220; TAYLOR, Charles *et al. Multiculturalismo:* examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998; SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of Justice*. 2 ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1998; BRUGGER, Winfried. Commuinitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution. *I-CON*, Oxford/Nova York, v. 2, n. 3, jul. 2004, pp. 431-460; HONNETH, Axel. The limits of liberalism: on the political-*ethical discussion concerning communitarianism*. *In*: HONNETH, Axel; WRIGHT, Charles W. (ed.). *The fragmented world of the social*: essays in social and political philosophy. Nova York: State University of New York Press, 1995, pp. 231-346; GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da

Parece possível identificar cada uma dessas tradições com uma pergunta a respeito dos projetos de vida dos sujeitos. Enquanto uma das tradições procura explicar sua identidade buscando resposta a "quem queremos ser?", outra pretende compreendê-la desde o perquirir pela identidade, por "de onde viemos?".

A identidade que se procura perguntando-se por "quem queremos ser?" revela a preocupação daqueles que pretendem explicar a experiência humana desde uma razão desprendida, de um indivíduo atomizado e de uma liberdade *prima facie*. Ela, por exemplo, está relacionada a uma específica visão de modernidade que CHARLES TAYLOR trata por *acultural*, que atribui aos indivíduos plena autonomia racional e transcendental, que, por exemplo, é fortemente encampada pelos diversos liberalismos (jurídico, político e econômico), mas também pelos positivismos, utilitarismos e pragmatismos.

Desde essa visão *acultural,* o próprio processo de modernização é entendido como uma série de transformações que se operaram de forma neutra, não definida nos termos de uma cultura específica, tampouco desde um passado comum ou em referência a algum projeto cultural. Nessa ordem, seria possível, até mesmo, que a modernidade fosse realizada indefinidamente por qualquer

---

tolerância. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 337-346. Articulando em sentido similar, ainda que não idêntico, a chave Republicanismo e Liberalismo, tratando, aparentemente, o Republicanismo como gênero e o Comunitarismo como espécie: CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*, *cit.*; Relacionando a dicotomia *liberais* e *comunitaristas* à tensão entre KANT e HEGEL: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls:* um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 137: "Essa disputa entre comunitaristas e liberais pode ser vista como um novo capítulo de um enfrentamento de longa data, como o que opunha as posições 'kantianas' e 'hegelianas'. De fato, e em boa parte, o comunitarismo retoma as críticas que HEGEL fazia a KANT: enquanto KANT mencionava a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre aquelas mais contingentes, derivadas do fato de pertencermos a uma comunidade particular, HEGEL invertia essa formulação para dar prioridade a nossos laços comunitários. Assim, em vez de valorizar – junto com KANT – o ideal de um sujeito 'autônomo', HEGEL defendia que a plena realização do ser humano derivava da mais completa integração dos indivíduos em comunidade". Já tivemos oportunidade de abordar a temática do *Liberalismo* Vs. *Comunitarismo* em trabalho anterior, especialmente, quanto à questão da Democracia, relacionando essa dicotomia a outra entre *Positivistas* Vs. *Não positivistas*, em BIELSCHOWSKY, Raoni. *Democracia Constitucional*, *cit.*, pp. 51-80.

comunidade, independentemente de sua rede de significados, de seus valores compartilhados, enfim, de sua cultura[444].

A formulação paradigmática dessa perspectiva de modernidade é a realizada pela Ilustração e por KANT. Seu impacto é ainda muito presente nas várias correntes da contemporaneidade, como o é, claramente, no positivismo normativista kelseniano ou, ainda, no liberalismo procedimental de JOHN RAWLS[445].

Ela, de modo geral, desenvolve-se sob um ponto de vista deontológico-universalista, formal, de modo que o justo político esteja mais relacionado à ideia de justeza que, propriamente, à ideia de justiça, porque não exatamente vinculado a um bem substancialmente colocado (ainda que relativo), mas a formas e meios tidos como adequados[446].

---

[444] TAYLOR, Charles. Two Theories of Modernity, *Public Culture*, Durham, v. 11, n. 1, pp. 153–174, 1999 p. 154: "an *acultural* theory describes these transformations in terms of some culture-neutral operation. By this I mean an operation that is not defined in terms of the specific cultures it carries us from and to, but is rather seen as of a type that any traditional culture could undergo. An example of an acultural type of theory, indeed a paradigm case, would be one that conceives of modernity as the growth of reason, defined in various ways: for example, as the growth of scientific consciousness, or the development of a secular outlook, or the rise of instrumental rationality, or an ever-clearer distinction between fact-finding and evaluation. Or else modernity might be accounted for in terms of social, as well as intellectual changes: Transformations, including intellectual ones, are seen as coming about as a result of increased mobility, concentration of populations, industrialization, or the like. In all these cases, modernity is conceived as a set of transformations which any and every culture can go through—and which all will probably be forced to undergo. These changes are not defined by their position in a specific constellation of understandings of, say, person, society, or good; rather, they are described as a type of transformation to which any culture could in principle serve as 'input.' For instance, any culture could suffer the impact of growing scientific consciousness, any religion could undergo secularization, any set of ultimate ends could be challenged by a growth of instrumental thinking, any metaphysic could be dislocated by the split between fact and value".

[445] RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. *The Journal of Philosophy*, v. 77, n. 9, pp. 515-572, set. 1980; TAMPIO, Nicholas. Rawls and the Kantian Ethos. Polity, v. 39, n. 1, pp. 79-102, jan. 2007; SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of Justice*, *cit.* É verdade que do *Uma Teoria de Justiça* para o *Liberalismo Político* RAWLS, mantendo a postura procedimental, caminhou no sentido de propor alguns limites substanciais. Relacionando, criticamente, as posições de RAWLS e KELSEN: DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*, *cit.*, p. 234.

[446] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, pp. 17-18: "Como a história do Estado de Direito e do Estado Constitucional demonstra, à «racionalidade processual» pode não corresponder a uma garantia de ordem constitucional material".

No entanto, do ponto de vista "ontológico" – aqui utilizando o sentido dado à questão por CHARLES TAYLOR[447] – parece possível perguntar-se sobre o quanto esse argumento é passível de compreender a experiência humana. Se, por acaso, é aceitável uma descrição universal do sentido do humano, ou se, como dito, o sentido é algo sempre suposto.

Refletindo sobre isso, ALAIN SUPIOT atenta ser a própria razão humana apenas uma frágil conquista de um sentido cuja crença é compartilhada por cada um daqueles que nela acredita. E, assim, que a própria razão se assenta em certezas indemonstráveis, "em recursos dogmáticos, que são tantas outras pontes lançadas entre o universo do sentido e o universo dos sentidos". Tais certezas podem variar de uma sociedade a outra, e, inclusive, dentro de uma mesma sociedade de uma época a outra. Contudo, a necessidade de tais certezas é invariável, uma vez que, mesmo no mundo natural, "não há um sentido que se possa descobrir, pois o sentido é, necessariamente, suposto"[448]. Ou, de certo modo, como afirma JOAQUIM CARLOS SALGADO:

> o homem, como no mito de Midas, atribui sentido a tudo o que toca, constituindo a sua obra, a cultura, e observa que ele não se contenta em atribuir sentido ao que lhe rodeia. No mundo da cultura, o homem nega a sua realidade natural e julga o que ele deve ser, transformando-se pela educação. O homem é obra de si mesmo[449].

Portanto, a suposição de racionalidade de alguma *ciência* (inclusive, *do Direito*) que pretenda compreender a experiência sem realizar essa imanência do conteúdo na forma, apresenta-se como dúbia. Ela está fadada a variar entre: alguma ingenuidade que pretenda por uma razão universal(ista) – esta, curiosamente, parece simplesmente substituir o lugar do *sentimento* da fé pelo *sentimento* da razão – e o risco da subversão do próprio conteúdo racional, simultaneamente, suposto pela forma e desta originário, colocando em risco a

---

[447] TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário, *op. cit.*, *passim*.

[448] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 31. Em sentido bastante similar quanto a essa perspectiva: KAHN, Paul W. *The cultural study of Law*: reconstructing legal scholarship. Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 96-90.

[449] SALGADO, Karine. História e Estado de Direito. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, pp. 102-113, abril-junho, 2009, pp. 102-103.

própria continuidade entre a estrutura normativa e sua razão de ser: no despregar de valor e norma.

Nesse sentido, a razão (ocidental) é, ela mesma, expoente de uma concepção determinada do humano e, por isso, dá, ela, sentido à vida humana[450]. Desse modo, postula-se, novamente com SUPIOT: "que o homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E esta definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto da história do Direito e não da história das ciências"[451].

Caminhando por esse curso, NELSON SALDANHA identifica que a universalização é também um processo histórico, culturalmente definido. Ela teve como marca importante, desde a ascensão do racionalismo, a secularização da cultura que veio a promover, em maiores dimensões, o processo de *universalização* de determinados conceitos basilares[452]. É nesse sentido que também entende MACINTYRE ao destacar que "as filosofias morais, (...) embora possam ter aspirações mais pretenciosas, sempre expressam a moralidade a partir de algum ponto de vista social e cultural"[453].

Nessa linha, a questão sobre "de onde venho?" não nega a preocupação com o "quem queremos ser?". Pelo contrário. Coloca-a desde uma perspectiva em que passado, futuro e presente não podem ser compreendidos de forma

---

[450] TAYLOR, Charles. *Fontes do Self*: a construção da identidade moderna. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

[451] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*, *cit.*, p. 35, no contexto: "Como qualquer outra sociedade a nossa assenta numa determinada concepção do homem, que dá sentido à vida humana. (...) É, com efeito, necessário postular que o homem é um sujeito capaz de razão para que a ciência seja possível. E esta definição do ser humano não resulta de uma demonstração científica, mas de uma afirmação dogmática; é um produto da história do Direito e não da história das ciências. (Num sistema de pensamento que ignorasse estas dicotomias, as querelas escolásticas que opõem, por exemplo hoje, um neurólogo «materialista» e um filósofo «espiritualista» seriam muito simplesmente despidas de sentido. Um sistema cultural como o da China imperial, que ignorava a ideia de sujeito, não podia, evidentemente, ao contrário da Roma imperial, qualificar como objectos determinados homens e, logo, não podia senão ignorar a escravatura no próprio sentido do termo. Era preciso pensar o homem como objecto material para conceber a medicina como uma ciência e o trabalho como um bem negociável. A ciência e a economia modernas não teriam visto a luz do dia sem esta configuração jurídica própria do Ocidente, que é a pessoa humana".

[452] SALDANHA, Nelson. *Historicismo e Culturalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Recife: FUNDARPE, 1986, p. 18.

[453] MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*: um estudo de teoria moral. Bauru, SP: EDUSC, 2001, pp. 450.

desprendida, mas em implicação dialética. Assim, a identidade é encontrada nos sentimentos (culturais) de pertença, nas relações e compromissos e, principalmente, no projeto da comunidade que o indivíduo identifica como seu e que, também, se sente parte integrante e integrada, portanto, que o reconhece e em que é reconhecido.

Deste modo, entende-se que a liberdade deve ser compreendida como parametrizada por esses valores "inegáveis", não porque naturais, mas porque constitutivos da identidade do *Eu* no Ocidente. Uma liberdade apolínea, não desmedida[454]. E, como dito, tendo-se em mente que a própria pergunta e resposta à questão "quem queremos ser?" já estão contidas na outra indagação: "de onde venho?"[455].

É nesses termos que se compreende que "um *como* nunca explicará um *quê*" e é nesse sentido que se pretende que uma ordem enquanto legítima justifica-se em referência a uma *objetividade relativa* construída e recebida do mundo da

[454] HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*, *cit.*, *passim*.

[455] TAYLOR complexifica um pouco a questão, cindindo aquilo que chama *questões ontológicas* e *questões de defesa*. As primeiras delas diriam respeito aos termos últimos que explicariam a vida social, termos em que poderiam ser identificados atomistas (individualistas metodológicos) e holistas; enquanto as questões de defesa, diriam respeito à posição moral e política que se adota, que variam amplamente entre a suprema primazia dos direitos individuais à máxima prioridade da vida comunitária e dos bens da coletividade. Nesse contexto, identifica ainda, que, em que pese, via de regra, trabalhar-se autores individualistas como atomistas (exemplo máximo seria NOZICK) e coletivistas como holistas (nesse caso o paradigma seria MARX), é possível identificar individualistas holistas (usa HUMBOLDT, como exemplo) e, até mesmo, coletivistas atomistas. TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*, *cit.*, pp. 197-220. É bastante interessante a observação que faz JESSÉ SOUZA sobre a construção de TAYLOR: "Taylor pretende encontrar a autocompreensão dos atores na topografia moral da época e cultura nas quais esses atores se inserem. É essa senda crítica que lhe permiti defender a preeminência do 'holismo metodológico'. Indivíduos só podem ser tidos como última 'ratio' da explicação sociológica na medida em que o pano de fundo social e cultural que os condiciona permanece não tematizado. Esses sentidos culturais, por sua vez, são quase sempre implícitos se expressando antes em práticas sociais, mores e instituições do que em doutrinas explícitas. É esse pressuposto metodológico que permite a Taylor tomar o partido do comunitarismo como 'ontologia', e não como partidarismo normativo, no sentido de uma opção pelo coletivo contra o individual. Este princípio implica apenas assumir a posição do holismo metodológico contra o atomismo, ou até mesmo contra posições mais sofisticadas como a habermasiana, que propõe uma incerta 'simultaneidade' entre intersubjetivo e subjetivo. Este esclarecimento é importante para afastar a acusação algo simplista de conservadorismo para qualquer postura comunitarista, como se todas defendessem, da mesma forma, a subordinação normativa, e não antes de tudo metodológica como é o caso de Taylor, do indivíduo em relação à cultura", SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento social. *In*: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (org.). *Teoria social e modernidade no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, pp. 159-184.

cultura. Ela é identidade reflexiva, imediatamente informativa e formativa, e mediatamente formada pelo cidadão e pela comunidade.

Na modernidade (redundantemente) ocidental, do ponto de vista político, deitam-se os parâmetros de justiça na vinculação material com os valores fundadores e justificadores do constitucionalismo. Estes são relacionados, por sua vez, a sua premissa de humano, isto é, à igualdade fundamental de todos nessa humanidade comum, fruto do desenvolvimento da própria ideia de humano de raízes greco-romanas e judaico-cristãs, portanto, ocidental por excelência.

É dessa concepção, de humano enquanto igualmente livre, que decorrem ou, ao menos, justificam-se – ainda que semanticamente – todas as formas de legitimação "racional" do poder. É nesse sentido que PEREIRA COUTINHO considera que: "impõe-se pensar o referente último de uma ordem não como um *poder*, mas como um *lugar de legitimação*, ou seja, como um *lugar normativo*"[456]. Normativo não no sentido da norma jurídica, mas de uma premissa cultural, de mundividência inevitável, que, simultaneamente, nos conforma e é por nós conformada. Também será nesse sentido que PETER HÄBERLE tratará da dignidade da pessoa humana como *premissa antropológico-cultural* do Estado Constitucional[457]. E CANOTILHO afirmará que "no âmbito da teoria de constituição, a necessidade de uma fundamentação antropológica é reiteradamente afirmada"[458].

Essas mundividências encontram seu referencial último de objetividade na cultura e sua identidade. Ao seguimento próprio dessa rede no quadrante

---

[456] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Do que é a República*? Uma República baseada na dignidade humana. Lisboa: ICJP. p. 7.

[457] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2003, pp. 169 e ss.; HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional Europeo, *op. cit.*, pp. 92 e ss.; HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, pp. 105 e ss.

[458] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, p. 31, e segue citando SMEND, no original: "eine demokratische Staat- und Verfassungslehre kann nicht am formalen Staatswillen einstezen, sodern nur am Menschen in seiner geselschftliche, politishcen Lage, an der Frage", was von ihm zu erwarten, was ihm zu bieten und zuzumuten sein möge", SMEND, Rudolf. Deutsche Staatsrechtwissenschaft vor hundert Jahren – und heute. *In*: SMEND, Rudolf. *Staatsrechliche Abhandlungen und anderen Aufsätze*. 4 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2010, pp. 609-619.

ocidental, essa cultura apresenta uma configuração muito claramente explicita no Estado de Direito e no constitucionalismo, por tanto, na cultura do constitucionalismo, em suas sedimentações, processos e transformações, instituições, formas e normas, ou seja: na sua identidade. Nas amarras do constitucionalismo que, em certo sentido, articulam-se todas em torno da dinâmica do reconhecimento do *eu* e do *outro*[459].

É assim, em referência a essa rede de símbolos, signos e valores, portanto, em referência a essa identidade decorrente dessa cultura do constitucionalismo, que se justifica e se arroga legítimo um Estado enquanto Estado Constitucional e um Direito Constitucional como legítimo e, por isso, válido.

[459] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 44. SALGADO, Joaquim Carlos. *Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, pp. 252-253: "Somente como consciência de si para outra consciência de si, na medida em que é eu e objeto ao mesmo tempo, ela é Espírito cuja dialética começa pela cisão da luta de morte e da desigualdade do senhor e o escravo, cisão decorrente do fato de reivindicar a consciência de si, isoladamente, a absoluta universalidade e reconhecimento, até o advento do *nós* ou do momento em que a consciência é um eu e um nós. Esse momento luminoso só será realizado quando a consciência de si reconhecer a outra consciência de si, conheça a outra como também livre e para si, como *igual*. O processo de reconhecimento é exatamente essa conquista da igualdade das consciência de si, como para si, em que o eu se conhece em primeiro lugar nele mesmo e, em segundo lugar, se conhece no outro, ou se vê também no outro (um duplo conhecimento), porque seu igual"

CAPÍTULO 5
DA CONSTITUIÇÃO COMO PRODUTO DE UMA CULTURA: LEGITIMIDADE À VALIDADE

A ideia de Constituição nasce com o constitucionalismo no século XVIII. No curso da história, desenvolve-se no âmbito político, no mundo jurídico, no campo das ideias, mas, especialmente, no diálogo dessas três dimensões. Mesmo depois de quase dois séculos e meio de constitucionalismo e de quase um século de Teoria da Constituição, a verdade é que, o conceito de constituição, até hoje, não é, exatamente, algo uníssono; pelo contrário[460].

A pluralidade de sentidos e significados, em parte, decorre do fato de a Constituição, ela mesma, ser complexa, composta por várias dimensões, faces e projeções. Além da própria pluridimensionalidade do fenômeno constitucional, suas politicidade e abrangência possibilitaram o desenvolvimento de diferentes correntes, cada qual com seus conceitos e sentidos, partindo desde perspectivas (filosóficas, epistemológicas, ideológicas, jurídico-políticas) bastante diversas.

[460] Para um inventário das definições do conceito de Constituição: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, pp. 81-130; SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) *Crise e Desafio da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 3-54.

Além disso, mais que um fundamento legitimador comum, as várias constituições colocam-se em articulação com as várias identidades e forças culturais de cada comunidade, na formação de identidades constitucionais, o que importa em formas, conceitos, definições e medidas diferentes para um conceito de constituição em cada cultura constitucional em particular, isto é, na expressão de sua identidade[461].

De todo modo, no século XX, as questões colocadas pela Teoria da Constituição, florescem como fruto e, ao mesmo passo, fundamento da complexificação do fenômeno constitucional e estatal. O Estado Social que "concilia" Estado e sociedade, marcadamente cindidos nos oitocentos, traz para o âmbito institucional as disputas e preocupações sociais e políticas da sociedade.

Particularmente com o segundo pós-guerra, a constituição passa a ocupar um posto de centralidade cada vez mais destacado na dinâmica do Estado de Direito. Se o fenômeno jurídico do século XIX é bastante marcado pelo espírito jusprivatístico[462], decorrente dos valores liberal-burgueses e da expansão do capitalismo nos moldes próprios do período oitocentista, no século XX o caráter público do Direito destaca-se e sobressai-se.

De fato, especialmente a partir do entreguerras, há um movimento geral de publicização do Direito. Ele atinge seu ápice na segunda metade do século XX,

---

[461] Nesse sentido, LÊNIO STRECK, ratificando posição de BERCOVICI, por exemplo, em um dado contexto chega a afirmar que não seria "mais possível, hoje, falar em uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há 'um constitucionalismo', e, sim, *vários constitucionalismos*. É necessário, assim, que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como especificado na tradição, no binômio 'democracia e direitos humanos-fundamentais'. Dito de outro modo, afora o número mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que inexoravelmente, *será diferenciado de Estado-Nação para Estado-Nação*. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas (incumpridas) da modernidade", STRECK, Lênio. Intervenção. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 79-85, pp. 81-82.

[462] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional Law*, *cit.*, especialmente capítulo 1, intitulado: "The will of State and the redemption of the German Nation: legal positivism and Constitutional Monarchism in the German Empire"; também em, BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, pp. 242 e ss.

com uma efetiva constitucionalização do Direito, da qual são marcantes: o fortalecimento e crescimento do Estado desde o Constitucionalismo Social; as gerações de direitos (fundamentais) prestacionais do Estado; a (re)substancialização da Constituição e, consequentemente, do Direito[463]; a reconciliação entre Estado e sociedade; a discussão sobre a Constituição dirigente e sua relação com a atuação do legislador e, mesmo, da morte dela[464]. Todos esses temas, de certa forma, ainda estão em disputa. Por exemplo, desde a década de 1980, ouvem-se os brados por uma redução do Estado em moldes neoliberais, tema que demonstra a necessidade de uma nova abordagem da Teoria do Estado para a defesa do Estado Democrático de Direito contra essas tentativas de enfraquecê-lo.

Além disso, ocorre, também, a dita *revolução copernicana* do Direito Público, caracterizada pela supremacia da constituição no ordenamento jurídico, com vozes indicando uma verdadeira constitucionalização do Direito, constitucionalização do Direito Privado e, mesmo, constitucionalização do Direito Civil[465].

Esse próprio movimento de (re)substancialização do Direito Constitucional e, por consequência, de todo o Direito e da experiência jurídico-política, faz revolver o sentido original de constituição, que parece imprescindível para a

---

[463] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política, *op. cit.*, p. 9.

[464] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Esse tema esteve bastante presente no debate brasileiro desde 1988. Em 2001, com a publicação de nova edição, CANOTILHO publica um novo prefácio em que fala, inclusive, da *morte da Constituição Dirigente*. Esse prefácio acabou sendo discutido em um evento que reuniu alguns dos principais constitucionalistas brasileiros, cujas intervenções foram reunidas em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[465] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito; o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 02, n. 01, pp. 1-48, 2006. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. Apontando no sentido da interpretação do Direito para uma *constitucionalização da hermenêutica jurídica*, PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, especialmente, pp. 119 e ss.; FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de Derecho Comparado*, Santa Fé v.15, p. 243-272, 2009; SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito privado. *Revista EMERJ,* v. 6, n. 23, pp. 273-297, jul./set. 2003.

compreensão do que significa a experiência constitucional. Ela se desenvolve, especialmente, a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana, que passa a ser reconhecida nos mais variados textos constitucionais e, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desde seu nascimento, o constitucionalismo teve como projeto justificar o Estado submetido ao Direito, assim, estruturando-o como um *Estado com* qualidades que fazem dele Estado Constitucional[466]. Portanto, o conceito de constituição que aqui pretendemos parte daquilo que GRIMM aponta como fundamento primeiro da experiência do constitucionalismo: a legitimidade do poder. E, em sendo referente à legitimidade, o conceito de constituição se erige como um *conceito normativo*, como um *dever ser* da organização e exercício do poder estatal que lhe serve de justificação[467].

Nesse sentido, CANOTILHO entende a Teoria da Constituição, a um só tempo, como *teoria política do direito constitucional* e como *teoria científica do direito constitucional*. Política porque busca compreender a *ordenação constitucional do político* e científica porque pretende descrever, explicar e refutar os fundamentos, as ideias, postulados, construções, estruturas e métodos do Direito Constitucional. No entanto, CANOTILHO também entende que ela ultrapassa essas duas dimensões e se configura como *teoria crítica e normativa da constituição*. Ela é assim, uma *teoria normativa da política*, orientada para a realidade social do seu tempo, como bem quis HELLER[468].

Nessa esteira, a questão da legitimidade está intimamente relacionada ao fato da ordem e do poder justificarem-se enquanto reflexo da própria imagem do

---

[466] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 93.

[467] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 277-278: "el Estado vive de su justificación (...). Toda explicación se refiere al pasado, toda justificación al futuro (...). Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure 'cualquier' ordenación social-territorial, sino tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa. La consagración del Estado únicamente se hace posible relacionando la función estatal con la función jurídica".

[468] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, pp. 1334-1335.

sujeito constitucional[469]. Mais que isso, nos parece possível afirmar que a própria preocupação com a *legitimidade* é, ela mesma, uma demanda (prescritivo-normativa) própria de uma cultura. Outrossim, os supostos (valores) *ontológicos* (prescritivo-normativos) de humano, sobre os quais se fundamenta essa legitimidade – de indivíduos dignos, fundamentalmente iguais e livres – são reflexo e decorrência de uma específica mundividência, frutos de uma cultura[470]. Uma cultura que na modernidade desenvolveu o constitucionalismo como sua forma própria de organização do poder, em uma rede de símbolos, significados, valores e estruturas, que, dialeticamente, informa e é informada pelas experiências políticas, sociais e humanas dessa cultura.

Destarte, dizer de um Estado Constitucional é dizer de um Estado que se pretende legítimo sob vistas dos padrões de bem e *vida boa* de uma determinada cultura (de liberdade), construídos nos termos daquilo que poderíamos dizer de uma *cultura constitucional*[471]. Portanto, de um Estado em que o poder não se coloca como, simplesmente, autoritário, mas como legítimo uma vez que justificado e assentado diante de uma *cultura de justificação*[472].

Essa perspectiva não implica, de forma alguma, uma homogeneidade absoluta das experiências, valores, textos e normas constitucionais, quando se

---

[469] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 17 e ss. Nesta obra ROSENFELD joga com o duplo sentido que a palavra *subject* tem em língua inglesa, podendo ter o significado de sujeito, mas também, de assunto, tema: "The very notion of the constitutional subject is ambiguous. It is not clear whether the notion refers to the makers of the constitution, those subjected to it, or its subject-matter". Aqui, naturalmente, quando se fala de sujeito constitucional trata-se da dimensão que este termo possui em sua transliteração para o português.

[470] COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 28: "A pergunta que institui um caso como um caso jurídico, e que está na base de todo pensamento jurídico, é a pergunta acerca do humano, é a pergunta por uma certa forma de vida em que o humano se afirma como pessoa – é a pergunta pela *pessoa* como igualdade, liberdade e responsabilidade".

[471] HELLER, Hermann. Political democracy and social homogeneity, *op. cit.*, p. 260.

[472] MUREINIK, Etienne. A bridge to where?. MUREINIK trata detidamente da transição constitucional sul-africana, ou, mais precisamente, da Constituição Provisória da África do Sul de 1993 (particularmente, de seu capítulo 3, que se referia ao Bill of Rights), como uma ponte entre uma *cultura autoritária* em superação e uma *cultura de justificação*, em construção: "If the new Constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification - a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion", p. 32.

comparam as diversas ordens e Estados constitucionais. Portanto, dentro daquilo que aqui tratamos por *cultura constitucional* (em sentido amplo) – ou, em termos mais estritos, atinentes à relação entre validade e legitimidade, por *cultura do constitucionalismo* – é possível identificar várias culturas constitucionais[473], várias identidades constitucionais particulares que se pronunciam desde a articulação entre a cultura do constitucionalismo e as heranças e construções socioculturais próprias e particulares[474].

Para a aproximação a um conceito de Constituição como produto de uma cultura, serão resgatadas aquelas posturas dialéticas encontradas ainda no berço da Teoria da Constituição, articulando-as com os desenvolvimentos mais conexos da Teoria e da Filosofia da Constituição. Para tanto, avançar-se-á sobre uma questão que é elementar desde o surgimento do Estado Moderno, especialmente, desde o início do constitucionalismo. Questão que é, particularmente, importante à Teoria da Constituição: a soberania. Tratar-se-á mais propriamente da soberania popular como elemento indispensável do próprio constitucionalismo, ou, pelo menos, do constitucionalismo dito democrático.

---

[473] VORLÄNDER, Hans. What is "constitutional culture"?, *op. cit.*, pp. 21-22; MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 56.

[474] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 45: "Constitutional discourse must articulate a self-identity by means of counterfactual narrative that takes into account both the applicable constitutional text and the normative constraints flowing form constitutionalism. Such narrative, moreover, must strive to bridge the gap the splits the constitutional subject into self and other, while, at the same time, furnishing sustenance to the constitutional subject by endowing it with a distinct identity. From the standpoint of those who seek to vindicate the constitutional status quo, constitutional discourse must bridge the gap between the actual constitution and the precepts of constitutionalism, and forge sufficient common grounds between self and other to lend the requisite support for the constitutional subject to maintain a distinct identity. From the standpoint of those who appeal to the counterfactual imagination to launch a critique of existing constitutional arrangements, on the other hand, constitutional discourse must expose mere semblances of harmony between the constitution and constitutionalism, and pierce through constitutional identities that oppress or unduly constrain self or other". Ainda, também, utilizando a chave *identidade constitucional* (*constitutional identity*): FLETCHER, George P. Constitutional Identity. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 223-232. Aproximando-se desse sentido: SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Identidade do sujeito constitucional e controle de constitucionalidade*: raízes históricas da atuação do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2010.

5.1. CONSTITUIÇÃO COMO PRODUTO DE UMA CULTURA

A *constituição* é uma construção cultural. É o produto de uma cultura específica: da cultura do Ocidente. Ou, pelo menos, de um grupo de culturas muito próximas e conexas que passaram por um processo que se coloca como moderno[475]. Ela traz marcas e heranças não unívocas, mas que se comunicam e se constroem desde processos histórico-culturais. Esses têm início ainda na *fundação do Ocidente*, raiz remota desse *modo de ser* tão próprio e dessa cosmovisão particular, mas que se delineiam e sedimentam, especialmente, na modernidade, apontando em um sentido de uma identidade, ela mesma, plural, que se alicerça ou, ao menos, arroga-se como a cultura de liberdade.

De fato, esse caminhar não é absolutamente unidimensional, plano, chato, ininterrupto, tampouco, precisamente lógico ou mecanicista. Pelo contrário, é cheio de percalços, descontinuidades, fragmentações e, particularmente, de possibilidades. Dessa maneira, é, possivelmente, mais bem compreendido desde uma percepção de movimento não linear, mas dialeticamente, pendular[476].

Além disso, ainda que, de algum modo, autores cheguem a falar em constitucionalismo dos antigos e constitucionalismo medieval[477], a constituição no

---

[475] Falando, não propriamente, em cultura constitucional, mas da cultura da modernidade mais amplamente: TAYLOR, Charles. Two Theories of Modernity. *Public Culture*, Durham, v. 11, n. 1, pp. 153-174, inverno 1999, p. 153: "The contemporary Atlantic world is seen as a culture (or a group of closely related cultures) with its own specific understandings of, for example, person, nature, and the good". Mais que isso, para TAYLOR, a cultura da modernidade possui autonomia em relação à cultura ocidental que a antecede, sendo-lhe tributária, entretanto, diferenciada.

[476] HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*, *cit.*, pp. 21 e ss.: "Identificamos na história ocidental uma tensão permanente entre a matéria em dionisíaca ebulição e a forma apolineamente forjada. O mudo grego, assim legou-nos o olhar sobre o poder, pólis, a democracia; já Roma, com o poderoso racionalismo estoico (apolítico), descobre a pessoa e o direito. O medievo, alienação do Espírito, é todo ele dionisíaco, soturno, imerso em trevas das quais emerge o poder absoluto da Igreja, e a seguir o absolutismo do Estado Moderno. O Estado liberal de Direito é reação do apolíneo, com a formalização das liberdades e o cerceamento do poder; o Estado social é o retorno dionisíaco, e por vezes barrocamente contraditório, do poder, ora mais, ora menos embriagado de si. Para onde oscilará o pêndulo da história? Será o Estado democrático de Direito a síntese, já em Nietzsche ansiada, das forças e desejos que movem o homem e seu mundo?", pp. 22 e 23.

[477] Falando em constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, pp. 51 e ss.; FIORAVANTI, por sua vez, fala não exatamente em constitucionalismo antigo, medieval e moderno, mas sim, em Constituição dos antigos, Constituição medieval e Constituição dos modernos: FIORAVANTI,

sentido em que a compreendemos e a pretendemos, é uma construção notadamente ligada ao Estado moderno e, mais propriamente, filha das transformações e revoluções político-sociais dos séculos XVII e XVIII, deste em especial[478].

É inevitável reconhecer a modernidade como filha da(s) cultura(s) pré-moderna(s) do Ocidente e que mesmo no processo de negação dessa(s) cultura(s) pré-moderna(s), ela(s) está(ão) suprassumida(s) como parte própria e inevitável da cultura que as nega[479].

Maurizio. *Constitucionalismo*: experiencias históricas y tendências actuales. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 17; ao passo que BARACHO faz um levantamento do significado de constituição desde a *Politeia* grega até o Constitucionalismo contemporâneo: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do Constitucionalismo, *op. cit.* Em que pese esses autores fazerem, de formas diferentes, menção ao termo constitucionalismo e/ou constituição em momentos anteriores à modernidade, o fazem, em todos os casos acima, em referência comparativa e por oposição expressa ao conceito de constitucionalismo enquanto moderno, este entendido como constitucionalismo por excelência. DALMO DALLARI, entretanto, trata mais detidamente do constitucionalismo medieval, inclusive alegando que "o constitucionalismo nasceu durante as disputas medievais pelo predomínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região" e destacando a relação entre o absolutismo e o constitucionalismo, DALLARI, Dalmo. *A constituição na via dos povos*, *cit.*, pp. 51 e ss. Também tratando de constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno vê-se MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na linha de MCILWAIN, entendendo que: "o constitucionalismo não se reduz ao projeto de implantação, e toda parte, de Constituições escritas, que a história mostra haver nascido no século XVIII. Significa a busca da limitação do poder. Deste modo, como Mc Ilwain ensina, teria havido um constitucionalismo 'antigo' que o século das luzes substitui por um constitucionalismo 'moderno'", FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3; além do próprio MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism*: Ancient and Modern. 2ed. Ithaca: Cornwell University Press, 1947. Aprofundando as chaves *iurisdictio* e *gubernaculum* levantadas por MCILWAIN, é interessante o desenvolvimento de LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and legal reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007.

[478] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, *cit.*, p. 44: "O ponto culminante de viragem é a Revolução Francesa (1789 – 1799), mas não pouca importância assumem nessa mudança a Inglaterra (onde a evolução se desencadeia um século antes e onde se inicia a 'Revolução industrial'), e os Estados Unidos (com a primeira ou, olhando às colónias de que se formou, com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno). A expressão '*Estado constitucional'* parece ser de origem francesa, a expressão '*governo representativo'* de origem anglo-saxónica e a expressão '*Estado de Direito'* de origem alemã. A variedade de qualificativos inculca de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tónicos".

[479] Tratando do conceito de humano como autoconstrução, desde uma perspectiva filosófica no mundo grego: COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*, *cit.*, especialmente, pp. 93-189. Fazendo uma reconstrução da dignidade da pessoa humana desde a antiguidade: OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais I*, *cit.* Falando mais detidamente da contribuição do medievo: SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*: a contribuição do alto medievo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009; SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*: por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011. Abordando a questão de forma mais ampla e global: COMPARATO,

De fato, a modernidade é um período de significativa mudança de curso histórico-cultural das relações jurídico-políticas: quanto à forma, quanto ao conteúdo e organização do Estado, quanto à compreensão da legitimidade, bem como, quanto à fundamentação do poder. É nessa esteira que o conceito de constituição aqui é considerado como necessariamente vinculado ao constitucionalismo (moderno) propriamente dito[480], portanto, a uma tradição específica que se desenvolve no seio da civilização ocidental[481]; forma de organização política que se pretende legítima, porque vinculada a uma cultura e identidade política específica e, nela, normativamente justificada.

Com isso, já é possível apontar a um primeiro aspecto de um conceito de Constituição que parece adequado, qual seja, o de que não se pode desvincular sua pretensão de legitimidade/validade, de sua forma e estrutura propriamente ditas. Não nos parece possível entender a Constituição, simplesmente, desde uma estrutura formalista, tão somente como uma norma hierarquicamente superior, compreendida em razão de uma lógica pretensamente formal e neutra.

Pelo contrário, a Constituição é uma unidade cultural – jurídico-política por excelência – em que forma e conteúdo necessariamente se implicam. Mais que isso, não seria demais afirmar que a própria visão mecanicista, fabril, tecnicista, geométrica de constituição que o positivismo formalista constrói particularmente desde o século XIX, por exemplo, parte de pressupostos epistemológicos e de

---

Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

[480] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do Constitucionalismo, *op. cit.*; FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo*, *cit.*

[481] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 582: "não propomos um qualquer 'conceito neutro' de Direito Constitucional. Antes o procuramos apreender enquanto realidade normativa que nuclearmente identifica as experiências políticas vividas neste nosso quadrante cultura, neste nosso momento histórico. De resto, um qualquer 'conceito neutro' de Direito Constitucional (...) construído a pretexto de um não 'eurocentrismo' ou de uma maior abrangência 'científica', deixará necessariamente por apreender o que o Direito Constitucional *é* no contemporâneo quadrante ocidental".

razões de pensamento, eles mesmos, bastante implicados e comprometidos com uma perspectiva ideológica muito específica e, em alguma medida, datada[482].

Como já dito, parece inevitável entender, com HERMANN HELLER, que aquele que observa o Estado e o *analisa* não pode pretender-se, a si mesmo, fora desta realidade, mas nela imerso. Afinal, todo o conhecimento sobre o Estado e, consequentemente, sobre a Constituição, tem como pressuposto o fato de a vida estatal sempre incluir quem a investiga, portanto, que o investigador sempre está nela inserido de modo existencial e, até por isso, não tem o poder de abandoná-la[483].

Por conseguinte, a constituição – assim como o próprio Direito Constitucional e a Teoria da Constituição – nunca poderá ser entendida de forma estritamente técnica ou neutra, justamente porque essencialmente política (jurídico-política, para ser mais preciso). Não parece haver sentido compreendê-la de modo apartado da realidade ou da normalidade em que se coloca e se faz viva, uma vez que a Constituição está situada, por excelência, no próprio processo político[484]. Tampouco poderá ser compreendida desde uma mera situação fática de poder relativamente permanente, sem considerar que o Direito cria poder tanto quanto o poder cria Direito[485].

Existe, portanto, uma relação dinâmica, dialógica e dialética, entre jurídico e político, entre Direito e poder, mas também, entre constituição posta e o corpo de prescrições normativas da cultura do constitucionalismo[486]. É próprio dessa *cultura constitucional* não ser estática ou estagnada, mera ordem concreta, mas viva em uma relação na qual se embatem e, simultaneamente, se articulam, realidade e norma, político e jurídico, *ser* e *dever ser*.

---

[482] LUCAS VERDÚ, Pablo. La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre «la estructura de la civilización». *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 66, pp. 7-65, out./dez. 1989.

[483] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 48.

[484] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, pp. 14 e 15. Nesse sentido, também, OTERO, Paulo *Instituições políticas e Constitucionais*, *cit.*, p. 16.

[485] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 350-351: "toda teoría que prescinda da alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la realidad estatal y es, por eso, falsa ya en su punto de partida".

[486] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 41-45.

Por conseguinte, do mesmo modo que HELLER não aceitava a formulação de KELSEN que afirmava ser todo Estado um Estado de Direito[487], nos parece menos ainda possível dizer que todo Estado é um Estado Constitucional, portanto, que todo Estado possui uma constituição[488].

Um Estado Constitucional é, por definição, um Estado que se pretende legitimado em bases materiais produzidas, informadas e dialogadas, em uma determinada cultura, por conseguinte, *justificado* em um projeto político-cultural. É assim que coloca MÜLLER, quando diz que se "não importassem os conteúdos da ação estatal considerada 'legítima', 'Constituição' não seria um conceito jurídico, mas apenas um suporte fático existencial, apenas 'vontade' e 'decisão'"[489]. De modo similar, DIETER GRIMM aponta como um dos aspectos imprescindíveis da constituição normativa o fato de que aquilo que configura uma constituição não é propriamente seu objeto, mas as premissas das decisões políticas[490].

---

[487] HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura?, *op. cit.*, pp. 124. Parece, também, ser possível dizer, nesse sentido, com MÜLLER: "A questão aqui examinada é de *teoria constitucional*. Esta não precisa – por assim dizer como Teoria Especial do Estado Constitucional moderno – restringir-se incondicionalmente a um ordenamento constitucional individual. Com as fontes materiais da história do direito e do Direito Comparado, ela pode chegar também a uma teoria estrutural tipológica, cujo cerne, que pode ser circunscrito tem termos de conteúdo, necessariamente não seria mais normativo no âmbito interno das constituições individuais vigentes do grupo de países", MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 120.

[488] Assim, HÄBERLE define peremptoriamente: "entendemos por Estado constitucional la comunidad política que encuentra su fundamento antropológico-cultural en la dignidad del hombre, como decía E. Kant, y que, en la democracia pluralista, encuentra su estructura organizativa", HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, *cit.*, p. 178. E ainda: HÄBERLE, Peter. Constituição – Cultura – Previsões Relativas a Deus. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (org.). *Estudos de Direito Público e Filosofia do Direito*: um diálogo entre Brasil e Alemanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 249-262: "O 'tipo Estado Constitucional', uma realização cultural de muitos séculos e reunião de textos clássicos de *Aristóteles* que passa por *Montesquieu* e *Rousseau*, Federalist Papers (1787) e 'Princípio da Responsabilidade' de *H. Jonas* do Direito Ambiental, é encontrado em muitas variações (nacionais), mas é apresentado também como 'tipicamente ideal': como os direitos humanos que, em seus fundamentos e elementos, cada vez mais se diferenciaram quanto aos temas e às suas dimensões (p. ex: direitos dos deficientes); como uma realização da democracia de partidos (pluralistas); da divisão dos poderes; da identidade (nesse sentido, artigos acerca dos símbolos do Estado, como bandeiras); dos objetivos do Estado, como o Estado de Direito, Estado Social, Estado Cultural e nos últimos tempos, Estado Ambiental; também frequentemente Estado como classificação de poderes (federalismo e regionalismo)".

[489] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, p. 114.

[490] GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *cit.*, p. 32, e segue: "Ciertamente, el resultado depende de la medida en que las diferentes posiciones sean incluidas

É nessa esteira que insistimos que um conceito de constituição só pode ser construído percebendo-se que a questão base de sua razão de ser é, justamente, a preocupação com a legitimidade do poder, que se erige sobre bases (culturais) originaria e eminentemente modernas. Estas, notadamente, a partir da segunda metade do século XX, em seus textos normativos, reconhecem-se legítimas, explicitamente, sobre uma *igualdade fundamental de todos os homens em uma humanidade comum*, portanto, em indivíduos igualmente livres, ou seja: na dignidade da pessoa humana. Por isso afirmar-se que o poder e o Direito, em seu formato constitucional, legitimam-se em referência a um conceito normativo[491].

No curso do primeiro século e meio do constitucionalismo, essa aspiração foi sendo minada, deixada de lado e esquecida. O movimento de dessubstancialização do conceito de constituição em escalada no caminho do século XIX culminou em um desprendimento do conceito de constituição, da original preocupação com essa legitimidade específica. Isso, de algum modo, possibilitou ou, ao menos, contribui em grande parte para a instituição dos regimes totalitários e ditatoriais que o século XX viveu.

É possível dizer que, na disputa do contexto weimariano, a fé vazia numa nomocracia colaborou para que a confusão entre arbítrio e poder se aprofundasse[492]. Weimar foi uma república sem republicanos, uma democracia sem democratas, em que, curiosa e tragicamente, a norma pela norma e a forma pela forma foram incapazes de dialogar com a realidade e com a legitimidade,

---

en el consenso: los sistemas políticos que reconocen la legitimidad de la pluralidad de opiniones e intereses y, por tanto, pueden limitarse a la formulación de un consenso básico, parecen más aptos para tener éxito que aquellos que pretenden legitimarse sobre la verdad y por ello buscan un consenso total. Al poner en peligro el efecto legitimador, pacificador y estabilizador de la constitución estos últimos se ven obligados a compensar el exiguo compromiso por medio de un elevado grado de coacción".

[491] BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *In*: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta:* temas políticos e constitucionais da atualidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 33-51, p. 50: "A legitimidade considerada pura legalidade ou pura aplicação procedimental, conforme deflui, respectivamente, do decisionismo de Schmitt ou do formalismo processualista de Luhmann, seria incompatível com a concretização de uma ordem jurídica democrática, aberta, pluralista, atada a uma tábua consensual de valores com variações alternativas ao exercício do poder por formações dispostas ao compromisso, ao respeito mútuo, à preservação da identidade do regime".

[492] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo, cit.*, p 115-117.

possibilitando a institucionalização do Terror que eliminou a própria forma jurídica.

O Estado tornou-se um Behemoth, que, como no mito judaico, trabalhado por HOBBES e relembrado por NEUMANN[493], apresentava-se como um gigante caótico, um monstro amorfo, cheio de normas e regulamentos, mas sem Direito, sem *ratio*, só *voluntas*. Verdade que seria uma injustiça para com o normativismo imputar-lhe a culpa por tal dilúvio. Aliás, como dito, o próprio KELSEN, era, ele mesmo, um democrata e um liberal convicto, maximamente preocupado com a tolerância. De mesmo modo, seria demais indicar que o frustrar da República de Weimar e sua perversão foram decorrentes, apenas, do fracasso de suas estruturas jurídico-constitucionais. Afinal, o Direito é cultura, mas não é toda ela. De toda sorte, foi sobre o paradigmático e progressivo desprendimento entre a legitimação do Estado e do Direito e a validade do Direito que, de certo modo, se alicerçaram a maior parte das "justificações" dos regimes autocráticos dos novecentos[494].

E foi sobre as cinzas, escombros e vidas *desumanizadas* que se iniciou mais um fluxo da história do constitucionalismo e do Estado de Direito: o Estado Democrático de Direito[495]. Ele não simplesmente refuta os paradigmas do Estado Liberal de Direito ou do Estado Social de Direito, mas os suprassume, trazendo consigo os direitos fundamentais individuais e políticos (de primeira geração), os direitos fundamentais sociais (de segunda geração), agregando os direitos

---

[493] NEUMANN, Franz. *Behemoth*, *cit.*

[494] BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade, *op. cit.*, pp. 44-45: "Era o princípio da legalidade radicalizado, servindo, como serviu, de veículo de destruição do próprio ordenamento democrático-representativo, a saber, decretando o fim da República de Weimar, conforme patenteou Schmitt. Tal destruição, segundo o mesmo autor, se fez por um partido que entrou pela porta aberta da legalidade, mas logo fechou essa porta aos seus adversários e levou a cabo o excêntrico modelo da 'revolução legal', cujos resultados catastróficos foram, como se sabe, o advento do nacional-socialismo".

[495] HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*, *cit.* Há basicamente duas posições a respeito do significado da expressão Estado Constitucional. Autores como JOSÉ LUIZ BORGES HORTA e JORGE MIRANDA defendem que as expressões Estado de Direito e Estado Constitucional são sinônimas. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*, *cit.*, p. 33. De forma diferente, outros, como CANOTILHO e ZAGREBELSKY, entendem o Estado Constitucional como um Estado de Direito qualificado, relacionando-o ao Estado Democrático de Direito, como suprassunção do Estado legal de Direito. Nesse contexto, destacam a íntima relação entre Estado de Direito, democracia e supremacia da constituição. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, *passim*. ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil:* Ley, derechos y justicia. 10 ed. Madri: Trotta, 2011, pp. 21-45.

fundamentais difusos (de terceira geração)[496], combinados a um movimento tendente a, mais uma vez, ressubstancializar o conceito de constituição[497]. Agora, explicitamente, em volta da ideia/parâmetro de *dignidade humana*.

Esse ponto de chegada – naturalmente, não definitivo, mas conceitual – não estará distante dos fundamentos primeiros do constitucionalismo, muito pelo contrário. É possível dizer que, ao menos no plano positivo-constitucional, os ideais da revolução francesa, provavelmente, nunca estiveram tão em voga quanto neste último momento do constitucionalismo[498]. É marca deste modelo o reconhecimento da relação de complementariedade entre "*liberdade, igualdade e fraternidade*" na experiência constitucional-democrática, implicando-se as três, mútua e dialeticamente na construção de uma comunidade jurídico-política justa e livre.

Uma *liberdade parametrizada pela igualdade fundamental de todos em uma humanidade comum*[499], uma *igualdade comprometida com a liberdade de cada um e de todos*, logo, um *sentimento de fraternidade constitucional existente entre os cidadãos*[500]. Esse é, ainda, o projeto político-cultural do constitucionalismo, daquilo que FRIEDRICH MÜLLER vem a chamar de *família constitucional*[501]. Dialético, inclusive, porque cultural; ou, pelo menos, justamente, por ser o projeto de uma cultura de liberdade que, por isso mesmo, tem como característica básica a dialeticidade e, também porque cultural, normativo.

---

[496] HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*, *cit.*, pp. 217-233; HORTA, José Luiz Borges. Hegel e o Estado de Direito. *In*: SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges (coord.). *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 247-264, p. 254.

[497] LUCAS VERDÚ, Pablo. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución, *cit.*, *passim*.

[498] Nesse sentido, não deixa de ser curioso a prescrição do art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, que, ao mencionar os objetivos fundamentais da República, os inicia por: "construir uma sociedade livre, justa e solidária", reproduzindo, em outras palavras, mas não em outra ordem, nem em outro sentido, a antiga tríade francesa: "Liberdade, Igualdade e Fraternidade".

[499] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, pp. 129-163.

[500] HORTA, José Luiz Borges. La Era de la Justicia Derecho, Estado y límites a la emancipación humana, a partir del contexto brasileño, *op. cit.*, pp. 76-77.

[501] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, em várias passagens, como, por exemplo, nas pp. 54 e 118; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*, *cit.*, p. 41: "países pertencentes à 'família constitucional', *i.e.*, aos países em conformidade ao Estado democrático de Direito".

Essa ressubstancialização, de algum modo, reputa-se ao conceito original de constituição que, como dito, vincula-se basicamente à preocupação com a legitimidade do poder. Ela ocorreu de forma clara e evidente no plano do direito constitucional positivo desde a *Lei Fundamental* alemã de 1949[502], bastante influenciada pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e pensada como resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Foi seguida pelos vários países que passaram por processos de reconstitucionalização e redemocratização na segunda metade do século XX, como foram os casos dos países ibéricos (Portugal, em 1976[503] e Espanha, em 1978[504]), do Leste europeu (incluindo aqui a unificação alemã) e da América Latina, desde fins da década de 1980, no Brasil em 1988[505].

Nesse momento ocorreu uma virada na estrutura de gravitação jurídico-política estatal, aquilo que JORGE MIRANDA vem a chamar de *revolução copernicana* do Direito Público, quando se passa a identificar de forma patente e decorrente da estrutura constitucional, a centralidade que tem a constituição na

---

[502] Lei Fundamental da República Federal Alemã: "Art 1(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt". A discussão sobre a *Lei Fundamental Alemã,* seu valor simbólico e a relação que revela entre o trágico passado nazista e o novo Estado Constitucional que se instala (recupera) é riquíssima e promoveu muitos dos maiores debates sobre a forma política na segunda metade do século XX. A esse respeito é importante o episódio conhecido como a *disputa dos historiadores* (*Historikerstreit*) da segunda metade da década de 1980 na Alemanha, que tratava, especialmente sobre a forma como a Alemanha e os alemães deveriam encarar o passado e o regime nazista. Antes mesmo disso, JASPERS já trabalhava os conceitos de *culpa coletiva* e *responsabilidade coletiva* tratados em: JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt*. 2 ed. Nova York: Fordham University Press, 2000. Encaminhando-se nesse sentido, também, ACKERMAN, por exemplo, destaca um caráter muito particular ao *novo começo* alemão, que se formulou a partir de uma *catastrophic defeat*, ao contrário do que mais corriqueiramente acontece, quando uma nova constituição geralmente se ergue em um *triumphalist scenario*. ACKERMAN, Bruce, The Rise of World Constitutionalism, *op. cit.*

[503] Constituição da República Portuguesa: "Artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

[504] Constituição Espanhola: "Preámbulo. La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:(...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida".

[505] Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

dinâmica normativa e estatal[506]. Foi também nesse sentido que CANOTILHO desenvolveu seu conceito de Constituição dirigente como teoria social, vinculativa, inclusive e especialmente, da atividade do legislador[507].

Nessa ordem, a grande maioria dos textos constitucionais do entre nós chamado Estado Democrático de Direito traz, expressamente, a dependência do projeto constitucional ao valor da *dignidade da pessoa humana*, verdadeira *premissa antropológico-cultural* do Estado Constitucional, nos termos de HÄBERLE[508]. Premissa na qual se depositam as expectativas de legitimidade do poder, que apontam para sua justificação, constituindo assim o traço definidor de um Estado enquanto Estado Democrático de Direito, por conseguinte, de um Estado que se pretende constitucional. Portanto, o próprio conceito de constituição é um conceito normativo, cuja normatividade decorre da premissa em que deposita suas expectativas de legitimidade e justificação. É, assim, um conceito sem sentido se compreendido desde perspectivas formalistas, porque substantivamente comprometido com esse fundamento de legitimidade, que é, ele mesmo cultural.

Desse marco inicial típico do Estado constitucional, do homem com dignidade, derivam-se: sua forma organizativa na democracia pluralista; uma série de direitos fundamentais de liberdade e igualdade; os princípios de solidariedade e de igualdade material que direcionam e apontam os fins do Estado social de Direito; uma estrutura de limitação dos poderes[509].

---

[506] MIRANDA, Jorge. Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, pp. 61-84, 2003, p. 65.

[507] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*

[508] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *cit.*, pp. 169 e ss.; HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 2, pp. 87-104, jan. 2000, pp. 92 e ss.; HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*, *cit.*, pp. 105 e ss.

[509] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *cit.*, p. 3: "El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta". BARACHO sintetizará dizendo que: "entre os caracteres do constitucionalismo coloca-se em primeiro lugar, como finalidade essencial, a preservação da *dignidade da pessoa humana*. Com princípios, estão dois pressupostos fundamentais: o império da lei e a soberania do povo", BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do Constitucionalismo, *op. cit.*, p. 27.

Se, por um lado, o modelo social burguês não cumpriu suas promessas, feitas ainda pelas revoluções setecentistas, mostrando-se incapaz de promover o justo equilíbrio social esperado, embaraçando-se nas paradoxais amarras de um liberalismo e nas limitações de uma igualdade puramente formal, por outro, o discurso e o ideal revolucionário da modernidade (especialmente francês) seguiram alicerçando o substrato de legitimidade e apontando à justificação e ao projeto de Estado e de comunidade entendidos como justos.

Assim entende JOAQUIM CARLOS SALGADO, relacionando a unidade entre o poder e a liberdade com a experiência da Revolução (francesa) e a ideia da autonomia privada e pública no Estado Democrático de Direito[510]. Também PETER HÄBERLE faz alusão explícita à relação entre o projeto do Estado constitucional e a Revolução, intitulando uma de suas obras: "1789 como parte da história, do presente e do futuro do Estado Constitucional"[511]. Vê-se também em HELLER, cujo projeto buscava conciliar socialismo e democracia, que "la reivindicación por el proletariado de una democracia social no significa otra cosa que la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea del Estado material de Derecho"[512]. Mesmo, dentro do marxismo, leituras como a de ERNST BLOCH tendem a apontar a perenidade do ideal revolucionário[513]. E, ainda dentro do campo da esquerda, FRANZ NEUMANN, jurista da Escola de Frankfurt, identifica no próprio Estado de Direito a semente do projeto para a emancipação do homem, apontando ser ele, não um impeditivo, mas um possível caminho,

---

[510] SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n.2, p. 03-34, 1998.

[511] Essa é a tradução literal do título original em alemão: "1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates". No entanto, a edição que tivemos acesso foi a tradução castelhana, em que o título é um pouco diferente do original: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.* Madri: Trotta, 1998.

[512] HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura?, *op. cit.*, p. 124, e segue, imediatamente, na sequência: "dentro de la burguesía se ha perdido el nervio para dar nuevo cumplimiento a su mandato histórico. La burguesía reniega de su propia esencia espiritual y se entrega en brazos de un nuevo feudalismo irracionalista".

[513] BLOCH, Ernst. Upright Carriage, Concrete Utopia. *In*: BLOCH, Ernst. *On Marx*. Nova York: Herder and Herder, 1971, pp. 159-173, pp. 168-170.

uma etapa possível, para a construção de uma sociedade livre para o ideal socialista[514].

De certa forma, debruçando-se mais detidamente sobre a experiência de Constituição, GRIMM também constata que a situação especial que marcou o constitucionalismo em fins do século XVIII, de algum modo, sobrevive ainda como regra geral, o que significa que: não se pode reconhecer a nenhum sujeito o poder em razão de uma qualquer origem divina ou, ainda, baseado em si mesmo. Sobre isso, sustenta ser duvidoso verificar qualquer decadência iminente do sentido da constituição normativa[515]. E é assim que a constituição, com sua forma democrática, ainda hoje revela a dialética entre "poder e liberdade"[516].

Há, portanto, uma identidade do constitucionalismo, que é (re)lida mais amplamente a cada momento fundacional, quando se forma uma nova ordem válida, mas, também, na amiúde vivência, leitura e releitura, concretização e construção dessa identidade. Esse caminhar é a própria essência da cultura constitucional, que com um sentido normativo, coloca-se sob as amarras do constitucionalismo, sem, no entanto, sufocar os caminhos jurídico-políticos das comunidades que as leem. Pelo contrário, tais amarras têm o condão de abrirem possibilidades para o Político em termos democráticos, pois são, em última instância, fórmulas de uma cultura que compreende a todos como igualmente livres e que, por isso, assimilam e expõem uma lógica que pretende uma

---

[514] NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*

[515] GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *cit.*, p. 41: "Preguntarse por el futuro de la constitución a la luz de esos datos significa, ante todo, deja constancia de que un fenómeno nacido bajo determinadas condiciones históricas no puede sobrevivir a la supresión de tales condiciones; si lo logra, es tan sólo al precio de quedar vacío de sentido. Con todo, es dudoso que esta decadencia sea inminente para la constitución normativa: de hecho, en algún aspecto la especial situación de las primeras constituciones se ha convertido hoy en regla. En general, ya no se reconoce a sujeto alguno un derecho a ocupar el poder de origen divino o basado en sí mismo".

[516] SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n.2, p. 03-34, 1998: "O embate 'poder e liberdade' tem dimensões bem diferentes na cultura ocidental, que é por excelência, ou pelo menos assim se mostrou, uma cultura da liberdade ou que revela e realiza a liberdade, pois esses dois termos aparecem no mundo ocidental não como oposições abstratas, mas dialéticas, isto é, não cristalizadas e afastadas uma da outra, como incompatíveis, de modo a sujeitar o poder à liberdade, mas como momentos que apontam um momento posterior e superior à sua oposição, pela sua superação. O poder e a liberdade, após cumprirem uma trajetória de lutas na história do ocidente surgem como faces de uma mesma realidade, o poder político na sua forma democrática ou do Estado de Direito contemporâneo".

comunidade baseada no pluralismo e, especialmente, no reconhecimento do *eu* e do *outro*.

5.2. UMA APROXIMAÇÃO À QUESTÃO DA SOBERANIA

Em que pese ser o conceito de Constituição, como aqui tratado, um conceito normativo em si, ele não pode ser colocado como desprendido de uma necessária institucionalização. Uma ordem, enquanto jurídica, pretende-se objetiva e válida, ou como afirma NELSON SALDANHA: "a ordem jurídica se estabiliza dentro de uma sociedade ao assumir caráter 'oficial', ou institucional, isto é, ao ser aceita como ordem, com suas sanções e sua legitimidade"[517]. Já HELLER e, antes dele, ROUSSEAU, apontavam para a necessidade de se transformar normalidade em normatividade, ou seja, para a necessidade de colocar-se o poder como poder jurídico[518].

---

[517] SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82.

[518] De algum modo, no sentido de ROUSSEAU: "O mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado aparentemente com ironia e na realidade estabelecido como princípio. Mas será que um dia nos explicarão essa palavra? A força é um poder físico; não vejo que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, e não de vontade; é, quando muito, um ato de prudência. Em que sentido poderá constituir dever? Suponhamos por um momento esse pretenso direito. Digo que dele só resulta um galimatias inexplicável. Pois, tão logo seja a força que gera o direito, o efeito muda com a causa; toda força que sobrepuja a primeira há de sucedê-la nesse direito. Tão logo se possa obedecer impunemente, torna-se legítimo fazê-lo, e, como o mais forte sempre tem razão basta agir de modo a ser o mais forte. Ora, o que é um direito que perece quando cessa a força? Se é preciso obedecer pela força, não necessidade de obedecer por dever, e se, se já não se é forçado a obedecer, também não já é obrigado a fazê-lo. Vê-se, pois, que a palavra *direito* nada acrescente à força, não significa, aqui, absolutamente nada. Obedecei aos poderosos. Se isso quer dizer: 'cedei à força', o preceito é bom, mas supérfluo; afirmo que jamais será violado. Todo poder vem de Deus, reconheço-o, mas também todas as doenças. Significa isso que não se deva chamar o médico? Quando um bandido me ataca num canto do bosque, não só preciso forçosamente entregar-lhe a bolsa, mas também, caso pudesse salvá-la, estaria obrigado, em são consciência, a entrega-la? Afinal, a pistola que ele empunha é também um poder. Convenhamos, pois, que a força não faz direito, e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos", ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social:* princípios do direito político. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 12 e 13. Também em: "Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico; pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico, sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a lá voluntad", HELLER, Herman. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 277

Não sendo a Constituição mera norma de hierarquia superior na pirâmide do ordenamento jurídico, nem, de outro modo, simples decisão *ex nihilo*, é importante constatar em que termos se dá essa passagem do discurso cultural-constitucional ao poder estatal, e desse ao poder jurídico. Em que termos se fundamentam a soberania e a construção dessa ordem que se pretende legítima e que, sobre essa legitimidade, se justifica como válida.

Nesse contexto, uma constituição não deixa de ser um símbolo, colocando-se como veículo de criação de sentido, que dá propósito e integração interpretativa às ações da comunidade. Nessa esteira, VORLÄNDER aponta que as formas simbólicas são responsáveis por transformar ideias fundamentais do político em algo com finalidade e validade. E, nesses termos, o significado de uma constituição como uma ordem simbólica coloca-se, menos em relação às funções normativas e reguladoras do texto e mais vinculadas às ideias fundamentais da ordem e do projeto político da comunidade, do fato deles estarem nela reconhecidos de modo que se espera da Constituição uma função instrumental de guia[519].

Vários são os arranjos institucionais e, mesmo, normativos, possíveis para atender as exigências culturais de governo limitado, de Estado de Direito (em sentido formal), de legalidade, de proteção aos direitos fundamentais, de pluralismo e de democracia, característicos do constitucionalismo[520]. A leitura

---

[519] VORLÄNDER, Hans. What is "constitutional culture"?, *op. cit.*, pp. 27-29. Vale a advertência feita por GRIMM: "Constitution of this type are frequently called 'symbolic constitutions.' Symbolic constitution in this sense, however, should not be confused with symbolic effects of normative constitutions", GRIMM, Dieter. Integration by Constitution. *International Journal of Constitutional Law*, Nova York, v. 3, ns. 2-3, pp. 193-208, mai. 2005, p. 199, nota 13. Apontando a esse segundo sentido de *constituição simbólica* (melhor colocado seria *constitucionalização simbólica*) o autor menciona trabalhos de MARCELO NEVES, particularmente, a versão em alemão de: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Marins Fontes, 2013. O próprio MARCELO NEVES faz menção à função simbólica inerente à constituição normativa: "a função simbólica das 'Constituições normativas' está vinculada à sua relevância jurídico-instrumental, isto é, a um amplo grau de concretização normativa generalizada das disposições constitucionais. Além de servir de expressão simbólica da 'consistência', 'liberdade', 'igualdade', 'participação' etc. como elementos caracterizadores da ordem política fundada na Constituição, é inegável que as 'Constituições normativas' implicam juridicamente um grau elevado de direção da conduta em interferência intersubjetiva e de orientação das expectativas de comportamento", NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33 n. 132 , pp. 321-330, out./dez. 1996, p. 325.

[520] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 39-40: "There are, of course, many different ways in which constitution makers may seek to fulfill the conditions for

dessas estruturas tem como marco inicial em uma ordem a fundação de sua validade a partir de um momento constituinte.

Da questão cultural importa compreender que a ordem jurídico-política típica do constitucionalismo implica em uma forma muito específica de Estado: o Estado de Direito. Estado de Direito em sentido amplo, como o trabalhado por JOSÉ LUIZ BORGES HORTA, já é presente também em HELLER, entendido não apenas desde perspectiva formalista, típica do *Rechtsstaat* oitocentista, mas como uma formulação cultural do Ocidente, correspondente ao modelo típico de organização do poder e ordenação da liberdade[521].

É marca desse modelo, próprio da cultura ocidental, a preocupação não apenas com a validade e com a eficácia do ordenamento jurídico e da atuação estatal, mas também, com sua legitimidade, seu *fundamento.* É nesse ponto que se vê a relação íntima entre Estado de Direito, constituição e constitucionalismo[522]. E é nesse contexto, também que subjaz a questão da soberania[523].

---

emergence of a legitimate constitutional subject, but they all involve alienation of power and a construction of self-identity dependent on the will and self-image of the other".

[521] HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*, *cit.*

[522] GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 49: "la constitución moderna fijaba en un documento con forma jurídica, con pretensión sistemática y exhaustiva, la exigencia de cómo *debía* organizarse y ejercerse el poder estatal; de este modo la constitución se hizo una con la ley que regulaba la organización y el ejercicio del poder del Estado. Ya no se refería a la situación jurídicamente creada, sino a la norma creadora de aquélla: la constitución se erigió así en *concepto normativo*. En este nuevo sentido, en modo alguno podía decirse que todos los Estados tuvieran una. La existencia de un documento constitucional, que contuviera los derechos fundamentales y la representación popular, se convirtió en la característica distintiva para clasificar el poder estatal y la pregunta sobre si sólo podría pretender legitimidad un Estado constitucional entendido en este sentido dominó a lo largo de todo siglo XIX".

[523] KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 29: "Dois conceitos formam a chave para a compreensão de quase todos os problemas da Teoria do Estado relacionados com o Estado da Idade Moderna: o conceito de soberania e o conceito da legitimidade. Numa primeira e provisória caracterização, a soberania está direcionada ao poder de imposição do poder público, enquanto a legitimidade à questão da sua justificação. As duas questões estão estreitamente interligadas e formam, de certa forma, a parte externa e a parte interna do mesmo problema. Porque o poder de imposição do poder público só existe enquanto vale como justificado – no mínimo pelos detentores do aparato estatal. Se o fundamento da legitimidade do poder público está abalado, então surge a resistência passiva e ativa, a desobediência jurídica, a sabotagem e, finalmente, a polarização total e a guerra civil, a qual desemboca na sujeição de um partido ao outro e, portanto, no terror da guerra civil com forças policiais. A soberania de um Estado depende de sua legitimidade e a legitimidade fundamenta a sua soberania. Neste sentido, a *questão da legitimidade* é a *parte interna da questão da soberania*".

A discussão sobre a soberania é corrente na história jurídico-política ocidental, especialmente, desde a fundação do Estado moderno, mas mesmo antes dele. Essa preocupação se aprofunda e torna-se ainda mais intensa desde o surgimento do constitucionalismo e, particularmente, dos fluxos e desenvolvimentos do conceito moderno de democracia. Nesse sentido, KAHN aponta que os dois principais movimentos para a acepção moderna do *rule of law* são duas transformações culturais: a passagem de uma compreensão religiosa da ordem política, para uma secular; e transformação de uma concepção monárquica para uma popular de soberania[524]. Essa mesma afirmação faz sentido para o Estado de Direito de tipo continental.

As posições existentes e as respostas dadas à questão são das mais variadas. Elas não apenas alternam-se no tempo e nos diferentes momentos do Estado de Direito, mas, inclusive, colocam-se enquanto muito dispares, mesmo dentre aquelas apresentadas por autores que encararam e encaram as mesmas situações e conjunturas. Veja-se, por exemplo, as discussões travadas em WEIMAR[525].

Além disso, trata-se a soberania de questão complexa, assim como o próprio Estado. Ela é pluridimensional e, por isso, BONAVIDES, por exemplo, vai diferenciar a *soberania do Estado* da *soberania no Estado*. Enquanto a primeira refere-se aos elementos característicos do poder estatal que permitem distingui-lo dos outros poderes e instituições sociais, a segunda é referente à "determinação da autoridade suprema no interior do Estado, na verificação hierárquica dos órgãos da comunidade política e sobretudo na justificação da autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo"[526].

De algum modo, é também nesse sentido que KRIELE, ao mesmo tempo, reconhece que há *soberania jurídico-estatal no Estado constitucional* e defende que não há um soberano *no Estado constitucional*. Entende que, se por um lado,

---

[524] KAHN, Paul W. *The cultural study of Law*, *cit.*, p. 41. *Rule of law* para o autor tem um sentido mais amplo, relacionando-o, mesmo como uma experiência cultural, aproximando-se da construção do Estado de Direito. Nessa passagem, é curioso o fato dele expressar que uma das falhas do pensamento de CARL SCHMITT foi a de perceber, apenas, uma dessas transformações culturais.

[525] CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*, *cit.*

[526] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 137.

neste Estado os órgãos e o direito estatal apresentam-no como *soberano face à sociedade*, por outro, afirma que nesse modelo não há qualquer sujeito que, constitucionalmente, tenha poder ou palavra finais ilimitados. Para KRIELE, a existência de um sujeito com essas características coloca em risco a própria existência do Estado Constitucional[527].

Assim, parece razoável tratar de pelo menos duas dimensões da soberania: enquanto *poder objetivo da organização estatal* e como *poder subjetivo sobre e/ou na organização estatal*[528].

A dimensão relacionada ao *poder objetivo da organização estatal*, se coloca na capacidade do Estado fazer-se soberano do ponto de vista social e fático (objetivamente), logo, de atuar de modo eficaz impondo sua vontade. Trata-se, portanto, da *soberania do Estado em sua totalidade como unidade de ação e decisão* que resulta da própria natureza do poder social atuante *interna* e *externamente*. Assim sendo, essa face corresponde à soberania como poder de domínio (*Herrschergewalt*), qualidade que diferencia o poder do Estado de qualquer outro poder na sociedade, no que, por vezes, é entendido como um dos elementos (caracterizadores) do Estado[529].

---

[527] KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*, *cit.*, p. 169-176. Como se verá, não se concorda com KRIELE quando este entende que a democracia pressupõe o Estado constitucional, no sentido de que, pressuponha suas amarras jurídicas, a separação dos poderes, os Direitos Humanos, sendo juridicamente vinculada. Isso porque tal perspectiva que chega a uma resposta estática e demiúrgica – tudo se inicia com o Estado constitucional – o que nos parece pouco adequado para a compreensão dessa dinâmica.

[528] HELLER dirá de três dimensões: a) à que diz respeito ao poder objetivo da organização estatal; b) à que se refere ao poder subjetivo sobre a organização estatal; c) e a relacionada ao poder subjetivo na organização estatal. Portanto, cindindo a questão do *poder subjetivo no Estado* da questão do *poder subjetivo sobre o Estado*. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 311.

[529] GROPPALI, Alexandre. Doutrina do Estado. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1968, pp. 127 e ss.; DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. *In*: BARACHO, José Alfredo de Oliveira; HORTA, José Luiz Borges (org.). *Direito e Política*: ensaios selecionados. Florianópolis: Conpedi, 2015, pp. 72-207, pp. 108-109. Vale destacar a posição de JELLINEK, autor original da teoria dos elementos do Estado. JELLINEK diferencia o *poder de dominação* (*Herrschergewalt*) – auto-organização do poder de mando – da soberania. O faz entendendo o primeiro como nota essencial de um Estado, sendo, portanto, constituído da capacidade de organizar-se a si mesmo e de ter autonomia. Por sua parte, a soberania de um Estado seria caracterizada pelo fato de não haver qualquer poder que se colocasse sobre si. Nesses termos, o *poder de dominação* seria elemento necessário a um Estado, mas não a soberania: JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: FCE, 2000, pp. 397 e ss. Essa construção se dá muito em razão da conjuntura alemã da segunda metade do século XIX. A questão que se coloca diante dessa formulação tem muito que ver com as preocupações com a unidade alemã em tensão com

Destarte, não parece compreensível um Estado que do ponto de vista jurídico-político não possa colocar-se ou, ao menos, não pretenda colocar-se, como unidade de ação e decisão capaz de fazer valer sua vontade perante a sociedade e perante os demais Estados.

Um Estado tem de ser soberano, por definição. As normas de Direito Internacional – ou, mesmo, as amarras do constitucionalismo que aqui tratamos – fazem-se direito positivo, institucionalizadas e exigíveis coercitivamente, apenas quando reconhecidas e cumpridas pelo Estado, a partir de uma decisão soberana por ele emanada. Por um lado, essa decisão demanda justificação e fundamento para que seja legítima, mas, por outro, faz-se válida apenas porque institucionalizada de forma soberana e, com isso, portadora de pretensão de eficácia. Portanto, em sua dimensão objetiva, a soberania estará relacionada, especialmente, à capacidade de imposição (ação) da vontade (decisão) do Estado (unidade) frente às forças sociais (internamente) e, mesmo, perante outros Estados no plano internacional, nos limites de suas fronteiras (externamente).

Enquanto a primeira dimensão da soberania – como *poder objetivo da organização estatal* – é elemento do Estado moderno sua face relacionada ao *poder subjetivo sobre e/ou no Estado* revela-se ambígua. As diversas posições tomadas sobre essa questão trabalham de forma diferente a temática, sem,

---

a pretensão de soberania dos *Estados* componentes da federação. A questão do federalismo alemão sempre foi um tema muito delicado, até mesmo durante a República de Weimar, estando presente nas preocupações de vários dos autores do Direito Público alemão desde fins do século XIX, como LABAND, JELLINEK, ANSCHÜTZ, SMEND, dentre outros. Isso porque a unificação capitaneada e fortemente centralizada pelo Reino da Prússia gerava grande tensão política e jurídico-política, desafiando a própria unidade alemã, com especial cuidado à delicada e simbólica questão da soberania. Nesse sentido, A. J. P. TAYLOR destaca que a Constituição de Bismarck deveria ser federal, mas na verdade não passava de um federalismo fraudulento, fazendo parecer a ditadura prussiana mais respeitável, TAYLOR, A. J. P. *The Course of German History*: A survey of the development of German history since 1815. Taylor and Francis, e-Library, 2005 (eBook), pp. 130 e ss. Para as tensões jurídico-políticas do constitucionalismo e da soberania na Alemanha pré-weimariana: CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law*:.., capítulo 1. Sob a influência de JELLINEK, CARRÉ DE MALBERG faz distinção similar entre soberania e poder do Estado (*puissance de l'État*), sendo a primeira entendida como a negação da subordinação e o segundo como o poder de dominação. Nesse sentido, acompanhamos BERCOVICI que destaca, especialmente quanto à CARRÉ DE MALBERG, que a distinção que este faz entre soberania e poder do Estado é vazia de qualquer conteúdo concreto, restando estas duas figuras idênticas, BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 264, nota 147.

necessariamente, atentar a uma demanda anterior que parece fundamental: qual a pergunta a se fazer a respeito da soberania?

Em outras palavras, parece acertado identificar que as diversas definições que são apresentadas à temática muitas vezes podem ser mais bem diferenciadas, não exatamente, pelas respostas oferecidas, mas pelas perguntas que são feitas a respeito do tema: "*quem é o soberano*?" ou "*quem deve ser o soberano?*".

Essas duas perguntas são subjacentes à vida jurídico-política do Estado de Direito, entretanto, não coincidem e, apesar de relacionadas, caminham, quando muito, em constante tensão e diálogo. A conexão entre elas e o próprio conceito a que fazem referência poderia ser colocada em outra questão: a soberania é mais bem compreendida como uma norma ou como um fato?

A pergunta sobre "*quem é o soberano*" é ligada à facticidade do poder. Diz respeito a quem efetivamente é capaz ou tem maior probabilidade de impor sua vontade em uma relação social, ainda que contra resistências, independente de qual seja o fundamento dessa capacidade/probabilidade. Assim sendo, entende-la como pergunta de partida da soberania significa, em boa medida, procurar responder sobre este ponto desde uma perspectiva positivista e/ou sociológica. Neste sentido, também, essa é uma questão que pode ser colocada, quer no plano supra/meta-estatal, quer no âmbito intra-estatal.

"*Quem é o soberano?*" é a pergunta que responde SCHMITT com a frase que inicia seu *Teologia Política*: "Soberano é quem decide sobre o estado de exceção"[530]. Esta não deixa de ser uma resposta positivista, uma vez que o próprio SCHMITT descreve a soberania não como "la expresión adecuada de una realidad, sino una fórmula, un signo, una señal", logo, como algo que é simplesmente constatado, caracterizado pela lei da causalidade[531].

---

[530] SCHMITT, Carl. *Teologia Política*: cuatro capítulos sobre lá doctrina de lá soberania. Madri: Trotta, 2009, p. 13. Como já mencionado, é habitual do autor iniciar a obra com uma frase de efeito, como que com um aforismo. O faz assim peremptoriamente, entretanto, mais a frente, na mesma obra, quando reconhece: "La unión del poder supremo fáctico y jurídico es el problema cardinal del concepto de lá soberanía. He ahí toda su dificultad, y la cuestión estriba en formular una definición que aprehenda este concepto fundamental de la jurisprudencia sin valerse de predicados tautológicos generales y precise sus líneas esenciales desde el punto de vista jurídico", p. 22.

[531] SCHMITT, Carl. *Teologia Política, cit.*, p. 22.

Ao recorrer ao *estado de exceção*, também põe suas bases de definição da soberania sobre uma indeterminação, pois, para ele, o que caracteriza o soberano é sua possibilidade de suspender a vigência regular da própria norma e instaurar um *estado de exceção*[532] ao mesmo tempo em que "a competência do soberano depende da sua capacidade de se impor no estado de exceção e instaurar um quadro de normalidade"[533]. Logo, a norma válida é aquela que é decidida pelo soberano e soberano é o poder de decisão que subjaz à própria validade da norma, dando-lhe sustentação.

Essa perspectiva não está preocupada, ao menos a princípio, com o projeto que se pretende justificado e legitimado nos termos da cultura do constitucionalismo, com sua concepção específica de humano e, de algum modo, com o soberano que lhe é próprio.

SCHMITT, especialmente em seu *Teologia Política*, sustenta que o soberano é alguém que pode ser identificado, não normativamente, mas faticamente a partir da marca "decidir sobre o Estado de exceção", portanto, independentemente de justificativa ou justificação em respeito à "legitimidade" dessa decisão. Quando muito, sua visão estará comprometida com a "fundamentação" do poder/soberania em uma, qualquer, ordem concreta[534], mas não exatamente em um parâmetro normativo relacionado ao pluralismo, ao reconhecimento e à igual liberdade dos indivíduos.

---

[532] SÁ, Alexandre Franco de. O Ficcionalismo na emergência do decisionismo schmittiano. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pedro Pereira (org.). *Carl Schmitt Revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2014, p. 14.

[533] ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 240.

[534] A esse respeito são interessantes as observações de RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR a respeito do *decisionismo mitigado* que SCHMITT adota na década de 1930 em oposição ao *ocasionalismo* de seu pensamento em anos anteriores. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, pp. 119-144, 1997. Também não deixa de ser interessante a já mencionada observação de HELLER a respeito da contradição do pensamento de SCHMITT em seu *Teoría da Constituição*: "Contradiciendo sus propios supuestos, dice C. Schmitt que a toda Constitución existente hay que atribuirle la legitimidad, pero que una Constitución, sin embargo, sólo es legítima, 'es decir, reconocida no sólo como situación de hecho sino también como ordenación jurídica, cuando se reconoce el poder y (!) la autoridad del poder constituyente en cuya decisión ella se apoya'", HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, cit.*, pp. 352-353.

Outra resposta possível à pergunta sobre "*quem é o soberano?*" pode ser respondida não exatamente por quem fática e eficazmente é o soberano, mas por quem *validamente* é reconhecido como soberano na ordem jurídico-política. Esse parece ser um salto importante da cultura constitucional, isso porque o soberano que necessária e validamente deve ser reconhecido em um Estado que se pretende constitucional tem de coincidir com o mesmo que responde à questão da legitimidade da soberania. Quanto a isso, a identidade do constitucionalismo traz como uma de suas faces inarredáveis a *soberania popular*, expressão de uma cosmovisão que reconhece a todo e qualquer cidadão igual dignidade.

É elemento essencialmente caracterizador de um Estado Democrático de Direito o reconhecimento do povo enquanto soberano. E é nessa medida que a questão sobre "*quem é o soberano?*" toca outra que diz respeito a "*quem deve ser o soberano?*". Esta, relacionada à legitimidade que, como dito, em um Estado Democrático de Direito, é respondida pela adjetivação da soberania enquanto *popular*. Dizer dela é tratar de um conceito que se divide entre as dimensões da validade (soberania) e da legitimidade (popular).

Fundamentar o poder em alusão ao povo é uma afirmação cultural – política, inclusive, porque cultural (*Cultural is Political*)[535] – que, assim, se coloca enquanto prescritivo-normativa. Isso porque o poder do povo não se faz de modo necessário, fática e eficazmente, irresistível em um Estado constitucional, mas, se coloca, de forma inexorável, como *dever ser* de uma ordem que se pretende legítima porque fundamentada em referência aos parâmetros da cultura do constitucionalismo.

Dito de outro modo, o poder do povo não é um dado a ser descrito, mas algo que efetivamente é produto de uma cultura, portanto, normativo, produzido e posto por uma cultura específica: a cultura do constitucionalismo. É um *dever ser* que, em maior ou menor medida, sempre está em constante risco de não *vir a ser*, isto é, de não se tornar um *ser* na realidade social apresentando-se como

[535] MAYOS SOLSONA, Gonçal. 'Cultural is Political'. Libertad y reconocimiento culturales. *In*: *Actas de las Jornadas de Filosofía sobre la Libertad*. Disponível em: http://www.ub.edu/filosofia-estetica-cultura/sobrelalibertad/goncalmayos.html

"prescrição ineficaz". A luta quanto a isso é política e não deixa de ser nesse sentido que BONAVIDES clama por uma repolitização da legitimidade[536].

O alicerce dessa fundamentação decorre, enquanto *dever ser*, de um *valor* específico dessa cultura do Ocidente, da visão de que há uma *igualdade fundamental de todos em uma humanidade comum* – não uma igualdade substantiva ou excludente, mas uma igualdade em liberdade, ética – portanto, de uma *premissa cultural-identitária* que ao mesmo tempo "descreve" e "conforma" o humano nos moldes como ele é entendido por essa cultura[537]. Assim sendo, aos olhos de uma mundividência específica, de uma *premissa antropológico-cultural* de igual *dignidade*[538]. Nesses termos, trata-se de um *valor* que se pretende no plano do *ser*, enquanto descrição da "natureza humana", mas que, como valor, importa em uma proposição deontológica de que se reconheça a todos, e que todos os indivíduos reconheçam-se entre si, nessa igualdade fundamental. Assim, que sejam tidos em igual medida para a constituição da comunidade política que, ao mesmo tempo, constituem e lhes constituem, integram e são integrados.

Nessa ordem, a soberania popular é expressão da concepção, originalmente rousseauniana, de que, sendo todos igualmente livres, ninguém deve obedecer a ninguém além de si mesmo. Essa ideia foi relida e retomada por muitos autores como KANT, KELSEN e tantos outros, contudo, em ROUSSEAU ela guarda uma peculiaridade que parece fundamental, que muitas vezes passa ao largo. Para ele, se por um lado, o cidadão é livre na medida em que obedece a ninguém mais que a si mesmo – portanto, à *vontade geral* – por outro, a *vontade geral* não se confunde com a *vontade de todos*. Ela não corresponde à soma aritmética das vontades individuais, mas coloca-se no parâmetro de bem compartilhado pelos

---

[536] BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade, *op. cit.*

[537] Efetivamente, não descreve um dado natural, mas, na verdade, uma percepção, ela mesma cultural, em boa medida, "naturalizada". Nessa linha já se vê em MIGUEL REALE: "Por outras palavras, se assiste razão a Ortega y Gasset quando diz que 'eu sou eu e a minha circunstância', a começar pela circunstancialidade estrutural do sujeito que conhece, não há como não reconhecer que o 'paradigma cultural' – dado seu caráter universal – também se põe como valor transcendental no ato de conhecer, acrescentando algo de novo aos elementos até agora estudados. Por outras liberdades, a questão do conhecimento não pode se reduzir a uma relação puramente lógica entre ser cognoscente e realidade cognoscível, porquanto um e outra se situam *ab initio* em um contexto cultural, alargando-se, desse modo, o espectro da transcendentalidade", REALE, Miguel. Cinco temas do Culturalismo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 28.

[538] HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*, *cit.*, p. 106.

cidadãos, latente no corpo social[539]. Como afirma PEREIRA COUTINHO: "o que está fundamentalmente em causa, em Rousseau, é 'encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, contudo, senão a si mesmo'"[540].

Nesse contexto, já está em ROUSSEAU – em que pesem leituras *totalizantes* que lhes foram feitas – a questão da individualidade frente à coletividade. Ela não se apresenta, exatamente, no sentido da individualidade colocar-se em oposição à própria *vontade geral*, mas, inclusive, como elemento próprio e necessário dela[541]. A *vontade geral* rousseauniana revela que a soberania está no povo, expressa na *vontade geral*, que, por sua vez, está na comunhão dos cidadãos enquanto coletividade, mas também em cada um enquanto igual.

Nesses termos, já em ROUSSEAU, a soberania não está abaixo, nem acima do povo. Entender a soberania enquanto soberania popular significa compreender que o poder da comunidade jurídico-política deve ser reportado ao povo e percebido como pertencente a ele, em sua totalidade e em cada um de seus integrantes. Só assim esse poder será legítimo[542].

---

[539] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, *cit.*, p. 48: "Como uma multidão cega que muitas vezes não sabe o que quer, porque raramente sabe o que lhe convém, levará a bom termo uma empresa tão grande e difícil como o é um sistema de legislação? O povo, por si, quer sempre o bem, mas nem sempre o reconhece por si só. A vontade geral é sempre reta, mas o julgamento que a guia nem sempre é esclarecido. É necessário que veja os objetos tais como são, às vezes tais como lhe devem parecer, mostra-lhe o bom caminho que procura preservá-la da sedução das vontades particulares".

[540] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição*, *cit.*, pp. 351-352, e segue: "Não obedeça, contudo, 'senão a si mesmo' porque *terá interiorizado, reconhecido, a sua condição não escrava de igual, reconhecendo a todos os outros correspondente condição* – consequentemente, reconhecendo como válidas as normas que reflictam a igualdade fundamental de todos, que assim traduzam a defesa comum da 'pessoa' e dos 'bens de cada associado'".

[541] N*'O contrato social essa* questão coloca-se exemplarmente quando o autor trata da tolerância religiosa. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, *cit.*, pp. 165 e ss.

[542] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição*, *cit.*, p. 359: "ROUSSEAU plenamente compreende na sua dinâmica realidade vivida, será, pois, num 'acto fundacional renovado a cada momento' ou 'vontade geral' (uma 'vontade geral' que o seja 'verdadeiramente' porque integrada por homens que auto e mutuamente se reconhecem na sua condição não escrava de iguais, continuamente se projectando na normatividade a que se subordinam e que reflecte o seu compromisso) que se encontrará verdadeiramente o fundamento último de validade de uma ordem de Direito, desde logo de Direito Constitucional".

Trata-se de uma justificação – ainda que normativa – imanente, não transcendente[543]. Isso porque a cultura constitucional, em seu parâmetro normativo realizado na premissa de *igual dignidade*, não é externa ao indivíduo, sendo-lhe, na verdade, própria. Como cultural, ela, a um só passo, nos é mediata, porque normativo-prescritiva (onde mora sua objetividade) e imediata porque dinâmica e dialética (no que se relativiza essa objetividade). Assim, não chega a ser uma fonte de fundamentação heterônoma à própria ordem ou a seus indivíduos, mas autônoma na medida em que é algo que lhes é próprio enquanto componente constitutivo de sua particular identidade e mundividência.

Nesse sentido, HELLER aponta que apenas uma profunda incompreensão do conceito de soberania em JEAN BODIN explica a ideia de conceber a soberania do Estado como pura questão de fato, como muitas vezes lhe é imputado. Para HELLER, BODIN reconhecera que o problema da soberania é o problema normativo fundamental, uma vez que expressa a relação entre norma e individualidade, não sendo o soberano, de forma alguma, ilimitado[544]. Ele é limitado por uma normatividade que lhe é acessível imediatamente na cultura, portanto, mediatamente conformada e construída no processo histórico-cultural, em termos de uma objetividade relativa.

Será também nesse sentido que FRANZ NEUMANN diferencia o sentido jurídico e o sentido sociológico de soberania. Juridicamente, considera que uma instituição pode ser considerada soberana quando possui o poder não delegado ou ilimitado para emitir normas gerais e comandos individuais. Já em sentido sociológico, soberana é a instituição que, para além desses *direitos* jurídicos, tem também a habilidade de sustentar as normas e os comandos individuais emitidos

---

[543] Nesse ponto, discordamos de PEREIRA COUTINHO, que encontra no argumento de ROUSSEAU, sim, um argumento de transcendência: COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade moral da Constituição*, *cit.*, pp. 369-375.

[544] HELLER, Hermann. *La Soberanía*: contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. México: UNAM, 1965, p. 82. Afirma isso, não sem antes, ironicamente, mencionar à página 79: "Conviene, antes de intentar justificarnos o confesar nuestro pecado, entendernos acerca del contenido de la doctrina de la soberanía de Bodino, pues me parece que muchos de los que hablan de él, en verdad no saben con certeza qué es lo que Bodino enseñó; quién alguna vez haya comprado los juicios emitidos sobre Bodino y las citas tomadas de su obra, tendrá que convenir que este ilustre teórico del estado pertenece al grupo de autores más frecuentemente citados, pero menos leídos"; COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, p. 369.

através desses *direitos*. Sendo assim, a soberania em sentido sociológico abrange um elemento jurídico e um elemento de poder. Em decorrência dessa diferenciação, NEUMANN também acaba por apresentar duas noções de Direito, uma *política* e outra *material*. A primeira é maximamente realizada na percepção hobbesiana, satisfeita pelo fato de qualquer norma geral ou comando individual imputável ao Estado, justo ou injusto, ser considerado Direito. Afirma que, nesses termos, se poderia considerar que: "toda decisão do órgão soberano do Estado é lei. A lei, portanto, é apenas *voluntas* e não *ratio*. Destituída de todas as qualidades materiais", dessa maneira, "o direito nada mais é senão a vontade do Estado em forma jurídica", e é só nesse domínio que a soberania pode ser tida como absoluta[545].

Destaca, no entanto, que o "postulado da soberania absoluta" é antagônico à perspectiva do "império dos direitos materiais", na medida em que define o direito material na situação em que as normas do Estado são compatíveis com os postulados éticos definidos, "a partir do momento em que a essência das normas é o princípio racional (*logos*) que as engloba. Elas devem sua autoridade apenas a isto". No que conclui que "o direito material e a soberania absoluta são, de uma forma clara, mutuamente excludentes"[546].

Há, portanto, algo de especial na questão da soberania, pois é justamente no momento em que seu aspecto normativo-prescritivo (cultural) justificador coincide com seu aspecto fático (fazer-se soberano) que se tocam legitimidade e validade. O Estado e o Direito vivem de sua justificação, mas fazem-se vivos na sua eficácia que só é possível no comando do Direito válido. O Direito válido depende, necessariamente, da racionalização e institucionalização de uma norma que se pretende legítima por uma vontade (faticamente) soberana.

Em um Estado que se quer constitucional, a facticidade dessa vontade (institucional) soberana tem de estar aliada a sua própria justificação (ética) na

---

[545] NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*, pp. 97-98: "O império da noção política de direito e a existência da soberania absoluta do Estado são na realidade duas diferentes expressões para uma e mesma coisa".

[546] NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*, pp. 69-71; 97-100.

liberdade da cada cidadão. E é nessa dupla dimensão da soberania – justificada e de fato – que repousa o diálogo, necessário, entre legitimidade e validade.

De tal modo, o fundamento da validade, no *locus* limite que é o da soberania, é político sem deixar de ser jurídico: é constitucional e, assim, jurídico-político por excelência.

CAPÍTULO 6

DO CONSTITUCIONALISMO À IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: O QUE CONSTITUI O PODER CONSTITUINTE

A cultura do constitucionalismo ao mesmo tempo em que informa, é informada pelas várias leituras que lhe são feitas a partir da articulação dessa identidade mais ampla com as culturas específicas sobre a qual ela opera. A passagem da identidade do constitucionalismo à identidade constitucional (particular) se dá por um ato soberano que, considerando as estruturas e fundamentos de uma ordem que se pretende definida como constitucional, funda uma nova ordem de validade, uma nova legalidade.

A passagem das amarras mais gerais e culturais do constitucionalismo, legitimantes do poder, para a ordem de validade se dá no momento fundador, no exercício do poder constituinte. Ele, portanto, não é apenas a passagem do *poder* ao *Direito*, mas é o momento em que o poder articula-se com e nos fundamentos culturais do próprio constitucionalismo para então (re)criar um Direito válido.

Enquanto momento fundador de exercício primeiro de poder por um povo normativamente soberano, o poder constituinte cria uma nova ordem que se apresenta como válida porque legítima. Nesse contexto, coloca-se a questão do conceito do poder constituinte enquanto criador de uma constituição, de seus contornos e daquilo que um poder constituinte pretenda constituir. Por isso,

tratando do conceito de constituição em bases culturais, ele se relaciona com a própria ordem do constitucionalismo democrático, com a democracia constitucional e com o Estado Democrático de Direito, momento da cultura jurídico-política ocidental em andamento desde o segundo pós-guerra.

Esse momento fundacional representa o marco primeiro de uma nova leitura que se desenrola na cultura constitucional de uma comunidade, a partir da construção, desconstrução e reconstrução de sua identidade constitucional. Portanto, para além de ser momento de passagem do poder ao Direito, também o é da identidade do constitucionalismo à identidade constitucional, particular, fruto da relação entre as amarras gerais do constitucionalismo e a cultura específica sobre a qual ela opera e se desenvolve.

6.1. A QUESTÃO DO PODER CONSTITUINTE

A essência da cultura constitucional é o próprio movimento de construção, desconstrução e reconstrução de uma identidade constitucional enquanto leitura própria e especial do constitucionalismo. Ela se coloca na articulação entre as amarras mais amplas deste e a própria cultura e identidades particulares de cada comunidade jurídico-política.

Se, por um lado, esse movimento de formação e reformulação da identidade constitucional não se encerra de modo único e último no momento inicial de constituição da ordem válida, por outro, o momento constituinte é um episódio importante da leitura das amarras do constitucionalismo em articulação com os aspectos culturais particulares de cada comunidade na continuidade e desenvolvimento da cultura constitucional.

Nos modelos jurídico-políticos que adotam constituição escrita, é nele que se cria esse símbolo central de identidade constitucional, que ganha vida e é vivida a partir da articulação entre as várias leituras que lhe vão sendo feitas, que, por sua

vez, afirmam e negam certas características dessa identidade, em seu caminhar. Portanto, o momento constituinte, enquanto fundador de uma nova ordem jurídica e instituidor de uma nova constituição, é crucial para a marcha da cultura constitucional em uma comunidade.

Por tudo isso, do ponto de vista da justificação do Estado Democrático de Direito, a questão da soberania relaciona-se intimamente com o tema do poder constituinte. Nesse sentido, em oposição a NEGRI, BERCOVICI define que: "o poder constituinte não é oposto à soberania, pelo contrário é a sua manifestação máxima"[547]. Afirma, ainda, que:

> O poder constituinte é manifestação da soberania. É um poder histórico, de fato, não limitado pelo direito. Como tem caráter originário e imediato, o poder constituinte não pode ser reduzido juridicamente. Não pode ser limitado, embora não seja arbitrário, pois tem 'vontade de constituição'. A titularidade do poder constituinte deve corresponder ao titular da soberania[548].

É especialmente no "momento fundador" que a legitimação, via soberania popular, cria ordem válida nos termos de uma Constituição. Dito de outra forma, no momento constituinte as várias possibilidades normativas potencialmente identificadas no parâmetros normativos da cultura constitucional e nas amarras do constitucionalismo tornam-se mais restritas – ainda que não unívocas – através de decisão de vontade (soberana) que se pretende válida, porque legítima. Com isso, em termos hellerianos, os princípios jurídicos gerais são racionalizados, institucionalizados e tornados oficiais na forma de preceitos de direito positivo. É, portanto, o poder constituinte, um conceito limite do Direito Constitucional[549].

Nesse contexto, as perguntas que se colocam são: de que se constitui e o que é constituído pelo poder constituinte?

---

[547] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 34. E segue, imediatamente: "Sem soberania, o conceito de poder constituinte de Negri perde a base material de sustentação e se torna algo etéreo, metafísico".

[548] BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013, p. 306.

[549] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional. *In*: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 159-180. Nesse texto (p. 179), BÖCKENFÖRDE, inclusive, endossa explicitamente essa posição helleriana.

Se por poder constituinte entende-se aquele que pela força funda qualquer ordem, inclusive aquele que constitui uma ordem arbitrária, não há muito o que se discutir sobre o tema. Trata-se, apenas, de mais um poder social, sem qualquer pretensão de justificação típica, pois nem mesmo é possível falar em uma ordem que, enquanto constitucional, se coloque em contraposição à exceção e ao arbítrio[550].

Todavia, se por poder constituinte entende-se – como histórica e logicamente parece ter sido formulado o conceito no curso do constitucionalismo – aquele que constitui uma ordem constitucional – um Estado constitucional –, tal poder não é desterrado, porque tem *vontade de Constituição*.

O meio constitucional é o ambiente jurídico-político por excelência e, desde essa perspectiva, são inseparáveis o conceito de constituição e o conceito de poder constituinte[551]. Até por isso, as próprias noções de soberania popular e, especialmente, de legitimidade, integram ambos os conceitos.

Essa é a questão que, a princípio, subjaz ao tema da vinculação ou da não vinculação do poder constituinte originário a quaisquer amarras. E aqui se fala de vinculação, justamente, por não se tratar, propriamente, de uma *limitação* jurídica, mas cultural, justificadora e legitimadora. Por isso, NELSON SALDANHA leciona que, desde uma perspectiva sociológica, a ideia de poder constituinte se dá a partir da noção de poder social, significando um momento de concentração da *passagem do poder ao direito*, pretendida como legítima e não arbitrária[552].

---

[550] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 39: "Not only the past, but also the present and the future, are bound to constrain revolutionary constitution makers. This belies the notion that a genuine constitutional self may impose its will by eliminating or disregarding the other. Unrestrained imposition of revolutionary will leads the experience of the French Revolution, untampered revolutionary zeal merely succeeds in replacing a repressive tradition, which disregards the other, with an equally rigid and repressive order predicated on exclusion rather than inclusion".

[551] BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil, *op. cit.*

[552] SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 65: "*Em torno do conceito do poder constituinte*. Ocorre uma espécie de refração quando o poder, fato social primário, assume sentido jurídico. A noção de poder constituinte, que se entende sociologicamente a partir da noção de poder social, apresenta um momento bastante nítido se a interpretamos como concentração de um tipo de *passagem do poder ao direito*"; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e Poder Constituinte. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp.115-128.

No mesmo sentido, BÖCKENFÖRDE afirma haver duas razões pelas quais o poder constituinte não pode ser compreendido como uma magnitude ou força arbitrária e caprichosa. A primeira consiste no fato de o *pouvoir constituant*, como já se afirma na própria expressão, ser determinado por uma *vontade de Constituição*, entendida como a ordenação e organização jurídica do poder do Estado e, já por isso, um poder absoluto não cabe em uma constituição. A segunda razão reside no fato de que a formulação inicial do poder constituinte não se assentar sobre uma vontade natural de uma população empírica, mas sobre a consciência conjunta de um povo, consciente de si mesmo como sujeito político. É, assim, *vontade geral*, não mera *vontade de todos* no sentido que trata ROUSSEAU[553].

Com NELSON SALDANHA e BÖCKENFÖRDE, entende-se que o poder constituinte é aquele que tem por fundamento e objetivo instalar um regime constitucional. Isto é, um projeto jurídico-político que busca sua legitimidade nos valores, princípios e instituições da cultura do constitucionalismo, bem como, na sua própria premissa de humano e na lógica do reconhecimento. Nesse sentido, o "momento fundador" é um momento de renovação da identidade cultural de uma comunidade em relação à mundividência e à rede de símbolos, signos e valores mais ampla do constitucionalismo, a partir da reconstrução de sua própria identidade constitucional particular, que tem início no momento de decisão institucionalizadora dessa identidade em uma nova Constituição.

Desse modo, "o poder constituinte, embora se afirme como originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural"[554]. E, por isso, pode-se dizer que num regime não-constitucional (num Estado não-constitucional) não existe propriamente um poder constituinte, mas um outro poder fundador qualquer, que prega sua legitimidade não exatamente na mundividência e no parâmetro normativo culturalmente construído e identificado no constitucionalismo.

---

[553] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo, *op. cit.*, pp. 176-177.

[554] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 66.

Dito de outra forma, um Estado não-constitucional não funda, fundamenta ou justifica seu poder no argumento de legitimidade próprio e típico da identidade do constitucionalismo, ou seja, no povo plural, mas em outra hipótese de normatividade qualquer, ou mesmo, na mera facticidade do poder social[555]. Logo, é possível dizer que "o sistema jurídico de uma ditadura não é, por conseguinte, 'Constituição'"[556], pois é do "cerne normativo" da identidade do constitucionalismo que o poder do Estado parta *do povo* e que o titular do poder constituinte seja *o povo*[557].

Não é em outro sentido que CANOTILHO afirmará:

> que hoje, o titular do Poder Constituinte só pode ser o *povo*, e que o povo, na actualidade, se entende com uma *grandeza pluralística* formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes[558].

---

[555] SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*, *cit.*, pp. 65 e 66: "É para observar-se que, enquanto num regime não-constitucional não existe poder constituinte, num regime constitucional é ele o pressuposto fundamental. Portanto, mesmo como força colocadora de ordenamento básico (passível de ser concebido como poder supralegal e pré-jurídico), existe em função da natureza jurídica do regime. Pode-se dizer então que no regime constitucional o direito coloca antes de si um poder que o vai basear, ou por outra: que o direito se estabelece a si mesmo através de um poder (um poder amoldado a esta conveniência jurídica mesma, a qual o esculpe e inspira ao atraí-lo como objetivo)". Em sentido similar: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. A Constituição entre o direito e a política: novas contribuições para a teoria do poder constituinte e o problema da fundação moderna da legitimidade. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, pp. 87-132, p. 125: "Começa-se a alcançar a compreensão, talvez, já presente na primeira das constituições modernas, a americana de 1787, de que aquilo que o poder constituinte elabora não é apenas um texto dotado de uma dificuldade maior para ser alterado. Ele é responsável, na verdade, pela construção de um *projeto constituinte*. Como todo projeto, também este se lança ao futuro carregado de expectativas, em partes presentes na constituição, que serão ou não realizadas, de acordo com a configuração que vier a alcançar, no cotidiano das práticas sociais, e a relação sempre tensa entre facticidade e validade".

[556] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, p. 110.

[557] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, pp. 92-93: "O poder do Estado, que deve partir 'do povo', e o poder constituinte, que deve ser 'do povo', dizem respeito ao cerne *normativo* da família constitucional, historicamente desenvolvido durante a realização da idéia de um Estado que em sentido especificamente moderno compete 'ao povo', emana 'do povo', é responsável perante o povo, atua por causa 'do povo'. Só que esse cerne não é 'aplicável' de modo transfronteiriçamente normativo, em virtude da restrição das Constituições às suas respectivas áreas de soberania (Estado Constitucional na forma do Estado-nação)".

[558] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, pp. 65-66.

Isso porque, se a mundividência da cultura constitucional é aquela que importa em uma comunidade que tem por projeto a construção de uma *liberdade concreta*, apenas o povo, em sua totalidade plural, poderá fundamentar o poder legítimo[559].

Como mencionado, essa passagem, legítima e não arbitrária, do *poder ao Direito* representa, sim, uma decisão soberana, que, no entanto, não é desprendida, mas, justificada e vinculada a alguns parâmetros. Estes são decorrentes da própria tensão que é inerente à necessária afirmação, antropológico-cultural, de que, enquanto *fundamentalmente iguais*, somos todos *igualmente livres*.

Essas tensões (paradoxais ou não) entre igualdade e liberdade, mas, também, entre poder e liberdade, são expostas, especialmente, quando observadas as relações entre democracia e constitucionalismo, entre soberania popular e Estado de Direito e, de algum modo, entre limitação/vinculação e originalidade do poder constituinte[560].

Se a "a história do pensamento ocidental é um embate entre a liberdade e o poder"[561], como aponta SALGADO, a "alma" da Democracia, ela mesma, contém em si essas duas faces. Ela é expressão da liberdade, mas também do poder, trazendo, assim, de algum modo, as mesmas duas faces da alma humana – apolínea e dionisíaca – como compreende JOSÉ LUIZ BORGES HORTA[562].

Reconhecer a tensão, ainda que aparente, entre democracia e Estado de Direito (formal), não é tarefa difícil. Identificá-la, porém, não significa negar serem

---

[559] MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e Poder Constituinte, *op. cit.*, p. 126: "Portanto, podemos concluir que este poder de fato será também de Direito, se efetivamente democrático, entendendo-se democrático, como um processo dialógico amplo que envolva o debate dos mais variados interesses e valores da sociedade nacional".

[560] CHUERI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, pp. 159-174, jan./jun. 2010.

[561] SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético, *op. cit.*

[562] HORTA, José Luiz Borges. *Ratio juris, ratio potestatis*; breve abordagem da missão e das perspectivas acadêmicas da filosofia do Direito e do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, pp. 121-132, jul./dez. 2006. Com essa alegoria de origem nietzschiana o autor quer aponta o caráter ponderado da Liberdade – medida, razão, ordem, equilíbrio – e o do poder como força viva, inebriante, excessiva e vertiginosa.

essas duas dimensões, faces de uma mesma cultura, pois o fundamento último da democracia é também um fundamento, ele mesmo, cultural. Isso porque trata-se de um regime que só tem sentido enquanto reconhecido numa mundividência culturalmente construída e compartilhada, num *common ground*[563], que entende a igual liberdade de cada um e que, a esse passo, considera em mesma medida a opinião de cada cidadão para a tomada de decisão da comunidade[564].

A democracia, assim, apresenta-se como modo de justificar o poder através da liberdade. Desse modo, a tensão entre essas duas medidas não é estranha, mas própria da experiência democrática, por ser ela mesma complexa, uma vez que comprometida com a *liberdade concreta*[565].

De outra parte, o Estado de Direito em sentido formal (*Rechtsstaat*, em seu sentido original como utilizado nos oitocentos) é, classicamente, tido como forma de se garantir a Liberdade frente ao abuso do poder. Este, para ser legítimo precisa também, a um só tempo, respeitar as liberdades individuais, mas também, precisa ser posto democraticamente. No entanto, a própria democracia, pautada na atuação de um *povo ativo*, no sentido dado por MÜLLER, só é possível e,

---

[563] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 6 e ss. "I shall argue, first, that in spite of the popular opinion I just described, we actually can find shared principles of sufficient substance to make a national political debate possible and profitable (...) there is enough substance in the deep principles about human value that I describe as common ground to sustain an argument about what follows, by way of social, foreign, or economic political policy, from these principles".

[564] Essa ideia está presente em vários trabalhos do autor, dentre eles: DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, pp. 2-11, 1995; DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2005, pp. 255 e ss.; DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? cit.* Também em HELLER, Herman. Political democracy and social homogeneity, *cit.*, p. 260: "The significance of social homogeneity for democracy is also comprehended in the problem just outlined. Democracy is supposed to be a conscious process of the formation of political unity from bottom to top; all representation is supposed to remain legally dependent on the community's will. The people as a plurality is supposed consciously to form itself into the people as a unity. For the formation of political unity to be possible at all, there must exist a certain degree of social homogeneity. So long as there is belief in such homogeneity and the assumption that the possibility of arriving through discussion at political agreement with one's opponent exists and so long as can one debate with one's opponent and renounce suppression by physical force".

[565] BIELSCHOWSKY, Raoni. *Democracia Constitucional, cit.*, pp. 129-164.

efetivamente, democrática, na medida em que vigorem, sejam praticados e respeitados os direitos fundamentais individuais e políticos[566].

Desse modo, a tensão entre essas duas formas de legitimação do poder, coloca-se como atributo da própria liberdade no Ocidente, em suas dimensões individual (no Eu) e democrática (no Nós), que dialogam para colocar-se como *liberdade concreta*.

Nesse sentido, a tensão da democracia constitucional não nos parece identificada em alguma contradição existente entre democracia e constitucionalismo[567], mas na própria tensão característica da identidade ocidental de pretender todos os indivíduos como igualmente livres, considerada, para tanto, uma *liberdade concreta*, só possível na dinâmica e no diálogo desses dois pólos. Como afirma MÜLLER, "não somente as liberdades civis, mas também os direitos *humanos* enquanto *realizados* são imprescindíveis para uma democracia legítima"[568]. É nesses termos, também, que KONDER COMPARATO vai propor que os dois polos de legitimidade das constituições são, justamente: a proteção dos direitos humanos e o reconhecimento da soberania popular[569].

Não será em sentido significativamente diferente que caminhará a compreensão hegeliana sobre a Liberdade. Como aponta MAYOS, para HEGEL, a

---

[566] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*, *cit.*, pp. 51-52: "Direitos fundamentais não são 'valores', privilégios, 'exceções do poder de Estado ou 'lacunas' nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental [*obrigkeitsfreudiges Denken*] ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, *i.e.*, dos cidadãos, a uma participação ativa [*aktive Ermächtigung*]. No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, 'o povo' permanece uma metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, 'povo de um país' ['*Staatsvolk*'] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo 'povo' enquanto instância de atribuição global de legitimidade, povo legitimante".

[567] DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy, *op. cit.*, p. 10; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. A Constituição entre o direito e a política, *op. cit.*, p.125: "Nos últimos anos, fica cada vez mais clara a exigência, própria à tradição do Constitucionalismo, de que um poder constituinte só seria legítimo se exercido democraticamente"; SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético, *op. cit.*: "É na constituição que se dá o encontro do político (poder) e do jurídico (norma) e é na constituição democrática contemporânea que se dá a superação da oposição entre poder e liberdade. E isso na forma de uma organização do poder e de uma ordenação da liberdade, qual se mostra como ordem jurídica ou liberdade objetivada".

[568] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*, *cit.*, p. 61.

[569] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*, *cit.*, p. 608.

liberdade nunca será tarefa particular e isolada de cada indivíduo, mas, sempre, de todos juntos em comunidade. É nela que, efetivamente, se garante a Liberdade através de uma institucionalização efetiva, em última instância, no Estado. Ao contrário do conceito liberal, a liberdade, entendida de forma concreta, mais que colocar os indivíduos em conflito e em distanciamento, porque fechados em si mesmos, lança pontes entre eles[570].

Assim sendo, a própria ideia de soberania popular, tomada enquanto poder (soberania) legitimado pela igual liberdade de todos (popular), coloca lado a lado essas duas faces necessárias da identidade do constitucionalismo, duas partes da "alma" da liberdade[571].

Caminhando nessa direção, ao menos quando trata sobre a democracia, DWORKIN entende como necessária a implicação entre liberdade individual e liberdade democrática, entre liberdade e igualdade. O faz identificando sua perspectiva de ação coletiva com uma democracia comunitária (comunal), em oposição àquilo que chama de democracia (simplesmente) estatística. Desse modo, entende, como já fizera ROUSSEAU[572], que a democracia não pode ser bem

---

[570] MAYOS SOLSONA, Gonçal. *G. W. F. Hegel. Vida, pensamento e obra.* Barcelona, Planeta De Agostini, 2008, p. 112: "Hegel, tal como Rousseau, Herder e Hörderlin – apesar de estes três, cada um à sua maneira, também denunciarem o despotismo das instituições sobre os indivíduos – , pensa que o reconhecimento mútuo da própria liberdade deve também implicar o reconhecimento do partilhado. Rousseau, Herder e Hölderlin dão igualmente muita importância ao reconhecimento emotivo da amizade, do amor e do sentimento que leva os homens a sentirem-se como irmãos e não só como participantes de frias e distantes instituições – o pior sentido de *concidadãos*".

[571] Tanto é *poder*, que GRIMM não nos deixa esquecer: "Outrossim, parece difícil adotar um conceito de democracia que seja puramente formal. Primeiro, um conceito de democracia baseado somente no princípio majoritário é incapaz de assegurar eficazmente um governo democrático. Ele não previne a maioria de abolir a regra da maioria. Foi isso que ocorreu na Alemanha em 1933 – uma experiência que teve grande impacto na história legislativa da Lei Básica", GRIMM, Dieter Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, pp. 3–22, out./dez. 2006, pp. 7 e 8.

[572] MATOS, Manuel João. *Rousseau e a lógica democrática*. Lisboa, Edições Colibri, 2008, p. 232: "A regra da maioria dá a forma do funcionamento possível do Estado democrático; não porém, o seu conceito, pois essa regra trata do processo de decisão e não do princípio de decisão, ou seja, é a condição necessária, mas não suficiente para a existência do regime democrático. É imprescindível, mas isoladamente não conduz, por sua mera utilização, a uma forma democrática do exercício do poder em sociedade. Tendo a democracia como condição de possibilidade os princípios da liberdade e da igualdade, a viabilizam. Daí a determinação da intangibilidade desses princípios, e dos direitos fundamentais, para a perpetuidade da ideia da democracia. Em conclusão, a regra da maioria é uma prática de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo,

compreendida como mera soma de interesses, vontades e opiniões, mas como ação "coletiva em seu sentido mais profundo", que demanda que cada indivíduo reconheça a existência da comunidade jurídico-política a que pertence e, em última instância, identifique-se com ela[573].

O poder constituinte também parece se colocar de maneira a ratificar essa dupla face da identidade do constitucionalismo. Enquanto poder, ele se pretende criador e, enquanto constituinte, se pretende justificado por um argumento normativo legitimador e justificador de uma ordem válida. No entanto, parafraseando BRECHT, o poder que emana do povo, não pode dele sair[574]. Para que seja legítimo, tem de nele permanecer, portanto, não pode seguir qualquer direção, indiscriminadamente, mas, apenas, os caminhos, normativa e objetivamente, determinados pelos parâmetros da identidade do constitucionalismo. Trata-se, pois, de identificar sua legitimidade em uma rede de amarras e sentidos que possuem objetividade (ainda que relativa) concretizada na historia como cultura.

É também, um poder constituinte que por essência não se esvai de forma finita no momento fundacional; pelo contrário, é poder que subjaz, ora latente, ora

---

cujas decisões são portanto, sujeitas a contínua revisão, e não pode a decisão ser obtida por uma maioria conjuntural para anular o direito das futuras maiorias decidir diferentemente, tolhendo a liberdade das gerações posteriores e a igualdade formal da maioria de hoje e a de amanhã".

[573] DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy, *op. cit.*, p. 4: "The distinction between statistical and communal action allows us two conceptions of democracy as collective action. The first is a statistical conception: that in a democracy political decisions are made in accordance with some function - a majority or plurality - of the votes or decisions or wishes of individual citizens. The second is a communal conception: that in a democracy political decisions are taken by a distinct entity - the people as such - rather than any set of individuals one by one. Rousseau's idea of government by general will is an example of a communal rather than a statistical conception of democracy". Justamente aproximando as "Teorias jurídicas" de HEGEL e de DWORKIN, particularmente tratando da questão da democracia na quarta parte: BROOK, Thom. Between Natural Law and Legal Positivism. *Georgia State University Law Review*, Atlanta, n. 23, n.3, pp. 513-560, 2007.

[574] No original: "*Die Staatsgewalt geht vom Volke aus. - Aber wo geht sie hin?*", essa passagem inaugura o Parágrafo 1 do *Drei Paraphen der Weimaraner Verfassung*, de BRECHT. HÄBERLE faz uma interessante observação quanto à ambiguidade da frase de BRECHT, apontando à duplicidade do verbo *ausgehen* que tanto significa emanar, quanto sair. HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madri, n. 6, pp. 177-198, 2002, p. 194

patente à própria ordem posta[575]. Nessa linha, BÖCKENFÖRDE define o poder constituinte como a força e autoridade política capaz, não apenas de criar, mas também de sustentar e cancelar a constituição em sua pretensão de validade normativa. E destaca que essa concepção se diferencia da de SCHMITT, justamente por que não se limita ao aspecto de tomada de decisões políticas, mas, também, à proteção, manutenção e superação da pretensão normativa de validade: "el poder constituyente se recibe así como um concepto referido a la legitimación"[576].

Não deixará de ser nesse sentido que MÜLLER, ainda que analisando o texto da *Lei Fundamental Alemã*, menciona o poder constituinte do povo não apenas em alusão a uma legitimidade histórica, restrita ao momento fundacional, mas, inclusive, como parte essencial da legitimação amiúde do poder do Estado[577]. Desse modo, afirma que os conceitos de poder constituinte, de legitimidade, de direito revolucionário e de direito de resistência são conceitos jurídicos, o que significa tê-los como conceitos normativos. Também por essa qualificação, os

---

[575] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, pp. 34-35: "O poder constituinte atua de forma permanente. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força para estabelecer a constituição e manter sua pretensão normativa e revoga-la".

[576] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo, *op. cit.*, p. 163.

[577] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, É verdade que é traço da perspectiva de MÜLLER uma aproximação analítica, baseada, especialmente, na abordagem sobre o texto de norma. Nessa linha, de fato, no Preâmbulo da *Lei Fundamental Alemã* há referência expressa ao *verfassunggebende Gewalt* (poder constituinte) do povo alemão, em virtude do qual "outorgou-se" a *Lei Fundamental*. Na Constituição brasileira, por exemplo, não há referência expressa a um *poder constituinte*, propriamente dito, nesses termos, apenas no artigo 11, a respeito "dos poderes constituintes" das Assembleias Legislativas para elaboração das constituições estaduais. Contudo, é possível identificar na formulação preambular da CRFB a alusão ao poder constituinte do povo, ainda que ela tenha um formato, significativamente, diferente daquele da *Grundgesetz* alemã. Além disso, enquanto o texto alemão fala como o "povo alemão" em primeira pessoa, no preâmbulo da CRFB também é colocado na primeira pessoa, mas sua "narrativa" é feita pelos próprios representantes do povo brasileiro reunidos em Assembleia Nacional Constituinte. Além disso, MÜLLER, até por sua perspectiva analítica própria, refletida ao longo não apenas desta, mas de várias outras obras, prende sua análise de suas conclusões ao *texto de norma* presente na *Lei Fundamental* e, por extensão, a *textos de norma* similares do Direito Comparado. Assim, reduz suas observações e conclusões a essa condição de textificação, não sendo, para ele, possível afirmar, como pretendemos aqui, que o "poder constituinte" seja o teor central consuetudinário da família constitucional (a esse respeito ver pp. 130-132). Por tudo que vem sendo exposto até aqui e que vem adiante, não concordamos exatamente com esses termos, nem com essa ressalva, no que não importa rejeitar várias das conclusões do autor, que são, na medida do possível, incorporadas e coordenadas com nosso ponto de vista. De todo modo, a maior parte das conclusões do autor a respeito do *poder constituinte do povo* são bastante coerentes e pertinentes a toda *cultura constitucional*, ou, em seus termos, a toda a *família constitucional*.

entende como conceitos materialmente vinculados, que oferecem critérios de aferição, revelando o caráter vinculante do Direito e da constituição a normas em parte escritas, em parte, mesmo, não escritas. Dessa maneira, MÜLLER pretende que esses conceitos libertem-se de voluntarismos, decisionismos, normologismos e sociologismos, uma vez que lhes são marcantes o âmbito material, logo:

> um conjunto de instituições nucleares, de garantias de direitos nucleares, de formas de organização nuclear, que se alimenta da tradição histórica nessa medida consistente dessa família constitucional e deve ser elaborado em seus pormenores pela História Constitucional e pelo Direito Constitucional Comparado[578].

Também não será em sentido diferente que se encontrará em HELLER, quanto à fundação de uma ordem, a negação da pretensão de legitimidade/validade de uma constituição em referência a qualquer direito positivo que a anteceda. O nega, sem, contudo, deixar de reconhecer que "uma Constituição para ser Constituição" precisa de algo além da relação fática e instável de dominação do poder social. Para ela valer como ordenação jurídica, é inexorável sua justificação segundo princípios éticos de Direito.

Na sua perspectiva dialética, em que o Direito é criador de poder e o poder é criador de Direito, HELLER percebe que a existencialidade e normalidade do poder constituinte não se opõem, mas se condicionam reciprocamente, uma vez que: "un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia"[579].

---

[578] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, p. 32. Também é interessante a passagem: "'Legitimidade', 'poder constituinte do povo', revolução 'legítima' não são entidades absolutas, mas foram obtidas a partir de, mediadas por uma determinada tradição constitucional, decerto não unilinear. O quadro é demarcado pelo espaço histórico e não está sujeito à decisão gratuita; isso significa que essa cultura jurídica somente pode caracterizar como ilegítimas, em termos político-morais, práticas de Estado do *seu* âmbito que não correspondam a uma atualização do poder constituinte do povo", MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, p. 118.

[579] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, pp. 352-353. Essa perspectiva será tratada por LOUGHLIN, em oposição ao normativismo e ao decisionismo, como *relacionalismo* (*relationalism*), apontando-a como adequada para compreender a complexidade do poder constituinte. Embora aponte para a importância da formulação helleriana no caminho de compreender o poder constituinte ele, no entanto, entende a que ela ainda se colocou de forma

Destarte, os "limites à decisão" do poder constituinte decorrem exatamente de sua legitimação normativa, de sua coerência com seus fundamentos e de suas próprias condições de existência. Portanto, provém de uma implicação da cultura a que pertence, das amarras do constitucionalismo.

Não se quer com isso afirmar que não há decisão no momento constituinte fundador. Naturalmente há, pois, ainda que se pretenda um momento de fundação jurídica, antes de tudo, ele é um momento *político* de fundação *jurídica* que, assim, se coloca como justificado e não desmedido. Desse modo, a decisão tomada não é desterrada ou tomada *ex nihilo*, pois, é fundadora de uma ordem que se pretende medida pelo parâmetros históricos e lógicos de uma cultura com a qual se identifica, que pretende ser uma leitura fundamentada e coerente, portanto, que se expressa na formação de uma nova identidade: uma identidade constitucional.

E assim, o povo, soberano, não pode violar-se a si mesmo. Nessa medida, o poder constituinte é a expressão de uma vontade soberana que, enquanto tal, deve manter coerência com seus fundamentos e sua própria razão de ser. Esse poder é criado por um ato simbólico, quando a soma de indivíduos (multidão) se reconhece em unidade/coletividade singular (Nós) e se realiza como: "nós o *Povo*". Nessa ordem, é um poder político que se institucionaliza[580]. Como dito, o faz a partir de uma dada leitura identitária, cristalizando[581] alguns dos caminhos possíveis de seu próprio projeto cultural que, por sua vez, lhe lega sua força simbólica. Desse modo, torna válidas pela positivação normas em sentido amplo (pretensões normativas) que se justificam no parâmetro cultural e na mundividência do constitucionalismo, em última análise, em sua *premissa cultural*[582].

---

um tanto abstrata: LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, pp. 218–237, 2014.

[580] LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power, *op. cit.*, p. 231: "Political power is maintained and augmented only through institutionalization".

[581] HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, *cit.*, pp. 39 e ss.

[582] HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*, *cit.*, p. 106. É verdade que LOUGHLIN, com sua perspectiva *relacionista* por vezes refuta os normativismo que aponta a DYZENHAUS, DWORKIN, ALEXY, dentre outros. Com isso, tampouco deixa de negar o *nada*

Nessa busca por legitimação, haverá de se falar em pelo menos duas dimensões do poder constituinte, no que MÜLLER chamará de questão de direito processual e questão de direito material[583].

A primeira está, naturalmente, relacionada ao processo justificador de exercício do poder constituinte, que "deve estar ordenado (a) um processo concreto, que também (b) deve ser observado efetivamente". Nesses termos, o autor dirá que "o direito processual é tipicamente *ius strictum*", portanto, particularmente, relacionado aos procedimentos de realização de uma constituição, relacionados à eleição da assembleia constituinte e à realização de consultas, plebiscitos e/ou referendos sobre o texto proposto[584].

A questão de direito material, por sua vez, coloca-se mais expressamente nos valores construídos e informados na dinâmica da cultura constitucional, naquilo que vai caracterizar um Estado enquanto Estado Democrático de Direito, em termos históricos e concretos, no que no quadro contemporâneo, não foge da proteção aos direitos fundamentais, do pluralismo, da separação dos poderes, em suas diversas variantes, com o escopo de limitação do poder e do regime democrático.

Em que pese essa divisão "didática", as exigências processuais se diferenciam das materiais apenas em perspectiva imediata e aparente, pois, no limite, elas também são expressão dos mesmos valores mais explicitamente encontrados na dimensão material do poder constituinte. Afinal, os próprios "universais processuais" da democracia, nas diversas formas em que aparecem colocados[585], no fundo, justificam-se, também, por seu ponto de partida. Fundamentam-se de forma, mais ou menos, explícita em um valor culturalmente

---

normativo decisionista. Assim, o desenvolvimento que aqui fazemos, que se coloca, com HELLER, nos termos de que o "Estado vive de sua justificação" e que o poder constituinte também se justifica em termos normativos, sem deixar de ser poder, não estão, ao menos explicitamente, em LOUGHLIN.

[583] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*

[584] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, p. 37, quando entende adequado a um Estado Democrático de Direito a combinação dessas duas combinações.

[585] BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política*: a Filosofia Política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 416-454; DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora da UnB, 2001, pp. 49-50.

partilhado, ou, como dito acima, em uma *premissa antropológico-cultural* que entende a todos os cidadãos como fundamentalmente iguais em dignidade, o que implica a igual consideração de cada indivíduo para a ação coletiva, ou seja, para a democracia.

Como momento fundador, a dificuldade de estabelecer e/ou reconhecer tais parâmetros (formais e materiais) se coloca especialmente no vácuo de normas válidas. Desse modo, no momento constituinte, a soberania preocupa-se em tornar válidas normas que se têm e se pretendem como legítimas. Assim, se, por um lado, a legitimidade se coloca na narrativa passada, anterior, historicamente construída pela cultura constitucional, em articulação com a identidade do constitucionalismo; a eficácia se propõe como projeto que aponta ao cumprimento futuro da normatividade como normalidade. Já no momento constituinte, funda-se a validade por meio da vontade soberana.

Historicamente e, até, paradoxalmente, a observância do cumprimento da dimensão processual no exercício do poder constituinte originário não tem sido uma constante nos momentos fundacionais das ordens constitucionais. Não raro, por exemplo, é relatado ou, pelo menos, discutido, o déficit de legitimação procedimental do processo constituinte das duas normas constitucionais mais influentes e marcantes do constitucionalismo, ainda em vigor: a Constituição dos Estados Unidos da América[586] e a Lei Fundamental da Alemanha[587].

---

[586] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, pp. 282-308. No caso americano, havia várias questões em aberto geraram debates políticos e ainda geram debates teóricos e históricos na análise dos procedimentos adotados para aprovação e, especialmente, para ratificação da Constituição da Federação. O fato de ser a primeira Constituição escrita, de criar o federalismo a partir de uma confederação, o presidencialismo e, particularmente, por, efetivamente, ser o momento fundador de um novo Estado, pois fruto de um imediato processo de independência. Apresentando posições diferentes, mas igualmente importantes: KAY, Richard S. The illegality of the Constitution. *Constitutional Commentary*. Minneapolis, v. 4, pp. 57-80, 1987; KAY, Richard S. The Creation of Constitutions in Canada and the United States. *Canada-United States Law Journal*, Cleveland, v. 7, pp. 111-163, 1984; AMAR, Akhil Reed. Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 55, n. 4, pp. 1043-1104, 1988.

[587] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, pp. 37-52, para o autor, "a Lei Fundamental 1949 não satisfaz essas exigências" relacionadas ao direito processual do poder constituinte. A posição de MÜLLER é uma posição significativa e corrente no Direito Constitucional alemão, que de algum modo será partilhada por GRIMM, que inclusive, retira o

De mesmo modo, também esse déficit muitas vezes é apontado aos processos constituintes das constituições brasileiras, por exemplo na Assembleia Nacional Constituinte Brasileira de 1988, convocada por emenda à Carta de 1969, (E.C. n. 26, de 27.11.85), e que na verdade, funcionava em um formato de *Congresso Constituinte*, ora que composta por parlamentares ordinários que também exerciam a função constituinte e não por constituintes eleitos exclusivamente para o feito. Consequentemente, aqueles parlamentares que desempenhavam o poder constituinte originário em um dos turnos de trabalho eram os mesmos que desempenhavam o poder legislativo constituído pela Carta Constitucional de 1969, no outro[588].

De todo modo, "uma constituição democrática não pode alcançar a legitimidade de uma vez para sempre, mas apenas em processo que se renova de maneira permanente"[589]. Isto é, até porque a formação da identidade constitucional não se esgota no momento fundacional e se desenrola na própria vivência da cultura constitucional, há algo de essencial à dimensão material do poder constituinte. Especialmente no que concerne ao reconhecimento e ao consenso em volta da premissa que justifica seu argumento de legitimação, de modo geral, e das formas tomadas por uma Constituição, em termos específicos. Isto é, da leitura que é feita da identidade do constitucionalismo, a partir da articulação com a cultura sobre a qual ela opera e em relação às demais identidades existentes na comunidade, portanto: à identidade constitucional propriamente dita.

A força e capilaridade que a identidade constitucional consegue manter e formar com a comunidade, está relacionada à dimensão vital da cultura constitucional. É nela que se tocam eficácia e legitimidade, na medida em que essa identidade é feita viva e é vivida no fluxo da cultura constitucional, sendo cotidianamente reiterada, vivida e reinventada.

---

peso da dimensão processual do momento fundador em detrimento de seu conteúdo: GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 23-64.

[588] SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 88 e ss.

[589] CHRISTENSEN, Ralph. *In*: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 5 ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 27-37, p. 34.

6.2. DA IDENTIDADE DO CONSTITUCIONALISMO À IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Como mencionado, o próprio constitucionalismo é expressão de uma cultura comum, compartilhada pelas diversas constituições, que construiu e segue construindo uma identidade que, por sua vez, demanda que tais constituições apresentem aspectos essenciais, particularmente, relacionados: a uma definição e limitação do poder, ao compromisso com o Estado de Direito, à legalidade, à democracia e à proteção dos direitos fundamentais.

Todavia, como afirma MICHEL ROSENFELD: "essa identidade, no entanto, não dá conta de explicar o fato de como disposições similares, encontradas em diversas constituições, podem levar a interpretações e aplicações tão amplamente diversas"[590]. Nesse contexto, é interessante uma aproximação ao conceito de *identidade constitucional* que tem como marco inicial o momento constituinte. Nele se cria uma nova ordem válida, porque legítima, a partir da articulação primeira entre as amarras do constitucionalismo e as identidades pré e extra-constitucionais, que seguem a se redefinir no curso da cultura constitucional subjacente na comunidade.

Grosso modo, o conceito de *identidade constitucional* relaciona-se com as leituras particulares que cada comunidade jurídico-política faz dos preceitos e arranjos do constitucionalismo, articulando-os com suas identidades próprias – locais, nacionais, religiosa etc. –, em relação à cultura sobre a qual a Constituição opera, produzindo, assim, uma dada leitura do fenômeno constitucional[591]. Logo, é

---

[590] ROSENFELD, Michel. Constitutional identity, *op. cit.*, p. 757: "To the extent that the ideal of constitutionalism requires constitutions to provide a definition and limitation of the powers of government, commitment to adherence to the rule of law and protection of fundamental rights, all constitutions that comply with those prescriptions can be said to share a common identity. That identity, however, cannot account for the fact that similar provisions found in a number of constitutions can lead to widely divergent interpretations and applications".

[591] ROSENFELD, Michel. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 03-35. ROSENFELD,

uma identidade sempre "aberta, fragmentada, parcial e permanentemente incompleta", que no movimento de diferenciação e diálogo com outras identidades desdobra-se em um incessante processo de desconstrução, construção e reconstrução de seu conteúdo[592].

É basicamente da elaboração de uma identidade constitucional comumente compartilhada que se faz possível a integração dos múltiplos indivíduos que tomam parte do processo em andamento de construção da unidade do que ROSENFELD chama *sujeito constitucional*. Este, entendido em suas três dimensões: o sujeito como aquele que faz a Constituição (*constitution-maker*) ou como *pouvoir constituant*; o sujeito como a coletividade que é unida pela constituição; e, ainda, o sujeito constitucional como intérprete, elaborador e suporte da Constituição[593].

A identidade constitucional é construída a partir de um discurso que a articula através de uma narrativa contrafactual, quando no dinamismo constitucional devem ser levadas em conta tanto a aplicação do texto fundamental, quanto as amarras normativas próprias do constitucionalismo. Com isso esse discurso deve buscar construir pontes entre os abismos que internamente separam o *sujeito constitucional* em *eu* e *outro*, bem como, entre aqueles que separam a *constituição de fato* e os *preceitos do constitucionalismo*, para, assim, forjar uma base comum *(common ground)* entre os indivíduos, que dê suporte para uma identidade constitucional relativamente autônoma[594]. A partir dela, o sujeito constitucional pode, sem perder sua identidade, transcendê-la, tornando-a mais inclusiva e plural[595].

Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 06-14; FLETCHER, George P. Constitutional Identity, *op. cit.*

[592] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. A justiça e a democracia como hipérbole: o PNDH-3 e o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito entre nós. *Rechtd*, v. 3, n. 1, pp. 95-101, jan./jun. 2011, p. 97.

[593] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 26.

[594] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 45. HELLER, Hermann. Political democracy and social homogeneity, *op. cit.*, p. 260.

[595] SCHLINK, Bernhard. The constitutional subject and its identity, *op. cit.*, p. 1873, especificamente sobre o livro de ROSENFELD o professor de Berlim registra: "Michel's book also

As ideias de *identidade constitucional* e *cultura constitucional* aproximam-se e, em certa media, intersectam-se. JAN-WERNER MÜLLER, por exemplo, trata como se ambas fossem duas formas de se nomear a mesma ideia, preferindo a segunda expressão à primeira por entender que o conceito de identidade guarda denotação mais estática, enquanto o de cultura transmite mais claramente a percepção dinâmica de movimento e transformação[596].

Mais do que dois nomes possíveis para a mesma ideia, no entanto, talvez seja melhor tratar *identidade* e *cultura* constitucionais como duas faces complementares da mesma dinâmica, uma vez que uma identidade faz-se viva enquanto constitucional, justamente, no fluxo de uma cultura que se constrói e se atualiza de *acordo com* e *na vivência dos* padrões constitucionais, portanto, em referência à realização da rede de valores, símbolos e significados do constitucionalismo[597].

Nesse sentido, a *identidade constitucional* pode ser tratada como uma dimensão da cultura constitucional, que, como dito, também apresenta uma dimensão normativa definidora do conceito de constituição, que é identificada com a *identidade* e as *amarras do constitucionalismo*, e sua dimensão vital, relacionada à difusão de uma *cultura de constituição*.

Há basicamente duas questões em jogo quanto à identidade constitucional: uma primeira que diz respeito à existência de atributos que permitem qualificar uma dada identidade enquanto constitucional; e uma segunda referente à

---

shows how constitutional subjects, striving for the ideal of constitutionalism, can transcend the limitations of their identity".

[596] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional patriotism*, *cit.*, pp. 56-58.

[597] SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 197-222: "A country's constitutional culture lives through its constitution. It will be free if the constitution is free, democratic if it is democratic, authoritarian if it is authoritarian. Where a constitutional culture does not exist, a constitution that functions as the basis and standard for state and political life is also lacking. There may be a constitutional facade, but behind it, and in reality, the decisive factors are the program and organization of a state party, the familiar intertwining of a governing clan or the alliances and rivalries of a military junta. These party, family, or military structures are not the actual constitution behind the constitutional facade. A constitution, at least in the modern sense, is a legal ordering of state and political life independent of such structures; its independence is the result of the process of social differentiation, the external and internal differentiation of law".

compreensão de que há um processo dialético de formação da identidade que permite que se identifique a identidade própria de uma dada Constituição[598].

Nesse contexto, MICHEL ROSENFELD pontua que as constituições apresentam-se sobre um paradoxo. Isso porque elas devem, ao mesmo tempo, desprender-se e serem congruentes com as várias identidades que as fazem viáveis e coerentes. Nessa ordem, toda constituição demanda a elaboração de uma identidade constitucional que, distinta das demais identidades – pré-constitucionais ou extra-constitucionais –, emerge exatamente dessa tensão de negação e incorporação sobre o qual se coloca[599].

Nesses termos, as identidades constitucionais, tanto quanto as identidades nacionais, devem ser entendidas como "coletividades imaginadas", que têm por objetivo "unir uma coletividade de estranhos". Ambas são formas de identidade coletiva (*collective Self*) e o que as diferencia é o fato de uma identidade constitucional estar, por definição, ligagada às vinculações do constitucionalismo – a um conceito normativo de constituição – e, portanto, ser baseada no reconhecimento mútuo dos indivíduos enquanto iguais[600]. Assim sendo, o conceito de identidade constitucional é pertinente à relação entre uma constituição e a cultura na qual ela opera, bem como, entre a identidade de uma Constituição e outras identidades relevantes, tais quais a nacional, a religiosa, a ideológica, dentre outras.

Nesse contexto, ROSENFELD propõe que existem, basicamente, três sentidos gerais que brotam da ideia de *identidade constitucional*. Um primeiro ligado ao *fato* de uma comunidade jurídico-política ter ou não ter uma constituição, na medida em que, como afirma, a política de uma comunidade que

---

[598] JACOBSOHN, Gary Jeffrey. Constitutional identity. *The Review of Politics*, Notre Dame, v. 68, n. 3, pp. 361-397, verão, 2006.

[599] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 10.

[600] Não falando exatamente da identidade constitucional, mas do conceito de Direito em si: COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*, *cit.*, p. 31: "Para além da liberdade, a *pessoa* afirma-se no *reconhecimento*, pelo outro, do ser-*pessoa* do humano, a denunciar o caráter histórico e a coexistencialidade de todo valor: o valor humano não é dado, mas constrói-se enquanto o humano afirma-se e mantém-se, em sua relação de coexistência histórica, como dignidade, no recíproco reconhecimento do seu valor".

tem constituição é significativamente diferente das daquelas que não têm. Um segundo relacionado ao *conteúdo* específico de uma constituição que, por sua vez, fornece diferentes elementos de identidade. E, ainda, um terceiro sentido relativo à questão do *contexto* em que uma constituição opera que, inevitavelmente, acaba por exercer um importante e decisivo papel na construção da identidade constitucional[601].

Desse modo, não raro se busca compreender essa dinâmica a partir de sua comparação com a formação da própria identidade do indivíduo. ROSENFELD, por exemplo, partindo de pressupostos hegelianos e utilizando chaves da psicanálise[602], propõe que a identidade constitucional, assim como a identidade pessoal, é elaborada através de um processo dinâmico e complexo que se opera visando integrar sucessivas instâncias de negação e identificação em narrativas coerentes e mutuamente consistentes de *mesmidade* (sameness) e *ipseidade* (*selfhood*)[603]. Sobre a identidade pessoal, afirma que os parâmetros para o autoreconhecimento apresentam-se de duas maneiras: reconheço-me porque pareço o mesmo indivíduo de ontem e de todos os dias; ou reconheço-me porque apesar de algumas mudanças que eu experimentei desde a infância (já não tenho a mesma aparência, não penso da mesma forma, não sinto a mesma coisa) permaneço como um único *indivíduo* (*self*) que é distinto dos demais *indivíduos (selves)*[604].

---

[601] ROSENFELD, Michel. Constitutional identity, *op. cit.*, p. 757.

[602] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 73-74. Nesse processo há três chaves caras à explanação de ROSENFELD sobre as ferramentas de construção do discurso constitucional: a *negação*, a *metáfora* (condensação) e a *metonímia* (deslocamento).

[603] Essas chaves são, explicitamente, emprestadas de PAUL RICOEUR: *mêmeté* e *ipseité*. É o próprio RICOEUR que faz a tradução do francês para o inglês: "Let me recall the terms of the confrontation: on one side, identity as sameness (*Latin idem*, German *Gleichheit*, French *memete*); on the other, identity as selfhood (Latin *ipse*, German *Selbstheit*, French *ipseit*)". RICOEUR, Paul. *Oneself as another*. Tradução Kathleen Blarney. Chicago: The University of Chicago Press, 1995, p. 116. Dê um modo geral, a tradução usualmente encontrada para o português dessa expressão de RICOEUR é: *mêmeté* por *mesmidade* (ou *mesmice*) e *ipseité* por *ipseidade*. RICOEUR, P. O si-mesmo como um outro. Tradução de Lucy Moreira Cesar. Campinas: Papirus, 1991.

[604] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 27: "I can recognize myself either because I look the same as I did yesterday or because in spite of all the changes which I have experienced since childhood – I no longer look the same, think the same, feel the same, etc. – I have endured as a sigle self that is distinct from all other selves".

Nesses termos, ROSENFELD propõe que o mesmo vale, analogamente, para a identidade constitucional. Ela se constrói, especialmente, na dinâmica entre a projeção daquilo que permanece igual *(sameness)* e a imagem da individualidade daquela identidade em referência a outras identidades (*selfhood*)[605].

Assim, a construção e diferenciação da identidade constitucional desenvolvem-se em um contínuo processo dialético que envolve negação e incorporação – desconstrução, construção e reconstrução – importando na mais próxima ou mais distante relação entre ela e outras identidades. Nesse sentido, não apenas a identidade constitucional recorre a outras identidades, como estas também acabam por redesenhar materiais encontrados naquela. Desse modo, ROSENFELD afirma que quer a identidade nacional, quer a constitucional (*"national and constitutional self"*) são, na verdade, dimensões complementares da identidade global que pretende fornecer unidade e coerência à política vivida pela comunidade jurídico-política.

GARY JACOBSOHN segue linha similar, ainda que a partir de referências bastante distintas. Ele propõe que a identidade é a manutenção da *unidade interior* (*inner sameness*)[606] e da *continuidade*, que se desenrola de forma mais segura quando fundamentada na própria atividade. Particularmente no caso da identidade constitucional, para o autor isso se dá, especialmente, na correspondência entre o texto de um documento e o comportamento daqueles que estão sob seu âmbito de validade[607]. Isto é, quando há cultura constitucional em termos normativos.

Assim, ainda que em gramática diferente da utilizada por ROSENFELD, JACOBSOHN caminha em sentido similar, apontando que a lógica da identidade constitucional converge para os polos da *continuidade* e da *descoberta/invenção*.

A *continuidade* está especialmente relacionada ao caráter prescritivo de uma Constituição e não se confunde com o *status quo* da comunidade. Ela é a

---

[605] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 27-36.

[606] Aqui utilizamos outra tradução porque o autor não articula *sameness* em qualquer referência à chave de RICOEUR.

[607] JACOBSOHN, Gary Jeffrey. Constitutional identity, *op. cit.*, p. 365.

continuidade no que ainda permanece através das mudanças que ocorrem na dinâmica da sociedade. São:

> as memórias coletivas que persistem enquanto parte da personalidade cultural de uma nação que formam o núcleo da identidade constitucional, o que não significa que seja estabelecido por atos de razão abstrata, mas desenvolvido ao longo do tempo, evoluindo com os hábitos e experiências do corpo político[608].

Além de *continuidade*, para JACOBSOHN a lógica da identidade constitucional demanda *descoberta* e *invenção*. Essas dimensões, antes de serem duas formas opostas de compreendê-la, devem ser entendidas como complementares. Assim, a identidade constitucional é *descoberta* na medida em que reconhece aquilo que existe de fato, o que o povo construiu historicamente na interação da comunidade, na descoberta e expressão da política que já existe, mas é, também, *invenção* em duas dimensões: é combinação do que é tido como geral com aquilo que é particular (dos laços do constitucionalismo com as identidades locais), em uma nova e própria leitura que uma dada cultura faz do constitucionalismo; e, também, na medida em que é *prescrição*, não apenas descrição, segue em constante processo de modificação[609]. MARK TUSHNET resume esses dois polos argumentando que: "os que fazem a Constituição devem tomar o povo como ele é e, ao mesmo tempo, procurar torna-lo outra coisa"[610].

De algum modo, essa dualidade já está contida, também, na compreensão helleriana de que existe uma tensão constante entre *dever ser* e *ser* sociais[611] e, não se esgotando no momento constituinte, é dualidade dinâmica que segue na própria essência do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito e nos pontos

---

[608] JACOBSOHN, Gary Jeffrey. Constitutional identity, *op. cit.*, pp. 373: "The collective memories that persist as part of the cultural personality of a nation form the core of constitutional identity, which is not established by acts of abstract reason, but is developed over time, evolving in tandem with the habits and experiences of the body politic".

[609] JACOBSOHN, Gary Jeffrey. Constitutional identity, *op. cit.*, pp. 373-375.

[610] "Constitution makers must take the people as they are and, at the same moment, seek to make them something else", TUSHNET, Mark. How do constitutions constitute constitutional identity?, *op. cit.*, p. 672.

[611] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 238.

fundamentais levantados por CANOTILHO: "1 – A constituição é garantia do existente. 2 – A constituição é um programa ou linha de direção para o futuro"[612].

Nessa ordem, as três faces do *sujeito constitucional* sugeridas por ROSENFELD – aquele que exerce o poder constituinte e faz a constituição, a coletividade que é unida pela constituição e o sujeito que é intérprete, elaborador e suporte da constituição – confirmam-se como dimensões de uma mesma pedra de toque que se encontra e se reafirma na contínua identificação e configuração dessa unidade pela construção, desconstrução e reconstrução da identidade constitucional.

Nesses termos, se as identidades constitucionais são leituras particulares do constitucionalismo, a partir de sua interação com a cultura sobre a qual ele opera e com outras identidades, são elas interpretações dessas estruturas. Logo, sendo a cultura constitucional, em certo sentido, fluxo de formação das identidades, trata-se de um processo interpretativo que se realiza, contínua e cotidianamente, não apenas nas instâncias oficiais de interpretação da Constituição – poder judiciário, legislativo e governamental –, mas pela sociedade como um todo[613].

Um momento importante, portanto, para a cultura constitucional é o momento constituinte, que inaugura uma nova ordem válida. O faz sem limitações jurídicas prévias ou anteriores, mas, no entanto, pretende criar validade e ter reconhecida a força legítima do ordenamento, porque justificado em referência à própria identidade do constitucionalismo e ao seu soberano típico: o povo plural.

Essa nova ordem, válida, possui funções jurídicas e políticas típicas, que variam de acordo com as identidades constitucionais particulares, mas que

---

[612] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, p. 151.

[613] SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. A identidade do sujeito constitucional no Brasil: uma visita aos seus pressupostos histórico-teoréticos na passagem do Império para a República, da perspectiva da forma de atuação do guardião máximo da constituição. *In: XVI Encontro Preparatório do Conpedi*, 2007, Campos dos Goytacazes - RJ. Anais Conpedi / Campos dos Goytacazes, 2007: "Buscamos reforçar a idéia de que a construção dessa identidade do sujeito constitucional é um processo de aprendizado social do qual o guardião máximo da Constituição é apenas um dos atores, cuja função precípua é a de manter abertos os processos de definição de identidade constitucional que permitem que esse aprendizado institucional se afirme em longo prazo, como um processo político democrático, em que as diferenças sejam incorporadas por via da realização de direitos fundamentais apoiados em uma soberania popular difusa".

mantém certa similaridade em razão do momento histórico do constitucionalismo no qual opera, especialmente, em tempos de intensa interação global, como são os atuais, e de fortalecimento e preocupação pela proteção internacional dos direitos humanos, o que instiga o crescimento de um Direito Constitucional Comparado.

Parte III

Futuro

Nunca haverá uma boa e sólida Constituição além daquela em que a lei reinará sobre os corações dos cidadãos. Enquanto a força legislativa não foi até lá, as leis serão sempre eludidas

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

CAPÍTULO 7

A CONSTITUIÇÃO ENTRE A UNIDADE POLITICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO

A tentativa de criar um Direito válido porque legítimo (justificado) a partir da representação e progressiva concretização de valores culturais em normas jurídicas, na medida em que articulados com as identidades e realidades específicas de cada comunidade, toca a própria ideia do Estado de Direito de criar-se uma força que mate a própria força. Nesse sentido, o Direito, e particularmente o Direito Constitucional, é modelo de controle social que impõe exigências, quer positivas, quer negativas, decorrentes de um projeto que arroga a si a qualidade de ser legitimo por justificar-se em parâmetros culturais que correspondem à própria identidade (individual e coletiva) dos sujeitos que se reconhecem como cidadãos. É um argumento de legitimidade que se justifica materialmente em relação a uma dada mundividência que é própria do quadrante ocidental, ainda que com peculiaridades e características que lhe importam uma postura universalista e globalizante.

A essa estrutura é indispensável que, em contrapartida, o poder seja limitado pela própria ordem que propõe democraticamente, pois não sendo a força, mas a justificação e a identidade seu fundamento último, a coerência do próprio exercício da força pelo poder coloca-se como imprescindível. Portanto, como já alegava HELLER – e antes mesmo dele, JELLINEK – no Estado de Direito o preço pago para a estabilidade da

ordem é o de que o próprio poder também esteja adstrito às amarras da ordem legal que coloca.

Com isso, retira-se da discussão jurídica ordinária da comunidade jurídico-política o amiúde processo de justificação última de legitimidade, afastando-a, em tese, do processo cotidiano de interpretação/construção da norma jurídica, especialmente, na interpretação/aplicação da norma de decisão. Dito de outro modo, quando se "cristaliza" em norma válida (reproduzível) o argumento último de justificação, retira-se da pauta de discussão comum o questionamento sobre a legitimidade da norma individualmente, bem como, do ordenamento como um todo[614].

Assim, a norma constitucional reproduzida como válida coloca-se como argumento fundamentador ordinário de validade de todas as demais decisões jurídico-políticas (em sentido amplo) daquela comunidade política. Logo, é possível dizer que no dia a dia da política e do Direito, ao invés de questionar-se em todas as vezes sobre as bases últimas de legitimidade de atuação do poder político, recorre-se, a meio termo, a uma norma válida (em última instância de validade, à norma constitucional) que corresponde, a *princípio,* a um anterior consenso de integridade. Este, de algum modo, remete às bases jurídico-políticas comuns sobre as quais se desenvolve a dinâmica do Estado.

Dessa maneira, a validade importa na (pretensa) estabilidade das ordens jurídicas, que ao fixar as bases da discussão normal, coloca-se como ponto zero de discussão "jurídica". Essa estabilidade já era almejada no berço do constitucionalismo, como condição própria da experiência constitucional, na figura da segurança jurídica, fruto

[614] Uma observação há de ser destacada. Naturalmente, ao se falar de "cristalização" – figura utilizada por HÄBERLE – não se está a identificar norma com texto normativo. HÄBERLE, assim como HESSE e MÜLLER, cada um a seu modo, sofreram forte influência da Tópica de VIEWEG. Nesse contexto, é de se registrar a enorme diversidade de posições sobre a interpretação jurídica, hoje sendo comum grande maioria delas, o reconhecer que a norma só se constitui no próprio processo de interpretação/aplicação do Direito. Com isso, como atenta EROS GRAU, não se pretende que o momento de interpretação/aplicação da norma ocorra apenas quando da *norma de decisão*, pelo *interprete autêntico*, no sentido kelseniano (maximamente: o juiz), mas de toda operação de construção da norma pela interpretação/aplicação. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Esse, também, parece ser o caminho de HÄBERLE, especialmente falando de *texto* e *contexto* e da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, *cit.*, pp. 39-65; HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación Constitucional, *op. cit.*; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, *cit.*

não apenas das pretensões de garantias de direitos individuais, como, também, das demandas do capitalismo crescente[615].

Nesse sentido, GARCÍA-PELAYO aponta que são próprias à ideia de constituição as imagens de permanência e firmeza – sem as quais uma ordem constitucional seria incapaz de cumprir sua função fundamentadora – mas que, ao mesmo tempo, a constituição, até porque política, tem de ser, também, dinâmica, não estática[616].

Ainda que aparentemente paradoxais e contraditórias, essas características de estabilidade e dinamicidade são complementares. A dinamicidade das bases normativas e sua capacidade de sustentar, articular e incorporar, demandas diversas influenciam significativamente na perenidade de um projeto constitucional. Desse modo, é possível afirmar que dinamicidade e estabilidade são faces da relação entre essência e estrutura da realidade constitucional[617].

Isso transparece no caso paradigmático da constituição norteamericana que, em mais de dois séculos, apesar de permanecer com praticamente o mesmo texto, já admitiu diversas estruturas políticas e sentidos diferentes à norma (normas diferentes), que se revelam, por exemplo, nos marcos mais significativos da *Foundation*, *Reconstruction*, do *New Deal* e dos *Civil Rights* (por vezes dito, mesmo, *Second Reconstruction*). De algum modo, isso também pode ser observado quanto à Lei

---

[615] Ainda que, em grande medida, o constitucionalismo e a Cconstituição tenham, em parte, se desprendido dessas precisas bases originárias, avançando no sentido da inclusão de outras demandas sociais – como foram aquelas incorporadas, *a posteriori*, sob do signo de 1848, por exemplo – ainda assim, a normalidade constitucional deixa de se colocar, propriamente, a partir do imediato interesse capitalista, quando, muitas vezes, em sua oposição. Nessa tensão, especialmente a partir do século XX, não raro jogam-se luzes sobre o estado de exceção como forma de manter o regime e o *status quo* e não mais a ordem constitucional que, em si, muitas vezes coloca-se como socialmente transformadora. É nesse sentido que desenvolve e aprofunda BERCOVICI em: BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.* De todo modo, há quem entenda que, ao mesmo tempo em que o Estado intervencionista é uma concessão do capitalismo, em boa medida, ele é, também, a única maneira de a própria sociedade capitalista preservar-se ao promover a diminuição das desigualdades: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 24.

[616] GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional* comparado. Madrid: Alianza, 1999,pp. 128-133. REALE vai além identificando ao Direito *tout court*: "O Direito, como força cultural que é, e, mais precisamente, como elemento de ordem e garantia dos valores culturais de uma comunidade, não pode ser só *estabilidade* – que é a estagnação e a morte – nem só *movimento* e mudança, que é a falta de continuidade, o estilhaçamento, o desperdício da vida", REALE, Miguel. Direito e Cultura, *op. cit.*, pp. 292-296.

[617] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 327.

Fundamental Alemã, que, inclusive, imaginada para possivelmente ser substituída por uma constituição[618], vige e vigora desde 1949, passando pelas experiências de uma Alemanha dividida (inclusive fisicamente por um muro), pela reunificação pós-1989 e, mesmo, por algumas transformações de seu texto. Apesar de tudo isso, a Lei de Bonn permanece efetiva até hoje, com patente força normativa e, principalmente, conservando sua identidade constitucional[619].

Essas constituições, por um lado, conseguem expressar identidades e projetos culturais marcadamente constitucionais – além de marcantes do constitucionalismo – sobre os quais os cursos políticos de suas comunidades puderam desenvolver-se, e articular sua própria história. Por outro, conseguiram e ainda conseguem apresentar-se com força jurídico-política suficiente, de modo que os próprios projetos políticos dos quais são produto e símbolo, ainda que transformados e, por vezes, profundamente ressignificados, seguem representando a *identidade constitucional* daquelas comunidades jurídico-políticas. Em ambos os casos, as diversas crises constitucionais e, por que não dizer, as diversas crises culturais vividas não apresentaram como resposta às tensões sobre sua identidade política um rompimento completo com o projeto cristalizado pelos e nos textos constitucionais. Pelo contrário, importaram em uma releitura e em um *revolver* aos fundamentos de seus projetos jurídico-políticos nos termos do fluxo de sua cultura constitucional, específica, e do próprio constitucionalismo. De fato, o que essas identidades constitucionais conseguiram em seu dinamismo, foram ser, elas mesmas, vividas, inclusive para que fossem transformadas sem a quebra com seus fundamentos últimos e sua identidade. Na verdade, é possível dizer que as transformações observadas nas culturas e identidades constitucionais estadunidenses e alemãs são, mesmo, frutos de seus fundamentos últimos. Destarte, o que conseguiram essas constituições, foi instalar uma estrutura, um ambiente, uma cultura constitucional que se reafirma na sua própria plasticidade.

---

[618] "Artigo 146. [Prazo de vigência da Lei Fundamental]. Esta Lei Fundamental que, após a consumação da unidade e da liberdade da Alemanha, é válida para todo o povo alemão, deixará de vigorar no dia em que entrar em vigor uma Constituição, que tenha sido adotada em livre arbítrio por todo o povo alemão", *Lei Fundamental Alemã*.

[619] GRIMM, Dieter. Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madri, n. 25, pp. 263-277, jan./jun. 2010.

Assim, ainda que abertas, as constituições sempre se pretendem estáveis em suas raízes e fundamentos, em sua *identidade constitucional* que caminha no fluxo da *cultura constitucional*. Essa ambiguidade, necessária, é possível, inclusive, porque são elas dinâmicas em seus desdobramentos e possibilidades[620].

Nessa ordem, como já mencionado, o Estado Democrático de Direito é identificado com uma fase do constitucionalismo que vive o processo de ressubstancialização da constituição, no que é acompanhado do amplo reconhecimento das normas constitucionais enquanto normas jurídicas propriamente ditas, exigíveis e aplicáveis. Nesse processo de reconhecimento e consolidação da força normativa da constituição, tais normas apresentam-se não apenas com pretensões de normatividade simbólica e/ou políticas nas bandeiras da *liberdade, igualdade e fraternidade*, mas, claramente, com aspirações jurídico-normativas de efetivação desses valores, uma vez que cristalizados em textos normativos cujos programas normativos acabam por serem concretizados e densificados na dinâmica da comunidade.

Desde a Lei Fundamental Alemã, seguida dos diversos fluxos de constitucionalização e reconstitucionalização ocorridos no mundo, exige-se cada vez mais da eficácia jurídica das normas constitucionais, sua aplicabilidade e efetividade. Ao mesmo tempo, ocorre um significativo crescimento do campo constitucional, com a ampliação das questões que são incorporadas ao leque de temas *constitucionalizados* e presentes no debate constitucional. Logo, a Teoria Material da Constituição que se consolida desde então e que possui importantes afluências nos dois lados do Atlântico, mas, especialmente, no constitucionalismo de matriz romano-germânica, passa a colocar

---

[620] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 199; HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *cit.*, p. 3: "La constitución es creadora del momento de la estabilidad y de la permanencia; el ejemplo más impresionante lo ofrece la Constitución de los Estados Unidos con sus más de dos siglos de vigencia. No obstante, en virtud de esta duración – la Ley Fundamental alemana (en adelante LF) incluso plantea una 'pretensión de eternidad' a favor de los principios fundamentales de su artículo 70, inciso 3, en forma análoga a algunas Constituciones anteriores y a otras que le han seguido – se requieren instrumentos y procedimientos gracias a los cuales la Constitución se adapte en forma flexible, como 'proceso público', a los acontecimientos de la época, sin detrimento de su sentido: a saber, como 'estímulo y límite', en los términos de R Smend, a también como 'norma y tarea' (U. Scheuner), lo mismo que como 'limitación y racionalización' del poder del Estado (H. Ehmke), pero también del poder de la sociedad. Precisamente la Constitución de los Estados Unidos, además de las muy escasas enmiendas (actualmente 28) que ha sufrido en doscientos años, conoce el procedimiento del cambio, especialmente a través de la jurisprudencia constitucional".

a constituição como constituição *total*, no que se avança no sentido de uma *concepção estrutural de constituição*, sendo considerado o aspecto normativo para além da norma pura, em sua conexão com a realidade social, em seu conteúdo fático e sentido axiológico[621]. Nessa linha, CANOTILHO, com sua Constituição Dirigente, vai tratar que "a interdependência da teorético-jurídica e teorético-social surge no campo da «reconstrução» da teoria da constituição, através de uma *teoria material da constituição* concebida como *teoria social*"[622].

Assim, GARCÍA-PELAYO vai apontar a constituição como, simultaneamente, integrante da *ordem jurídica*, da *ordem estatal* e da *estrutura política* de uma comunidade. Da primeira, porque expressão da ordem de competência (normas organizadoras) segundo a qual se cria todo o Direito; da segunda, porque organiza os poderes públicos, propriamente ditos; e da terceira porque todo povo tem uma maneira concreta de existir politicamente[623].

Não de modo diferente, HANS-PETER SCHNEIDER identifica que a constituição é Direito Político (de, sobre e para o Político) e sintetiza as funções da constituição em três dimensões que se apresentam como implicadas e inseparáveis: a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida)[624].

---

[621] SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39. SCHNEIDER, Hans-Peter. La Constitución: función y estructura. *In*: SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-52, p. 42: "el concepto moderno de *constitución* se debe orientar atendiendo a las funciones cambiantes de ésta y a su modo especifico de funcionamiento en la comunidad pluralista y antagónica de la sociedad industrial. Se debe rechazar tanto una concepción únicamente «decisionista de la Constitución, entendida como decisión global sobre el tipo y a forma de la unidad política» (C. Schmitt), cuanto una transcripción puramente formalista de la misma, como una «ley de difícil modificabilidad» (Kelsen). En conexión con Smend, Heller y Hesse, la Constitución se debe entender más bien en su sentido funcional: *es orden jurídico fundamental para la formación de la unidad política, la asignación del poder estatal y la configuración de la vida*; por consiguiente y ante todo, un instrumento de control social del proceso de consociación".

[622] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, pp. 13-14.

[623] GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional* comparado, *cit.*, p. 99-103.

[624] SCHNEIDER, Hans-Peter. La Constitución – Función y Estructura, *op. cit.*; citando-o: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política, *op. cit.*; STRECK, Lênio. La jurisdicción constitucional y las

HESSE, nessa mesma linha, trata de duas tarefas fundamentais da Constituição, estreitamente relacionadas entre si: a de formação e manutenção da unidade política e a da criação e manutenção do ordenamento jurídico[625]. Tratando delas, desenvolve-as em três funções: a de *integração*, a de *organização* e a de *direção jurídica*[626].

Nesses termos, todos esses autores colocam-se em uma mesma tradição que, partindo de SMEND e HELLER, não aparta as características de estabilidade (jurídica) e dinamicidade (política), mas coloca-as em necessária relação dialética.

De todo modo, ambas as faces da constituição – a de norma jurídica e a de projeto político – pretendem moldar o vir a ser da comunidade, chegando, em alguns momentos, inclusive, a confundirem-se. Isso, porque, todas essas dimensões (democrática, liberal e social), ou tarefas (integração, organização e direção jurídica), ou ainda funções (formação e manutenção da unidade política e criação e manutenção do ordenamento jurídico), apresentam-se na forma de normas, em sentido amplo. Assim, a constituição coloca-se como norma jurídica de maior grau hierárquico que aspira vincular todas as demais normas situadas abaixo de si na pirâmide do ordenamento jurídico, de modo a nortear sua interpretação, implicando-lhe coerência e integridade[627]. Essa vinculação se faz patente a todos os poderes constituídos (judiciário, legislativo e executivo) e seus agentes, a todos os particulares e cidadãos (eficácia imediata), portanto, à sociedade de forma geral. Ela se coloca em termos de validade jurídica (pretensão de eficácia), ou seja, desde uma estrutura lógica que implica na adequação de todas as normas enquanto ordenamento.

No entanto, há peculiaridades nesse formato de vinculação. Enquanto o formato comum (ainda que não necessário) das demais normas jurídicas coloca-se sobre instrumentos de coercitividade, isto é, em instrumentos próprios e imediatos de coerção

---

posibilidades de concreción de los derechos fundamentales sociales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 11, pp. 369-405, 2007.

[625] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 49-37.

[626] HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. *In*: BENDA, Ernst et. al. *Manual de derecho constitucional*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 1-15, pp. 2-6.

[627] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 213; CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. *Nomos*, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 177-200, jan./jun. 2012.

e sanção, o mesmo não acontece, via de regra, com as normas constitucionais. De um modo geral, elas possuem poucos mecanismos de garantia externa, especialmente, no que diz respeito a formatos próprios e particulares de coerção e/ou sanção. Isso não impede reconhecer sua coercitividade, uma vez que o próprio ordenamento lhes empresta essa característica. O próprio fato de não se interpretar o *direito em tiras*[628] também implica que, ainda que se afaste a coercitividade como característica essencial da norma jurídica, dificilmente pode-se afastá-la como elemento necessário do ordenamento enquanto jurídico. Além disso, no quadro atual do constitucionalismo, há um significativo número de mecanismos jurídicos, remédios processuais e ações constitucionais pensados para robustecer a garantia externa da constituição. Neste âmbito, inclusive, desenvolveu-se um dos mais importantes debates no âmbito do Direito Constitucional brasileiro pós-1988, em que se questionava a respeito "do papel do Direito (portanto, da Constituição) e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como das condições de possibilidade para a implementação/concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir desse novo paradigma de Direito e de Estado"[629]. Ele foi articulado, basicamente, no diálogo/disputa entre duas correntes amplas de propostas e respostas, uma delas ligadas ao procedimentalismo e outra ao substancialismo[630].

O debate acerca do papel da jurisdição constitucional é inafastável da dinâmica do Estado Democrático de Direito, especialmente, em uma realidade como a brasileira, em que, como aponta STRECK, "as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas"[631] e que, até por isso, a ideia de

---

[628] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, *cit.*, p. 44.

[629] STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, pp.257-301, mai./ago. 2003, p. 260.

[630] Para uma formulação bastante representativa da linha procedimentalista: CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*, *cit.* Para uma construção significativa da corrente substancialista: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, *cit.*

[631] STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil, *op. cit.*, pp. 259-260.

constituição dirigente-compromissária, talvez, tampouco possa mesmo ser afastada definitivamente[632].

Entretanto, GRIMM não deixa de lembrar que "não existe oficial de justiça em matéria constitucional", o que significa que, em última análise, em situação limite, o descumprimento de um mandamento constitucional não possui meios de impor-se pela força[633]. Ele é dependente da própria *estrutura de legitimação* da democracia para fazer-se impor.

Por essa razão, as tarefas de formação e manutenção da unidade política, bem como, as funções delas desdobradas, também influenciam na própria força normativa e eficácia da constituição de forma peculiar. Isso porque, de algum modo, a própria constituição não pode se pretender como panaceia a todas as questões sociais, tampouco pode acreditar-se desgarrada do Estado ou da política. A constituição, mesmo em seus programas e pretensões, depende, influencia e é influenciada por essas duas outras figuras determinantes na comunidade.

7.1. CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

"Como um corpo de normas jurídicas de máximo grau hierárquico, a constituição pretende, precipuamente, produzir efeitos normativos"[634]. No Estado Democrático de Direito, antes de tudo, a constituição é norma e como norma, tem pretensão de eficácia. Nesse sentido, CANOTILHO afirma: "a *força normativa* da

[632] STRECK, Lênio. Intervenção, *op. cit.*

[633] Naturalmente, entendida interpretação como um processo de concretização de textos normativos e programas normativos em normas jurídicas, e de normas jurídicas em normas de decisão, em muitos casos, a norma jurídica constitucional é concretizada em e por normas jurídicas que, por sua vez, possuem tais mecanismos coercitivos.

[634] GRIMM, Dieter. Integration by Constitution, *op. cit.*, p. 194: "As the embodiment of the highest-ranking legal norms, the constitution is primarily intended to produce normative effects".

constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*"[635].

A constituição cria o ordenamento, uma vez que, ao institucionalizar um projeto jurídico-político de Estado e de comunidade, funda uma nova ordem jurídica, uma nova legalidade. Em tese, nenhum Direito anterior terá mais validade (vigência), a menos que ela mesma o reconheça como válido. De mesmo modo, organiza juridicamente o político, designando competências e procedimentos de como criar o Direito válido, em maior ou menor nível de concreção. Assim, quer em sua função de diretriz jurídica, conferindo unidade e integridade ao ordenamento, quer na tarefa de organização do político, a Constituição existe e atua, eminentemente, como norma jurídica.

Falar em força normativa é tratar de um conceito bastante amplo, pluridimensional, que anda lado a lado com a própria ideia de eficácia. Uma primeira dimensão possível à força normativa da constituição – a mais comumente trabalhada, inclusive – é, justamente, aquela que diz respeito à capacidade das normas constitucionais fazerem-se valer enquanto vinculativas das demais normas do ordenamento. Com esta identifica-se a força normativa em sentido estritamente jurídico, ou seja, da constituição enquanto norma jurídica hierarquicamente superior, portanto, em uma análise desde o estrito ponto de vista da validade, para se responder sobre *qual o direito* no momento da intepretação.

Particularmente sobre a eficácia, INGO SARLET aponta que o próprio "termo" engloba inúmeros aspectos para análise e problematização[636]. É um conceito que se aproxima e, muitas vezes, confunde-se com vários outros da Teoria do Direito (e, mesmo, com outros para além dela) importantes para a compreensão da dinâmica jurídica e constitucional.

---

[635] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 1150. Tratando em um sentido um pouco mais amplo MARCELO NEVES dirá que a força normativa deve ser "entendida como a orientação das expectativas e o direcionamento das condutas na esfera pública de acordo com o modelo normativo constitucional". NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática, *op. cit.*, p. 323.

[636] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 235.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, tratando da *Aplicabilidade das normas constitucionais*, vai relacionar *positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade* e *efetividade*, desenvolvendo mais detidamente os três primeiros termos. Por *positividade do Direito* identifica a característica que tem o Direito que rege a conduta humana por normas bilaterais e atributivas, socialmente postas, *in concreto*, quer histórica, quer atualmente. Para caracterizar o *Direito vigente* JOSÉ AFONSO aproxima-se da definição kelseniana de vigência; entende-o como aquele que rege *hic et nunc* as relações sociais, portanto, o Direito presente[637]. Por *eficácia do Direito* o autor tratará de, pelo menos, duas dimensões: a da *eficácia jurídica* e a da *eficácia social*[638].

Acerca da *eficácia jurídica* da norma, JOSÉ AFONSO DA SILVA descreve-a como:

> a *qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possiblidade de aplicação jurídica[639].

Com isso, o autor parece colocar a eficácia jurídica como qualidade intrínseca da norma jurídica em si e, ao tratar particularmente da eficácia jurídica das normas constitucionais, menciona que "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia"[640]. Com essa definição JOSÉ AFONSO DA SILVA converge a eficácia jurídica à própria dimensão da validade do Direito[641], relacionando-a ao *plano normativo*, à potencialidade de produzir efeitos e de ser aplicada no momento da interpretação/aplicação do Direito. Este sentido aproxima-se daquele que autores portugueses tratarão por *imperatividade do Direito*, particularmente, tomando como posição, a *imperatividade como característica constitutiva e necessária do Direito*[642].

---

[637] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 11-16.

[638] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 63-66.

[639] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, *cit.*, p. 66.

[640] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, *cit.*, p. 81.

[641] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: RT, 2011: "a validade da norma (...) é denominada, às vezes, de 'eficácia jurídica'". 283

[642] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 35-37; OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1999, v. I, t. 2, pp. 143-208. No mesmo sentido, ANA PAULA DE BARCELLOS vai identificar que: "o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos

A imperatividade, como trata OLIVEIRA ASCENSÃO, não se coloca no fato de as normas jurídicas (em geral) ou das normas constitucionais (particularmente) serem de fato cumpridas ou não, mas que elas *devem ser* cumpridas no plano normativo. Isto é, nos casos em que ocorrem as hipóteses para aplicação da norma, é *imperativo* que seu comando seja, efetivamente, tido em conta e respeitado na operação de interpretação do Direito.

A imperatividade, ou a eficácia jurídica, é decorrência da própria juridicidade de uma norma. O que diferencia uma norma constitucional de uma norma jurídica regular não é a existência ou inexistência da eficácia jurídica, mas as peculiaridades no processo de interpretação/aplicação dadas as particularidades da primeira.

Destarte, à primeira vista, perguntar sobre a aplicabilidade das normas constitucionais ou, mesmo, sobre sua eficácia jurídica, não ultrapassa os limites da própria dimensão da validade do Direito. Essa é uma questão que, a princípio, coloca-se eminentemente no *plano normativo* do ordenamento e o que transparece com ela é a preocupação (real e legítima) com a sistematicidade, unidade e coesão do Direito enquanto ordenamento.

Assim sendo, essa dimensão, sem dúvida, coloca-se como indispensável à vivência do Direito, à normatividade do ordenamento e à concretização da norma no processo de interpretação/aplicação. Vários são os pontos que demonstram a importância e complexidade desse processo, tais como: a não identidade entre texto e norma; a abrangência do texto normativo constitucional; a complexidade do processo de interpretação/aplicação do Direito; as exigências de unidade, coerência e completude do ordenamento; o fato do direito não ser interpretado em tiras, como menciona EROS GRAU[643]; a questão da integridade levantada por DWORKIN, dentre outras.

No debate brasileiro, essa tem sido a acepção mais correntemente utilizada quando se fala em eficácia das normas constitucionais[644]. Entretanto, é de se destacar que

---

propostos", BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 38

[643] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, *cit.*, p. 44.

[644] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, *cit.*; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, *cit.*; BARROSO, Luís Roberto. *Intepretação e*

a *eficácia jurídica*, tomada neste sentido, na verdade coloca-se como uma *pretensão de eficácia* (*Geltungsanspruch*) e, como aponta HESSE, particularmente quanto à força normativa da constituição, "não pode ser separada das condições históricas de sua realização"[645].

Assim, no plano da compreensão do fenômeno jurídico, restringir a preocupação da força normativa da constituição, ou mesmo, da eficácia das normas constitucionais à sua dimensão estritamente jurídica, expõe problema que, por analogia, é comparável àquele que HELLER já apresentava ao criticar o positivismo kelseniano: o de ser incapaz de explicar a própria positividade.

A pretensão de toda norma é fazer-se cumprida; por conseguinte, é tornar-se socialmente eficaz. Todo *dever ser* pretende-se um *vir a ser*; deste modo, restringir a abordagem do Direito ao plano jurídico-normativo, estreitando a questão da eficácia à eficácia jurídica (imperatividade), é válido e importante para a discussão a respeito da interpretação/aplicação do Direito, contudo é um corte que reduz a própria dinâmica do Direito, em particular, no que diz respeito a sua compreensão e vivência. Esse aspecto destaca-se de maneira especial para as normas constitucionais, em que se intersectam, comunicam e influenciam Direito e Política. Nesse contexto, em sendo a constituição não só jurídica, mas também política, sua eficácia coloca-se em termos excepcionais. Suas normas apresentam diferentes formatos de vinculação e aplicabilidade e, especialmente, possuem relações diferentes quanto à sanção.

Naturalmente, não é de se exigir que em toda operação de interpretação/aplicação do Direito sempre se volte à questão jurídico-política de fundo que aqui se desenvolve a partir da dinâmica entre legitimidade, validade e eficácia. Como dito, as próprias pretensões de estabilidade e integridade da ordem demandam a existência de uma base comum de discussão e decisão. Em que pese o fato de uma posição quanto à Teoria da Constituição e do Estado refletir nas posturas para interpretação do Direito, especialmente, do Direito Constitucional, neste,

---

aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008; SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 210-212.

[645] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição, cit.* p. 14.

particularmente, haverá mais claramente uma relação intrínseca entre a primeira e mais comum dimensão identificada à força normativa da constituição, eminentemente jurídica, e uma segunda que é exposta mais claramente na face jurídico-política da força normativa da constituição.

Assim, a preocupação em destaque com a questão da eficácia jurídica, embora útil e importante para o dia a dia do Direito, acaba por não avançar no sentido da dialeticidade da experiência jurídica, restringindo-se à própria dimensão do Direito válido em sua adequada interpretação/aplicação[646].

Quanto à *eficácia social*, JOSÉ AFONSO DA SILVA define-a como a efetiva conduta presente na norma, portanto, realiza-a no *fato* de uma norma ser obedecida e aplicada. Como aponta o próprio autor, esse é, também, o sentido dado à eficácia, de modo geral, por BOBBIO[647], mas, também, nas tríades de REALE e ALEXY. Nesse sentido, JOSÉ AFONSO trata os conceitos de eficácia social e de *efetividade* como sinônimos, posição corrente na Teoria do Direito brasileira[648] sendo possível, inclusive falar em uma

[646] Não será em sentido diferente que JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma: "Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos", SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, *cit.*, p. 60. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA relata que muitos autores apontam para a falta de clareza nessa diferenciação feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA. O próprio VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA propõe uma diferenciação que, coerente com sua postura sobre interpretação jurídica (que, particularmente, não compartilhamos), identifica a eficácia jurídica com a aptidão de uma norma produzir efeitos e a aplicabilidade com a conexão entre fatos e normas em um caso concreto, envolvendo, portanto, uma dimensão fática. SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito*, *cit.*, pp. 54-57; SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*, *cit.*, pp. 210-212.

[647] BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, *cit.*, p. 47: "o problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não segunda pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constante seguida".

[648] REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, *cit.*, pp. 112-115; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, *cit.*, pp. 165-171; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 84-89; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, *cit.*, pp. 235-241.

doutrina brasileira da efetividade[649], que tende a se aproximar do que CANOTILHO trata por *realização constitucional*[650].

EROS GRAU, no entanto, diferencia os conceitos de *efetividade* e *eficácia*, propriamente dita[651]. Para tanto, aborda como iguais os conceitos de *efetividade jurídica*[652], *efetividade formal*[653] e eficácia jurídica reportando-se, explicitamente, ao conceito de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Nesse sentido, destaca-o como possibilidade de geração de efeitos pela norma jurídica, aproximando-o, assim, da própria ideia de *pretensão de eficácia*. Ou seja, efetividade formal/efetividade jurídica/eficácia jurídica,

---

[649] Por todos: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, *cit.* Tratando da própria "doutrina brasileira da efetividade": BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques Lima, BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição e* Democracia: estudos em Homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 435-447. LÊNIO STRECK apresenta, ainda que ligeiramente, em nota de rodapé, uma crítica interessante a essa doutrina, especialmente, alegando que seus partidários, recorrentemente, não observariam a diferença entre texto normativo e norma: STRECK, Lênio. A interpretação da constituição no Brasil: breve balanço crítico. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. 17, n. 21, pp. 2-35, jan./dez. 2012. A crítica parece válida, apesar de, possivelmente, um pouco generalista e taxativa. STRECK destaca como se BARROSO classificasse dentro de uma "*doutrina brasileira da efetividade*" diversos autores, particularmente, JOSÉ AFONSO DA SILVA, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, CELSO RIBEIRO BASTOS, CARLOS AYRES DE BRITTO, MARIA HELENA DINIZ, além do próprio LUÍS ROBERTO BARROSO. Esse "agrupamento" não nos parece efetivamente feito por BARROSO, que, sem generalizar esses autores, apenas destaca suas contribuições para o "tema da eficácia e do próprio papel das normas constitucionais". Assim, é difícil tratar a todos de forma uníssona. Nesse sentido, ainda que os termos utilizados por JOSÉ AFONSO DA SILVA em seu *Aplicabilidade das normas constitucionais* (tese originariamente escrita entre 1967 e 1968 e defendida como tese de livre-docência na Universidade Federal de Minas Gerais) por vezes possam dar a entender essa não diferenciação, não nos parece que essa seja, necessariamente, sua posição, especialmente se levadas em conta as observações mais específicas que desenvolve em: SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento* constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 717-1000.

[650] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 1200: "**Realizar a constituição** significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta «tarefa realizadora» participam ainda todos os cidadãos 'pluralismo de interpretes' que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres". HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, *cit.*, p. 47-52.

[651] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 315 e ss.

[652] JEAMMAUD, Antoine. En torno al problema de la efectividad del derecho. *Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 1, pp. 5-15, 1984, pp. 11-12.

[653] CORREAS, Oscar. Teoría sociológica del Derecho y Sociología Jurídica: parte II. *Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 8, pp. 73-108, jan./jun. 1988, pp. 92-95. Na verdade, CORREAS divide dois grandes grupos de efetividade: a) no cumprimento, ao que identifica por consenso e por temor; b) na aplicação, que dividirá em formal e material. Além disso, identifica dois tipos de efetividade: a) subjetiva; b) objetiva.

para EROS GRAU, seria aquela qualidade que se manifesta quando há a "conformidade de uma situação jurídica concreta ao modelo que constitui a norma"[654].

De outra parte, GRAU trata da *efetividade material*[655] (ou simplesmente *efetividade*) como sinônimo da expressão *eficácia social*. Para ele, percebe-se *efetividade* quando há a conformidade entre a situação fática e a situação jurídica determinada ao sujeito, logo, ela se manifesta quando a conduta determinada pela norma individual é produzida. Esse sentido guarda alguma conexão com aquilo que FRANZ NEUMANN trata por *validade sociológica da norma jurídica*[656].

No entanto, para além dessas duas dimensões, que se aproximam em muito das duas dimensões correntemente trabalhadas no debate brasileiro como *eficácia jurídica* e *eficácia social*, EROS GRAU identifica uma terceira dimensão a que chama, simplesmente, *eficácia* (sem adjetivação). Para o autor, ela consiste na "realização efetiva dos resultados (fins) buscados pela norma"[657].

Em que pese a construção de EROS GRAU despertar certa confusão[658], além de possíveis críticas[659], ela atenta para uma questão jurídico-política importante: em boa

---

[654] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *cit.*, p. 317.

[655] "*Efectividad material*" é o termo encontrado, tanto em JEAMMAUD, quanto em CORREAS.

[656] NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*, p. 48 : "para poder decidir se uma certa norma jurídica é sociologicamente válida, temos de investigar se o Estado, enquanto aparelho coercitivo, provê de acordo com aquelas normas jurídicas tal garantia apoiada pela coerção sobre o comportamento, ou se ele tem tal poder em razão de um comportamento médio, o qual se supõe que as normas vão se realizar. Trata-se, então, de uma questão sobre o comportamento típico".

[657] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *cit.*, p. 316.

[658] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *cit.*, p. 318: "Estou inteiramente consciente da inconveniência do uso de um vocábulo ou expressão que costumeiramente seja destinado a conotar determinado conceito para, ele ou ela mesma, conotar diverso conceito. *Eficácia* é o vocábulo que tem sido usado, pela doutrina que referi, para conotar a realização efetiva dos resultados (fins) buscados pela norma; *efetividade material* é a expressão que tem sido usada, pela mesma doutrina, para conotar a ideia, corrente entre nós, de *eficácia social*. Permito-me, em respeito ao leitor, insistir em que não estou a distorcer o significado do vocábulo *eficácia*, porém tão somente trabalhando com um *novo conceito*. Penso merecer também eu respeito, no sentido de que se me torne possível expô-lo tal como conotado pela doutrina que o acolhe".

[659] A primeira delas diz respeito, não exatamente à construção em si, mas à sua compatibilidade à *metódica estruturante* que EROS GRAU coloca e desenvolve com perspectivas próprias, ainda que sob forte influência das formulações MÜLLER. Isso porque, desde essa perspectiva, via de regra, é difícil identificar *fins da norma*, uma vez que, para ele, a rigor, a norma só é constituída na interpretação/aplicação. Por outro lado, essa dimensão destacada por GRAU não parece incompatível com outras perspectivas relacionadas à interpretação jurídica e constitucional, como os métodos *concretizadores* e *concretistas* de HESSE e HÄBERLE.

parte dos casos, a *eficácia social* (*efetividade material*) de uma norma, não importará no completo atingir de seus objetivos últimos. GRAU faz esses reparos justamente ao tratar das normas constitucionais, particularmente, à previsão de *aplicação imediata* dos direitos e garantias individuais, prevista no art. 5º, §1º da Constituição Federativa do Brasil.

Em sentido similar e atentando a essa questão, ainda que com outra terminologia, MARCELO NEVES disporá que, quer o conceito de *eficácia*, quer o de *efetividade*, são conceitos relativos e graduais. Trata da *eficácia* como a observância, execução e uso, como "conformidade dos comportamentos ao conteúdo (alternativo) da norma" e como "realização do 'programa condicional'", portanto, em sentido inverso ao de EROS GRAU. E aborda a *efetividade* em alusão ao fim do legislador ou da lei, referente "à implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal"[660].

Fato é que todas essas três dimensões da eficácia, em sentido amplo, relacionam-se à ideia original de força normativa da Constituição de KONRAD HESSE, mas, mesmo antes disso, na própria dicotomia que historicamente se apresentou na discussão entre o caráter (exclusivamente) político ou, eminentemente, jurídico de uma constituição.

Uma constituição não se propõe como mera norma capaz de conduzir todo o ordenamento jurídico, apenas (projeto jurídico), mas pretende ver esse ordenamento implementado pela e na comunidade de modo a transformá-la e conduzir suas dinâmicas de acordo com a identidade da qual ela é símbolo (projeto político). É nessa esteira que também se relaciona à dimensão dinâmica da cultura constitucional e, especialmente, a seu *elemento vital*. Esta extrapola a relação dialética entre validade e legitimidade, uma vez que não se esgota no diálogo entre *o ser e o dever ser de uma Constituição*, mas, de algum modo, também não deixa de estar contida na relação entre normalidade e normatividade. Por isso, consequentemente, também é abrangida pelo conceito dinâmico de cultura, colocando-se na relação entre legitimidade e eficácia[661].

---

[660] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, *cit.*, pp. 47-48.

[661] Lembra-se que a relação entre *validade* e *eficácia* é mais patente que essa que se traça entre *legitimidade e eficácia*. O próprio KELSEN discorre a seu respeito: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *cit.*, pp. 235-238.

7.2. FORMAÇÃO DA UNIDADE POLÍTICA: INTEGRAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO

A tarefa da constituição de formação e manutenção da unidade política ganha maiores dimensões, especialmente, com a Teoria Material da Constituição, que, como dito, desenvolve-se com o Estado Social e Democrático de Direito e pretende a constituição como parte integrante da *ordem jurídica*, da *ordem estatal* e da *estrutura política*, simultaneamente.

A princípio ela é bastante relacionada àquela que HESSE identificará como sua função integradora, que, por sua vez, bebe no conceito de integração pretendido por SMEND. Desta, inclusive, desenvolvem-se várias chaves muito caras ao constitucionalismo democrático, como são a *vontade de Constituição*, o *patriotismo constitucional* e o *sentimento constitucional*, que ainda serão mais detidamente tratadas.

Como já citado, na formulação smendiana a essência do conceito de integração encontra-se no: "processo de participação ininterrupta das consciências individuais à realidade total do Estado, ou seja, adesão sempre renovada dos membros da comunidade às ideias e aos valores que constituem a razão de ser da própria existência da comunidade"[662].

Nesse contexto, a ideia de integração de SMEND coloca-se ao lado da visão de HELLER, dentre as perspectivas dialéticas da Teoria do Estado e da Constituição que se formulam em referência a RENAN. Este, por sua vez, define: "la existencia de una nación es (perdonen esta metáfora) un plebiscito cotidiano, como la existencia del individuo és una afirmación incesante de vida"[663]. Assim, todos estes buscavam compreender a dinamicidade da realidade e da vida estatal, bem como, a dinamicidade e dialeticidade da própria cultura constitucional.

---

[662] REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, *cit.*, p. 46.

[663] RENAN, Ernst. *¿Qué es una nación?*, *cit.*, p. 66. Também lembrado em: HABERMAS, Jürgen. Cidadania e identidade nacional. *In*: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, pp. 279-305, pp. 282-283.

Nessa esteira, a chave da *integração pela constituição* (ou *integração através da constituição*) é colocada em diversos momentos e debates, sempre no sentido de processo de consolidação de unidade política em alternativa a outros processos de formação de unidade, alicerçados sobre outros parâmetros de unidade, como nação, religião, etnia etc. Coloca-se, também, frente à própria ausência ou tenuidade dos parâmetros de unidade da comunidade jurídico-política que se pretende[664], portanto, ela se articula com a dimensão da *identidade constitucional* que se forma e é formada no fluxo da cultura constitucional.

Dito de outra forma, a *integração pela Constituição* tem por escopo, justamente, criar uma unidade a partir da Constituição, colocando-a como vértice e centro comum de uma unidade cultural em sentido político, mas não apenas. Isso porque, a Constituição entendida em seu sentido *total*, se converte em ordenamento jurídico fundamental não apenas do Estado, mas, também, de toda a vida dentro do território de um Estado, apresentando-se, efetivamente, como "ordenamento jurídico fundamental do Estado e da comunidade"[665]. Trata-se, portanto, de uma *integração em liberdade*[666], do indivíduo crítico na comunidade.

Nesse contexto, GRIMM vai se referir à função integradora das constituições como um efeito extrajurídico de um objeto jurídico, definindo-o como um processo efetivo em que os membros de uma comunidade acabam por desenvolver uma identidade coletiva e um espírito comum que os faz diferenciar-se de outras

---

[664] GRIMM, Dieter. Integration by Constitution, *op. cit.*, p. 204. Quanto a esses casos, como tantos outros, GRIMM destaca os casos da unidade política dos Estados Unidos da América do norte, que se funda e se constrói, basicamente, como um país de imigrantes e de grande diversidade, o caso da Alemanha dividida da segunda metade do século XX, e, contemporaneamente, da situação europeia, iminente. Tratando do caso europeu contemporâneo: BOGDANDY, Armin von. The European Constitution and the European Identity: text and subtext of the treaty establishing a Constitution for Europe. *I-CON*, Oxford/Nova York, v. 3, n. 2 & 3 (edição especial), mai. 2005, pp. 295-315; HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, *op. cit.*, pp. 3 e ss.; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2005, pp. 324 e ss.; BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política, *op. cit.*, *passim*.

[665] HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, *op. cit.*, p. 5. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo, *op. cit.*, p. 161. HÄBERLE dirá "ordenamento jurídico fundamental do Estado e da sociedade": HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *cit.*, p. 3; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*, pp. 150-154.

[666] REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 50.

comunidades. Nesse contexto, aponta que, em que pese a integração ser vista como condição de unidade e ação coletiva, ela não implica na eliminação forçada da pluralidade de opiniões e interesses dentro da unidade do *sujeito constitucional*[667].

PAULO FERREIRA DA CUNHA, por sua vez, identifica essa função como própria de todo Direito, sendo ela destacada quanto à constituição, especialmente, em razão de sua abrangência e preponderância. Assim, define a função integradora como a solidificação da "sociedade política" estatal, com a consolidação das instituições, com o estabelecimento de ordem, hierarquia e paz sociais, e ainda, resgatando ENGISH, destaca que a constituição também contribui para dar sentido ao mundo, o que é uma das mais relevantes funções sociais do Direito[668].

DWORKIN também dá destaque para a questão da integração sob uma perspectiva liberal, afirmando que cidadãos que dão valor à própria vida e confiam no sucesso da comunidade ao tratar a todos com igual consideração, vivem em uma integração que se torna fonte importante de estabilidade e legitimidade, uma vez que mesmo que os membros discordem significativamente sobre as interpretações da constituição e, mesmo, sobre o que é justiça, eles compartilham "o entendimento de que a política é um consórcio em sentido especialmente estrito"[669].

Portanto, é possível identificar que a constituição participa de duas das três formas de integração pretendidas por SMEND, uma vez que, como símbolo de unidade, atua no processo de integração funcional, mas, também, coloca-se como processo de integração material em seus valores. Particularmente esta segunda configuração implica consequências que se relacionam à própria normatividade das normas constitucionais, na medida em que, para além de um símbolo estático em torno do qual a comunidade forma e consolida sua unidade política, a constituição é, ela mesma, *dever ser* enquanto norma jurídica e como projeto político que se pretende concretizar em sua própria vivência. Assim, o processo de integração adquire a configuração de tarefa comum, em

---

[667] GRIMM, Dieter. Integration by Constitution, *op. cit.*, p. 193. GRIMM não chega a utilizar a expressão *sujeito constitucional*.

[668] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional*. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=pfc, p.14.

[669] DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2005, pp. 324-325.

movimento, que tem como impacto, de algum modo, o consolidar de uma mundivisão e de valores a serem remontados e reconstruídos coerentemente com a identidade constitucional pluralista.

7.3. CONFIGURAÇÃO SOCIAL DAS CONDIÇÕES DE VIDA: ORDENAMENTO JURÍDICO FUNDAMENTAL DO ESTADO E DA COMUNIDADE

Após século e meio de cisão entre Estado e sociedade, não raro aponta-se a Weimar, ao Estado Social de Direito e, por conseguinte, ao Constitucionalismo Social, o papel e o momento de (re)conciliação entre esses dois polos.

Como já mencionado, o Estado de Direito surge, em boa medida, em resposta ao momento absolutista em que o poder, dionisiacamente, absorvia os cidadãos e a sociedade como um todo. As revoluções liberais, significativamente influenciadas pelo pensamento moderno e pelo surgimento do capitalismo, apresentavam projetos que pretendiam, a princípio, libertar o individuo das amarras do poder, o que fica claro nas declarações de direitos, no perfil liberal dos sistemas jurídicos filhos daquele período, na liberdade como não intervenção do Estado, na igualdade formal perante a lei, no livre agir e na segurança jurídica.

A escalada do capitalismo, suas contradições e insuficiências, inclusive para atingir suas próprias demandas, apresentam desafios incomparáveis ao Estado de Direito do início do século XX. Nesse momento, o próprio sistema capitalista sofria crises agudas, maximamente representadas pelo *Crash* de 1929 e a *Grande Depressão* que lhe seguiu, com suas consequências e desdobramento em todo o mundo. A partir de 1917, o comunismo passa a crescer como modelo de Estado, economia e sociedade rival, gerando uma tensão que se alongará por quase todo o século XX. Tudo isso, combinado ao acirramento e aos desdobramentos das questões político-sociais que eclodiram na Primavera dos Povos em 1848 e ao desmoronamento das bases políticas da Europa Central (especialmente, com os fins dos impérios Alemão e Austro-

Húngaro), fez surgir o Estado Social de Direito em alternativa ao formato liberal até então dominante, ainda que decadente.

É verdade que, desde então, já avançamos na direção de outro modelo de constitucionalismo, que marca o Estado Democrático de Direito. No entanto, desde Weimar, não se pode mais cindir completamente Estado e sociedade, tampouco, prescindir do diálogo de um com o outro. Embora não se confundam, articulam-se e colocam-se em relação de interdependência. Consequentemente, o Estado de Direito só pode ser entendido e realizado no Estado de Direito material, ou no Estado Social de Direito, como previa HELLER. Isso porque, a própria liberdade, entendida como *leitmotiv* dessa máxima construção cultural, não pode ser compreendida como construção estática, individual ou atomista, mas, apenas, enquanto *liberdade concreta*, dinâmica e viva.

Assim, como mencionado, já com o Estado Social de Direito, mas, especialmente, com o Estado Democrático de Direito, a constituição não se pretende apenas organizadora do político e diretriz do jurídico, mas, também, ordenadora da própria comunidade e do social.

Mais que isso, a constituição do Estado Democrático de Direito pretende colocar-se em identidade material com a própria comunidade, influenciando-a, moldando-a, direcionando-a e sendo por ela influenciada, moldada e direcionada, em uma relação de mútua conformação dinâmica e dialogal. Portanto, para além da organização do político ou de ordenação do jurídico, pretende-se, também, como identidade (pluralista) da comunidade jurídico-política. E, assim, não se coloca como simples norma de organização de competências ou modelo de exercício do poder. Tampouco, como norma jurídica que impõe limites ao próprio exercício de uma liberdade selvagem e desprendida. Ela, a um só tempo, pretende ser norma e identidade de uma comunidade que se fundamenta e justifica em uma premissa que se faz parâmetro normativo de validade, do qual importa o igual respeito a todos, em virtude do reconhecimento de uma igualdade fundamental comum. Assim, uma dinâmica que se desenvolve a partir de uma liberdade parametrizada por essa igualdade, bem como, de uma igualdade compromissada com a liberdade, logo, numa

comunidade livre, igual e fraterna. Nesse sentido, é possível afirmar, novamente com ROSENFELD, que é da identidade do constitucionalismo e, consequentemente, das amarras que lhe são próprias e decorrentes, a promoção do reconhecimento mútuo entre os indivíduos entre o *eu* e o *outro*, em pé de igual dignidade.

Como coloca STRECK, "é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas*"[670]. Desse modo, a constituição não tem pretensão de eficácia (e validade) apenas sobre o poder (estatal), para, limitando-o, evitar que ele tolha a liberdade (concreta) dos cidadãos e, dirigindo-o, vincular a atividade do Estado a um programa de justiça social[671].

Ela também aspira que os poderes sociais, eles mesmos, não gerem situações de opressão e exploração que importem na perda de identidade constitucional daquela própria comunidade, portanto, que maculem sua premissa cultural que é a igual liberdade de todos[672]. Isso se reflete nos mais diversos âmbitos, econômicos, sociais ou culturais, e, muitas das vezes, é encontrado de maneira bastante expressa nos textos constitucionais[673].

---

[670] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, *cit.*, p. 48.

[671] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *cit.*

[672] BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*: derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 19-31, p. 21: "À púnica dos globalizadores neoliberais opõe-se o humanismo do Estado social e sua filosofia do bem comum e o poder legítimo do Estado social que, gerado no constitucionalismo de origem weimariana e aperfeiçoado nas Constituições subseqüentes à Segunda Grande Guerra Mundial, até ser atropelado, ultimamente, pela onda de expansionismo da reação capitalista, nem por isso se desfez de seu potencial de luta ou perdeu por inteiro a capacidade de resistência eficaz ao novo *status quo* do capitalismo". Em sentido similar, JOSÉ LUIZ BORGES HORTA vai identificar como adversários do Estado de Direito tanto os neoliberais, como os neoconservadores, que com suas pautas e métodos "tecnicistas", atropelam os fundamentos do próprio Estado de Direito, em nome de uma dita nova ordem mundial. O fazem, especialmente, utilizando-se de um discurso de tecnicização e racionalização que pretende a despolitização do debate, esvaziando o próprio Estado de Direito. HORTA, José Luiz Borges *et al*. *História do Estado de Direito*, *cit.*, pp. 199-203; HORTA, José Luiz Borges. A era pós-ideologias e suas ameaças à política e ao Estado de Direito. *Confluências*, Niterói, v. 14, n. 2., pp. 120-133, dez. 2012.

[673] Exemplo patente disso está no fato de os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados na CRFB, estarem, basicamente, todos eles relacionados à construção e ao desenvolvimento da própria sociedade: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Essa característica fica ainda mais clara quando do reconhecimento da *aplicabilidade imediata* dos direitos fundamentais, amplamente prevista nos textos constitucionais como, também, aos efeitos dela decorrentes, maximamente, na vinculação dos particulares e na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Além disso, não raro se vê, nos diversos textos normativos da *família constitucional*, disposições que vão definir (pluralisticamente) valores e conceitos próprios da sociedade. Em que pesem suas implicações jurídicas, essas disposições, na verdade, são particularmente relacionados à vida da comunidade e de seus membros, independente do Estado, como são os casos das definições constitucionais sobre a família (quer diretamente pelo texto normativo, quer pela norma formulada em jurisdição constitucional), sobre políticas de inclusão social e redução das desigualdades, na vedação ao preconceito de toda espécie, inclusive nas relações particulares, dentre outros[674]. Portanto, a constituição pretende guiar, para além da atuação ou abstenção obrigatória do Estado, as próprias relações sociais intra-particulares.

Também como já dito, quer como projeto, quer como norma, a Constituição coloca-se como um *dever ser* a essa comunidade autorreferenciada. Assim, ela apresenta-se com o intento de modular o *ser*, presente e futuro, ainda que de forma nunca acabada, como aponta SCHLINK, transcendendo as próprias limitações da sua identidade, fazendo-a mais plural e inclusiva. Destarte, é norma em sentido amplo, enquanto *dever ser* pretendido. Desse modo, os objetivos de igual tratamento, erradicação das desigualdades e de igual liberdade, seguem em construção como pautas de um projeto (também compromissário) que é renovado amiúde em sua identidade, representatividade e autorreferência na comunidade.

Há, contudo, especialmente quanto a esse aspecto, algumas dificuldades relacionadas à força normativa da constituição. A primeira delas diz respeito ao já mencionado peculiar caráter das normas constitucionais. O Direito realiza-se no seu cumprimento espontâneo, entretanto, na sua não observância ou na incerteza sobre qual

---

Isso se coloca de forma inexorável na medida em que a Constituição, ela mesma, é projeto político, portanto, que se presta a normatizar para além das estruturas e instituições estatais.

[674] Esses foram casos de grande repercussão, quer no Brasil: ADPF 132/ADI 4277 (STF); quer nos EUA: *Obergefell v. Hodges* (*Supreme Court*).

a norma válida a ser reproduzida, recorre-se ao aparato do Estado para que este diga qual a norma oficialmente válida para que, então, ela seja imposta pelo exercício legítimo e regular da força. Assim, quer a ideia de eficácia jurídica, quer a de eficácia social, via de regra, apoiam-se, particularmente, sobre a coercitividade da norma jurídica.

Esse é o parâmetro clássico, já exaustivamente trabalhado desde, pelo menos, o surgimento do Estado de Direito e, mesmo, antes dele. Os métodos de interpretação, clássicos ou não, são dos mais variados e a tomada de posição sobre uma das várias correntes possíveis, em boa medida, é necessariamente relacionada às própria perspectiva sobre a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição adotadas, devendo-lhe guardar coerência e identidade[675].

Contudo, a normatividade constitucional, inclusive quanto à sua eficácia jurídica, não deixa de ser influenciada pelas características peculiares ao espectro jurídico-político da constituição. Tal normatividade tem como ponto crítico, características muito próprias das normas constitucionais. Tratando a esse respeito, LUÍS ROBERTO BARROSO as elenca como sua superioridade hierárquica, a natureza da linguagem utilizada, o conteúdo específico que possuem e em seu caráter político[676]. HESSE, por seu turno, dirá de sua primazia sobre todo o Direito interno, de seu caráter aberto e vinculante e sua garantia imanente[677].

Nessa esteira, é característica da normatividade constitucional sua supremacia normativa no ordenamento, a que confere unidade e integridade. Também é comum à maioria das normas constitucionais o elevado grau de abstração, no que, não raramente, são colocadas em conceitos indeterminados e em programas normativos relativamente amplos que demandam, muitas vezes, um complexo processo de densificação e concretização. Ainda caracteriza as normas constitucionais a inexistência e/ou, ao menos, o déficit de instrumentos coercitivos próprios e imediatos que se relacionem a

[675] Apontando para problemas recorrentes nas construções das teorias e correntes de interpretação constitucional no Brasil: SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

[676] BARROSO, Luís Roberto. *Intepretação e aplicação da Constituição*, *cit.*, p. 107.

[677] HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, *op. cit.*, pp. 6-9.

seu descumprimento e não observância. Quanto a este traço, mesmo nas hipóteses em que eles existem de forma institucional ou simbólica, raras vezes se colocam a partir de um aparato de coerção oficial classicamente vinculado às formas de sanção estatal.

Como já dito anteriormente, o âmbito constitucional é, por excelência, o *locus* privilegiado de interação dialética entre o jurídico e o político, em que se apresentam de forma mais aguda programas, compromissos, vontades, sentimentos políticos e ideológicos, que, especialmente, a partir da experiência de conciliação entre constituição e democracia, foram trazidos para dentro do campo de discussão constitucional. Será nesse sentido, por exemplo, que ZAGREBELSKY tratará do Direito Constitucional como um *direito dúctil*, doce e maleável, aberto à argumentação, ao discurso, à justificação e ao diálogo civil, por um lado, e, por outro, com o uso da força e da coerção drasticamente reduzido, inclusive, de modo a possibilitar a ideia de autonomia coletiva[678].

Essas características importam em alguns desdobramentos, particularmente dois. O primeiro deles está relacionado ao limiar da interpretação Constitucional. O processo de densificação e concretização de normas com programas normativos tão abertos, importa uma maior margem ao intérprete. Assim sendo, a jurisdição constitucional coloca-se na fronteira entre a decisão jurídico-política e a decisão eminentemente política, limite que não deve ser transpassado sob pena de macular sua própria razão de ser. Essa característica já fora reconhecida no clássico debate entre KELSEN e SCHMITT, sobre *quem deve ser o guardião da Constituição*, inclusive, curiosamente, por ambos os autores[679].

---

[678] ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil*, *cit.*, pp. 9-20. O título original em italiano é "Il Diritto Mite. Legge, diritti, giustizia". *Mite*, que é traduzido por *dúctil* nessa edição castelhana, pode ser traduzido por: moderado, suave, módico, manso, tranquilo, aplicável. A explicação para a escolha de *dúctil* está na nota 11, p. 19 da tradução utilizada. Por ser um cognato, aproveitamos a tradução castelhana, *dúctil*, já consagrada. Apresentando o termo, LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007, p. 36: "A constitutional law is a 'mild law' first in the sense that it is open to justification and refers to argumentation and discourse, to a 'civil conversation'. But it also mild in the sense that within its province – which is essentially discursive – the use of force and coercion is reduced as drastically as possible, in order to make it possible for collective autonomy".

[679] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 237-298, em que concorda com SCHMITT acerca do caráter político (em sentido amplo) da atividade jurisdicional. É de se destacar que a crítica a suas perspectivas quanto à teoria interpretativa é ampla. Para uma crítica da postura kelseniana:

Nessa ordem, há ainda uma antiga questão que acompanha o constitucionalismo: quanto ao destinatário de uma constituição[680]. Esta, porque considerada o ordenamento jurídico do Estado e da comunidade, tem como destinatários todos os poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) e seus agentes, assim como todos os cidadãos[681]. Disso decorre, também, o fato de a Constituição, enquanto unidade cultural, ser interpretada por todos esses destinatários, não apenas pelos agentes dos poderes constituídos, mas por todo cidadão, na concretização das normas constitucionais, em sua vivência e realização. Como expõe HÄBERLE:

> quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm 'lebt', interpretiert sie auch (mit)*. Toda atualização da Constituição por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada[682].

Considerada essa dimensão, é possível identificar que a eficácia e, mesmo, efetividade e realização de uma constituição, por muitas vezes, apoiam-se em um lastro

---

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Validade versus correção: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 2 ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, pp. 133-163. Tratando de uma abordagem comparada das teorias de ambos: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência*, Florianópolis, n. 67, p. 111-137, dez. 2013.

[680] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 239-241.

[681] HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *cit.*, p.5: "la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la *Constitución* no es sólo un texto jurídico o un '*mecanismo normativo*', sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas".

[682] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, *cit.*, pp. 14-15: "Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas".

um tanto mais etéreo que o do monopólio da violência pelo Estado. Isso porque, em um primeiro plano, a própria eficácia jurídica e social de uma constituição, mesmo quanto a sua vivência na dinâmica dos poderes constituídos, depende de amarras significativamente voláteis, na medida em que os enlaces dessa dinâmica colocam-se sobre estruturas muito pouco concretas.

Nesse sentido, HESSE vê como característica diferenciadora do Direito Constitucional, em relação aos demais ramos do Direito, a ausência de instância última que possa impor sua observância, definitivamente. Também DIETER GRIMM aponta que "não há 'oficial de justiça' em matéria constitucional. Isso mostra que não só o constitucionalismo, mas também o controle judicial de constitucionalidade depende de bases culturais"[683]. Por isso, o Direito Constitucional tem de assegurar-se por si mesmo, sobre as condições culturais que permitam sua garantia internamente. Portanto, é de se destacar que mesmo uma jurisdição constitucional eficaz "requer uma cultura política efetiva em que, em geral, as decisões da corte sejam aceitas mesmo por aqueles que estão no poder e o sentimento constitucional seja tão grande que o desrespeito implique um custo muito alto para os políticos"[684].

No limite, essa é a questão que se coloca quando sempre se relembra da sátira de Juvenal: *quis custodiet custodes?*[685].

---

[683] GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 01, n. 4, pp. 03-22, out/dez, 2006, p. 10.

[684] GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, *op. cit.*, p. 10; GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 31. HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, *op. cit.*, pp. 7-8: "El Derecho Constitucional se diferencia del Derecho de otras ramas jurídicas en que, en definitiva, no existe instancia que pueda imponer su observancia; el Derecho Constitucional tiene que garantizarse por sí mismo, lo cual supone la existencia previa de una configuración que esté en condiciones de asegurar en lo posible tal garantía inmanente. Las funciones ordenadora y pacificadora del Derecho ordinario dependen en gran medida de que si resulta necesario, se impongan por vía ejecutiva, mediante la coerción estatal. Su observancia, pues, siempre resulta garantizada *desde fuera.* Todo lo contrario ocurre con las normas de la Constitución. Su observancia no se garantiza ni por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella ni por una coactividad superstatal; la Constitución no depende sino de su propia fuerza y de las propias garantías".

[685] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, *cit.*, pp. 215-217; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 325; HELLER, Herman. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 329.

E é nessa ordem que se vincula a força normativa da Constituição aos conceitos e ideias de *lealdade institucional*, *leal colaboração* e *cooperação institucional*, por sua vez, bastante conexos ao elemento vital da *cultura constitucional*.

Se, como dito, a vivência da Constituição se dá tanto no Estado, quanto na e pela própria comunidade, a própria ideia de *realização constitucional* e, mesmo, de *eficácia* no sentido proposto por EROS GRAU, concretiza-se não apenas através do cumprimento dos preceitos constitucionais pelo próprio Estado, mas, mesmo, por cada cidadão e por toda a sociedade. Em todo caso, em que pese o papel interpretativo daquele que vive a constituição, seu exercício só será possível quando essa vivência se der através de um processo espontâneo, isto é, na medida em que se estabeleça na cultura política da comunidade uma *cultura de constituição*. Por conseguinte, realizar a constituição, em boa medida, significa gerar identidade entre a cultura política da comunidade e a cultura constitucional (pluralista) que se coloca nela fundamentada e, sobre ela, normativa.

Com isso, não se quer dizer, de forma alguma, que a coerção não seja essencial e típica a uma ordem constitucional. Menos ainda, que a ordem constitucional possa pretender-se a par ou sobre o Estado[686]. Pelo contrário. Considerando a advertência de BÖCKENFÖRDE – de que a política é o destino de todos nós, especialmente em uma época democrática[687] –, o que se quer apontar é que: também é papel e função da constituição atuar como figura integradora da ordem, apontando para uma unidade (em pluralidade) necessária para uma comunidade jurídico-política, que acaba por tocar, inclusive, as condições de eficácia jurídica e social da norma constitucional.

E é nesse ponto que se aproximam legitimidade e eficácia. Isso porque, não só a legitimidade constitucional é política, no sentido de ser uma questão de justificação da ordem, mas a própria eficácia constitucional, no limite, também o é, especialmente quando se tem em vista o fato de que não apenas a interiorização dinâmica da identidade constitucional (pluralista) pelo sujeito constitucional é imprescindível para a

[686] Tratando dessas posições de maneira crítica: BERCOVICI, Gilberto. *Soberanía e Constituição*, *cit.*, pp. 319-343.

[687] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo, *op. cit.*, p. 169. E, com NUNO COELHO: "o sentido que dá à política o seu significado particular, e no qual o homem pode experimentar-se como livre", COELHO, Nuno M. M. S. Ensaio sobre o sentido grego do político – e o nosso tempo. *Revista Crítica do Direito*, v. 53, n. 3, out./nov. 2013.

realização e para a vida constitucional amiúde na sociedade, mas, também, quando se considera que para a realização da Constituição, mesmo, pelos próprios órgãos constituídos nas situações limites, o fiador dessa normatividade, em última análise, é o próprio povo, normativa e faticamente, isto é: politicamente[688].

Não será em sentido diverso que MÜLLER, NELSON SALDANHA e BERCOVICI trabalham o poder constituinte[689]. Ou, ainda, ROSENFELD articulará a *identidade do sujeito constitucional*[690]. É do fomento e robustecimento dessa cultura e dessa consciência pelo povo, que se pode, efetivamente, pleitear por uma ordem constitucional legítima que, realmente, se pretende autorreferenciada, dona de seu destino – na qual o povo, democraticamente, autogoverne.

O fato de a validade colocar-se como ponto zero da discussão jurídica, não impede que sua confirmação – a confirmação de uma ordem válida porque legítima – se perca e seja extirpada das preocupações jurídico-políticas da comunidade. Essa questão se vê sempre ativa no reconhecimento do "ciclo de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático)". Esse é o lado democrático do que pode ser denominado *estrutura de legitimação*[691].

Isso se mostra necessário, quer no compromisso renovado e praticado amiúde na comunidade, mas, também, de forma muito especial, no caso do exercício do poder por via representativa. Em se faltando "oficial de justiça" em matéria constitucional, será, maximamente, a responsabilidade difusa capaz de impor a normatividade constitucional no exercício dos poderes constituídos. Para tanto, é importante um povo que

---

[688] BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, pp. 149-162, 2008, p.158: "O risco do afastamento da constituição em relação ao Estado e à política, com a hegemonia dos tribunais constitucionais e de uma teoria da constituição sem preocupação com o Estado é o do abandono, pela política democrática e partidária, da esfera da constituição. Afinal, a constituição se liberta da política, mas a política também acaba se desvinculando dos fins e tarefas previstos no texto constitucional".

[689] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, *cit.*, p. 118; SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*, *cit.*, pp. 83-83; BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil, *op. cit.*, pp. 305-325, jan./abr. 2013; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*, *cit.*, p. 35: "A manutenção ou erosão da normatividade constitucional está ligada à permanência do poder constituinte, fonte de sua força normativa".

[690] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*

[691] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo*?, *cit.*, p. 49.

compreenda o processo do qual faz parte, do qual é sujeito, de uma comunidade em que esteja maximamente difundida uma cultura de constituição.

É articulando-se em torno dessa ideia que alguns autores apresentam chaves relacionadas ao *elemento vital* da cultura constitucional, que contribuem para essa sua dimensão proativa.

CAPÍTULO 8
GARANTIA INTERNA DA CONSTITUIÇÃO: A *CULTURA* DA CULTURA CONSTITUCIONAL

Partindo-se de uma concepção ampla de cultura constitucional, como a que vem sendo trabalhada, é possível identificar-lhe três dimensões. Uma primeira relacionada ao próprio conceito substantivo e normativo de constituição que se faz em referência à *identidade* e às *amarras do constitucionalismo*, à *família constitucional*.

Uma segunda, que se vincula à própria leitura específica que cada comunidade faz dessas amarras em articulação com as culturas particulares sobre as quais ela opera, bem como, com as outras identidades (pré- e extra-constitucionais) de uma comunidade, dimensão que diz respeito à ideia de *identidade constitucional*. Essa leitura não se põe de forma definitiva apenas no momento constituinte fundador, na interpretação primeira com pretensão de validade pelo poder constituinte, pelo contrário, ela se faz, inclusive, no *viver* cotidiano da própria cultura constitucional, em suas interpretações, concretizações e transformações.

Embora o momento constituinte tenha um papel importante nessa passagem entre a identidade do constitucionalismo e a identidade constitucional, esta não se coloca apenas em referência a esse ponto inicial, mas, também, à própria vivência desse projeto, o que a liga à terceira dimensão da cultura constitucional, à *força capital motriz da normatividade*: a uma cultura de constituição.

Até aqui, procurou-se, especialmente, traçar a relação entre legitimidade e validade da constituição, destacando-se o diálogo entre essas duas dimensões. Para tanto, buscou-se articular a demanda por uma ordem válida, porque legítima, como elemento da cultura do constitucionalismo. Colocado isso, pretendeu-se avançar no sentido de relacionar a dimensão da legitimidade e, por conseguinte, da validade, com essa dimensão cultural inerente. Como dito, *"cultural is political"* e, assim, a própria questão da legitimidade não deixa de ser uma questão política, isto é, a questão da legitimidade/validade é uma questão eminentemente jurídico-política.

Essa característica ambivalente da constituição, jurídica e política, faz com que essas faces do fenômeno constitucional sejam indissociáveis. Como tratado, a constituição é o *locus* em que, mais claramente, Direito e Política articulam-se dialeticamente na dinâmica da vida da comunidade. Na estrutura do Estado, ela é o *topos* em que normalidade e normatividade, permanência e transformação, estaticidade e dinamicidade, mais marcadamente apresentam sua tensão e complementariedade. A constituição é o eixo jurídico-político por excelência.

Essas duas dimensões tampouco são cindíveis na realidade constitucional. Exceto para fins de exposição e/ou classificação, dificilmente poder-se-á falar de uma dimensão estritamente jurídica ou estritamente política da constituição. Sua normatividade decorre, em parte, de certa normalidade e pretende prescrever uma outra normalidade ainda por vir a ser. A constituição jurídica é politicamente projetada, politicamente legitimada e, consequentemente, politicamente válida.

No entanto, não apenas a legitimidade/validade de uma constituição coloca-se de forma (jurídico-)política, mas a própria dimensão da eficácia também se faz possível, em boa medida, politicamente. Essa dimensão política da eficácia está bastante relacionada àquilo que por vezes é tratado como o elemento vital de toda Constituição, isto é, sua "capacidade de mobilizar as emoções e energias sociais com vistas à sua realização"[692]. Este é identificado por PEREIRA COUTINHO como uma das dimensões do *dinamismo*

[692] SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: justiça constitucional como guardiã das minorias políticas. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul./dez. 2003, p. 81.

constitucional[693], relacionada à garantia interna da Constituição, logo, à "adesão à normatividade constitucional por parte daqueles que se lhe subordinam"[694].

Há uma série de chaves que são correntemente vinculadas a esse "elemento vital". Todas elas são relativas, de uma forma ou de outra, à relação dos cidadãos com a própria constituição. Cada uma das construções acaba por dar maior ênfase a uma forma de associação ou de vinculação entre os membros da comunidade jurídico-política e o projeto jurídico-político. Esse elemento vital é algo presente naquilo que propomos como *cultura de constituição* que, assim, se relaciona com várias dessas construções. Para tanto, aqui desenvolveremos três das chaves mais importantes sobre essa questão – *vontade de constituição, sentimento constitucional* e *patriotismo constitucional* – para, no capítulo seguinte, articularmos a ideia de *cultura de constituição* e alguns de seus desenvolvimentos.

8.1. VONTADE DE CONSTITUIÇÃO

Já em 1945, WERNER KÄGI, um dos principais expoentes da Escola de Zurique, deitando os olhos sobre a "decadência do normativo", tendo em conta os últimos acontecimentos terríveis então vivenciados na Europa, comenta que a "vontade de norma" (*Wille zur Norm*) estava sendo, cada vez mais, substituída pela "vontade de

[693] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 377: "À expressão *dinamismo constitucional* são imputáveis dois sentidos distintos, ambos relevantes caso se pretenda compreender uma qualquer experiência política assente numa Constituição normativa, assim efetivamente condicionadora de um processo político. Num primeiro sentido, refere-se tal expressão à necessária renovação em cada geração do compromisso ético que subjaz à Constituição, sob pena de esta não subsistir no tempo. Num segundo sentido, refere-se a mesma expressão à necessária actualização da normatividade constitucional escrita e não escrita – necessária, desde logo, para que a mesma permaneça reflectora daquele compromisso no âmbito de renovados circunstancialismos históricos".

[694] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, p. 377. E mais a frente: "Isto é, que na ausência de uma adesão à normatividade constitucional por parte daqueles que se lhe subordinam – *e a que subordinam o poder a que obedecem, constituindo uma 'garantia interna' da Constituição que nenhuma 'garantia externa' substitui* –, a mesma se encontra condenada, bastando para o demonstrar o paradigmático exemplo de Weimar", pp. 379-80.

poder" (*Wille zur Macht*)[695]. Com isso assinalou que muitas constituições foram destruídas ou, até mesmo, eliminadas, porque alguma vontade de poder assim quisera[696].

O termo *vontade de constituição*, por sua vez, aparece e ganha projeção no famoso opúsculo *A força normativa da Constituição*, base de discurso proferido por KONRAD HESSE na Universidade de Freiburg em 1959, por ocasião da aula inaugural daquele ano[697]. HESSE, de modo geral, é autor de grande impacto e influência no constitucionalismo do pós-guerra, não apenas na Alemanha, mas também no Brasil e no mundo constitucional como um todo. Sua projeção é tanta, que LA TORRE chega a indica-lo como o mais influente constitucionalista alemão pós-1945[698].

Em *A força normativa da Constituição*, HESSE articula suas ideias, basicamente, a partir das formulações de outro famoso discurso: *O que é uma Constituição?*[699], de FERDINAND LASSALE[700], originalmente publicado em 1862. Neste, LASSALE define a

---

[695] KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 55-56. O texto é, originalmente, de 1945.

[696] KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, *cit.*, p. 54. Não deixando de advertir na sequência: "Sin embargo, no debe olvidarse que ese ocaso de las Constituciones europeas tiene también sus causas más profundas y objetivas. Para un análisis completo aún estamos demasiado cerca de lo acontecido; no obstante, algunas líneas de desarrollo ya se han destacado tan claramente que puede arriesgarse un intento de síntesis. Especialmente hoy debe imponerse una diferenciación que – buscando una apreciación con objetividad – sirva para aclarar la situación del Derecho del Estado y de la Teoría del Derecho del Estado, puesto que en la lucha entre los espíritus y los poderes, la propaganda busca influir sobre las opiniones".

[697] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, *cit.*

[698] LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning*, *cit.*, p. 33.

[699] O título original é *Über Verfassungwesen*. Ele poderia ser traduzido de forma literal por: *Sobre a natureza da Constituição* ou ainda *Sobre a essência da Constituição*. Esta última, inclusive, sendo a opção de tradução de algumas edições, como, por exemplo: LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. As edições brasileiras são confusas quanto aos dados relativos aos eventuais tradutores, não sendo muito claro, quer nas edições físicas, quer nas digitais, a referência precisa e segura quanto a eles. De todo modo, o título do ensaio não raramente recebeu a tradução livre que, aparentemente, decorre da tradução castelhana mais corrente, em diversas edições: *Qué es una Constitución?* (por exemplo em: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2284); em português: *O que é uma Constituição?* (disponível em: http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf) .

[700] FERDINAND LASSALE (1825-1864) é uma figura importante no desenrolar jurídico-político europeu. Nascido em uma rica família de origem judia de Breslau, e tendo estudado filosofia em Berlim, escreveu alguns textos importantes, mas ficou mais conhecido por sua participação, liderança e atividade política. Em 1863 fundou a *Associação Geral dos Trabalhadores da Alemanha* (*Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein*) – ADAV, que anos mais tarde em 1875, já após sua morte, uniu-se e passou a compor o Partido Social Democrata da Alemanha (*Sozialdemokratische Arbeiterpartei Deutschlands*) – SPD. É

essência da Constituição como "a soma dos *fatores reais de poder* que regem um país"[701]. Assim, afirma que os problemas constitucionais são, primariamente, problemas de poder e não de Direito. Nesse sentido, assinala que as constituições escritas só têm valor e são duradouras na medida em que deem fiel expressão aos fatores de poder imperantes na realidade social[702]. É de se apontar que a análise lassaliana coloca-se não como prescritiva ou normativa do que deve ser uma constituição, mas sociológica e, de modo especial, criticamente frente àquela realidade política e jurídico-política vivida no mundo alemão de meados do século XIX.

HESSE, de sua parte, busca articular a força normativa da constituição, desenvolvendo-a em oposição àquilo apresentara LASSALE, assinalando de modo um tanto prescritivo que, no choque entre os fatores reais de poder e a Constituição, não há, necessariamente, prevalência absoluta daqueles sobre esta. Assim contrapõe-se à clássica definição do líder socialista "da Constituição como mera folha de papel" e é nessa construção que formula como *vontade de constituição* (*Wille zur Verfassung*) em espelho ao controvertido conceito nietzscheano de *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), via de regra, identificado com perspectivas decisionistas e antidemocráticas.

Para HESSE, embora a constituição não possa, ela mesma, realizar nada, pode, no entanto, impor tarefas e torna-se força ativa na medida em que tais tarefas sejam efetivamente realizadas e que exista disposição dos cidadãos – particularmente dos principais responsáveis pela ordem constitucional – de orientar a própria conduta de acordo com a ordem por ela estabelecida. Ou, nas palavras de HESSE: "se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem"[703]. Assim, o autor apela para um espírito, uma consciência geral de todos, que desenvolve na chave da *vontade de Constituição*. Com ela, HESSE acaba por apontar para uma atitude voluntária de opor-se

---

comumente citado nos debates jurídico-políticos sobre o conceito de Constituição, por exemplo em dois dos autores trabalhados nessa seção, como HESSE e, também, em STERNBERGER, Dolf. La Amistad hacia al Estado. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 121-163.

[701] LASSALE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?*. Madri: Cenit, 1931, p. 65.

[702] LASSALE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?*, *cit.*, p. 90.

[703] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, *cit.*, p. 19.

àquelas tendências constitucionais (decisionistas e antidemocráticas) que mais comumente pleiteiam e instrumentalizam a ideia de *vontade*.

Nessa esteira, LA TORRE entende que com o desenvolvimento da *vontade de constituição*, HESSE afirma ser preciso tomar-se uma decisão fundamental. Tal decisão não pode ser concebida de forma incompatível com a democracia ou tomada de maneira individual por um ator pré-constitucional, no caso, o Estado. Trata-se, na verdade, da amiúde decisão de se viver na esfera pública de entendimento partilhado, sendo esta a base essencial do Estado. Um Estado que, a um só tempo, é indispensável à ordem constitucional, mas que, ao mesmo tempo, precisa ser diferenciado da sociedade civil[704]. Com isso, HESSE parece apontar para o fato de:

> que a força vital e eficacial da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, mas sua força normativa não deriva dessa adaptação a uma dada realidade, antes se devendo a um fator de natureza espiritual e cultural, que ele sugestivamente *denomina vontade de Constituição*[705].

Nessa construção, se vê claro o espírito da ideia de plebiscito diário, já exposto por RENAN, mais imediatamente herdado das construções dos autores de Weimar que apresentavam uma compreensão constitucional dialética, neste caso, particularmente, de RUDOLF SMEND[706], mas também de HELLER[707].

HESSE assinala que a *vontade de constituição* origina-se desde três vertentes diversas: "na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme"; também, e em igual medida, "na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)"; mas que se coloca também sobre a "consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o

---

[704] LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning*, pp. 33-34.

[705] COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. *Direito Público*, Porto Alegre, a. 1, n.3, p. 05-23, jan./mar. 2004.

[706] LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Historia Constitucional*, Madri, n. 9, pp. 259-295, 2008, p. 269.

[707] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, *cit.*, p. 28.

concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade"[708].

Portanto, de algum modo, ainda que não explicitamente, reconhece uma relação necessária entre o processo de legitimação e o sentimento de legitimidade de uma ordem democrática com sua eficácia (enquanto realização e concreção), na medida em que, no plano constitucional, ela necessariamente demanda *vontade de Constituição*.

HESSE, assim, já aponta para uma relação necessária entre eficácia e reafirmação política da comunidade com o projeto constitucional, de modo volitivo, em alguma medida, político.

É uma vontade que pode ser concebida como especialmente decorrente de um fator racional, mas, também, de um sentimento em relação à Constituição, no mais das vezes, na conjunção de ambos.

8.2. SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Se por um lado a compreensão da dimensão vital da cultura constitucional, na forma de uma cultura de constituição, depende da vontade dos cidadãos, de outro leva em si uma boa parte de sentimento construído e observado em relação à Constituição.

Desse modo, RAÚL MACHADO HORTA define que:

> o acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional[709].

[708] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição, cit.*, pp. 19-20. Nesse ponto, fazendo referência, em rodapé à obra de HELLER.

[709] HORTA, Raúl Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 115, pp. 5-26, jul./set. 1992, p. 8.

O conceito de *sentimento constitucional* desenvolve-se, basicamente, da articulação entre o dinamismo constitucional e o *sentir jurídico*, tendo por base a chave mais antiga do *sentimento jurídico* (*Rechtsgefühl*). Esta foi amplamente utilizada por importantes juristas do século XIX e da primeira metade do XX, como RUDOLF STAMMLER, RUDOLF VON JHERING, GUSTAV RADBRUCH e, especialmente, ERWIN RIEZLER, responsável pela principal monografia sobre o tema: *Das Rechtsgefühl*, publicada em 1923. Com o sentimento jurídico, todos eles buscavam chamar a atenção à importância da dimensão emotiva à experiência jurídica.

Diante dessa construção, LUCAS VERDÚ destaca serem indispensáveis ao Direito a racionalização, a formalização e a sistematização, mas ressalta que a conceptualização não suprime a necessidade e operabilidade do sentir jurídico, assinalando, inclusive, ser contraproducente a tentativa de desconsidera-lo[710].

Em linhas gerais, aponta-se que o sentimento jurídico floresce da convicção de que determinadas normas, escritas ou não, são convenientes e justas para a convivência em comunidade. A partir dessa convicção é possível que surja uma adesão tão profundamente interiorizada que permita que aqueles que a sentem acabem por obedecer às normas colocadas sem qualquer vinculação a seu aparelho coercitivo, na medida em que tomem como seu o projeto comum do grupo social, integrando-se livre e espontaneamente a ele[711].

Destarte, para essa construção, graças ao sentimento jurídico a normatividade jurídica pode enraizar-se tão profundamente na sociedade de modo que a torne mais plenamente eficaz, tendo em vista que não apenas a racionalidade normativa impõe-se a

---

[710] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional* (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madri: Reus, 1985, pp. 04-05. Em sentido similar: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 158: "O sentimento jurídico une em si dois momentos aparentemente contraditórios: a sensibilidade, que costuma ser aplicada apenas ao intuitivo-concreto, com a generalidade abstrata do preceito jurídico. Para quem luta pelo direito, é característica a mistura singular de frieza e ardor, de intelectualismo generalizador que do caso concreto leva ao seu princípio, e da paixão individualizadora que fulmina o ilícito a que combate como se fosse uma monstruosidade única".

[711] JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a. – Editores, s.d.: p. 241: "A essência do sentimento jurídico não está só em saber que o direito existe, mas em querel-o: é a acção enérgica da personalidade, que sabe que ella própria constitue um fim, que visa a afirmar-se por si mesma, sentindo que essa afirmação se converteu para ella em uma necessidade impreterível, como que em uma lei da sua existência".

partir de suas virtualidades conceituais e formais, mas, também, é intensamente incorporada pelos cidadãos que passam a tê-la e senti-la como sua.

De toda sorte, mesmo a adesão que comporta o sentimento jurídico, propõe LUCAS VERDÚ, não é totalmente emocional, sendo, também, em certo grau, um cálculo racional. Tal normatividade é aceita porque *conveniente* e *boa* para a integração social, assim sendo, em todo sentimento jurídico encontra-se tanto o elemento emocional, quanto o elemento intelectual. Nesses termos, a efetividade de toda normatividade jurídica depende da coincidência entre o grau de empatia e o implícito grau de racionalidade ínsito a todo sentimento jurídico[712].

Remetendo à formulação de RIEZLER, LUCAS VERDÚ identifica três maneiras diferentes de manifestação do sentimento jurídico, que se apresentam de forma não isolada, mas entrelaçada: a) no sentir sobre *o que é o Direito*, dimensão relacionada à capacidade de captar intuitivamente e aplicar de forma justa o direito vigente, com o *tato jurídico,* com o *sensus juridicus*; b) no sentir sobre *o que deve ser o Direito existente*, em referência ao "ideal jurídico"; c) e, ainda, no sentir acerca da *atitude a respeito do Direito vigente*, ou seja, no sentimento *a respeito do ordenamento jurídico vigente*[713]. Diante dessas constatações, sintetiza o conceito definindo-o como a convicção emocional intimamente vivida por um grupo social quanto à justiça e à equidade do ordenamento jurídico vigente, que, por sua vez, motiva sua adesão pelo corpo social e conduz ao rechaço àqueles que venham a transgredi-lo[714]. Nesses termos, entende que o

---

[712] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, pp. 04-05. É também nesse sentido que, ao transladar o conceito para a tradição anglófona, DUBBER faz a seguinte observação: "Recent work in moral psychology will help us correct a common misconception about the sense of justice as a *sense*. Occasionally the sense of justice is still associated with emotionality, and therefore with irrationality. The sense of justice, however, is a moral sentiment, an emotional response triggered by an identification based on characteristics relevant from the standpoint of justice. Note that the sense of justice is a sense (or sentiment) and not a sensation (or feeling)—in German, a Rechts*gefühl* and not a Rechts*empfindung*. The point here is not to distinguish the psychological phenomenon from its physical manifestation, but to distinguish a rational psychological phenomenon from an arational one. The sense of justice is neither necessarily irrational nor necessarily rational. The sense of justice is a sense of the appropriateness regarding a given resolution of a legal conflict based upon the application of principles of justice, rather than a psychological (or physiological) sensation unattributable to principles and their satisfaction, but instead to a bad breakfast or, for that matter, the racial characteristics of the parties to the conflict", DUBBER, Markus Dirk. *The sense of justice*: empathy in Law and punishment. Nova York: New York University Press, 2006, p. 8.

[713] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, pp. 50-51.

[714] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, p. 64.

conteúdo do sentimento jurídico, enquanto representação emocional de um ideal jurídico, coloca-se em relação à história, "cambiante de la mediación entre la idea de la igualdad y la idea de la liberdad y por las energias para aquella mediación"[715].

É partir dessa construção que se desenvolve a ideia de *sentimento constitucional*, sendo particularmente destacadas as formulações de KARL LOEWENSTEIN[716] e PABLO LUCAS VERDÚ.

KARL LOEWENSTEIN, exilado nos EUA desde 1933, trabalhou a ideia de *democracia militante* em textos de 1935 e 1937[717], antes mesmo de publicar seu clássico *Political power and the governamental process*, quando aborda a questão do sentimento constitucional[718]. A chave da democracia militante foi importante para a cultura constitucional alemã a partir de 1949 e veio a influenciar a construção do *patriotismo constitucional* por STERNBERGER[719]. Além disso, ela contribui para a compreensão do próprio conceito de constituição de LOEWENSTEIN como situado na relação entre o ideal e o real.

---

[715] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, pp. 57-58.

[716] Ao trabalhar essa questão e esses termos em LOEWENSTEIN, alguns autores acabam dando mais destaque ao mencionar seu desenvolvimento sobre a *"consciência constitucional"*, como, por exemplo, o faz: COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, pp. 378-81; enquanto outros acabam enfatizando sua articulação em torno do "*sentimento constitucional*", como, por exemplo, o fazem: HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*, *cit.*, p. 148, e SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada, *op. cit.*, na linha da escola mineira que tem como fonte RAÚL MACHADO HORTA. De fato, o tema da consciência constitucional aparece em LOEWENSTEIN apenas colateralmente, sem maiores desenvolvimentos, quando, na verdade, trata da *erosão da consciência constitucional*.

[717] LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I. *The American Political Science Review*. v. 29, n. 4, pp. 571-593, ago. 1935; LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, II. *The American Political Science Review*. v. 29, n. 5, pp. 755-784, out. 1935; LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review,* Washington, v. 31, n. 3, pp. 417-432, jun. 1937; LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, Washington, v. 31, n. 4, pp. 638-658, ago. 1937.

[718] LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2 ed. Chicago: Chicago University Press, 1965. A primeira edição é de 1957. Para este trabalho, fora consultada a, já mencionada, segunda edição de 1965 que conta com um *post scriptum* adicional à primeira edição. Essa obra original em Inglês, corresponde substancialmente ao conteúdo de seu ulterior *Verfassungslehre* (*Teoria de lá Constitución*), ainda que esta possua novos post scripti não encontrados na edição americana que tivemos acesso. Além da edição americana, para esta pesquisa foi utilizada, basicamente, a segunda edição em castelhano: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

[719] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton: Princeton University Press, 2007, 23 e ss.

A ideia de *democracia militante* é desenvolvida em meio ao auge das experiências autoritárias da primeira metade do século XX. Nesse espírito, LOEWENSTEIN inicia um de seus artigos de 1937 afirmando que o fascismo não se tratava de mais um simples incidente isolado na história particular de alguns países, mas que, àquele tempo, desenvolvia-se em um movimento universal, em um "impulso aparentemente irresistível" comparável, inclusive, à própria insurreição do liberalismo europeu contra o absolutismo na sequência da Revolução Francesa[720]. Em resposta a essa ascensão, LOEWENSTEIN protestava alegando que uma democracia não poderia se contentar em responder ao desafio de enfrentar e resistir contra esse fascismo apenas através de uma postura passiva, com um "legalismo cego" ou com o "formalismo exagerado do Estado de Direito" (liberal). Alegava que, juntos, em um discurso de "fundamentalismo democrático", essas duas *formas* poderiam servir, ambas, como cavalo de Tróia contra o próprio regime democrático[721]. Assim, seria necessária uma *democracia militante* que se colocasse ativamente, impondo medidas que a aportassem substantivamente de modo a enfrentar e impedir o avanço do autoritarismo.

As posições de LOEWENSTEIN quanto à democracia e quanto à constituição são, similarmente, axiológicas. Ele as compreende desde uma construção ideal, ligadas à democracia constitucional ocidental. É também nessa esteira que formula sua classificação ontológica da constituição, colocada a partir da análise do processo de constitucionalização que sucedeu a segunda guerra e das novas constituições que surgiram naquele momento. Estas, por sua vez, simbolizavam uma de três experiências: ou marcavam a estatalidade e a independência recém-adquirida de alguns países, ou representavam a reconstitucionalização de países que sofreram experiências autoritárias, ou, ainda, eram marcos para Estados que haviam passado por revoluções e demandavam uma nova organização dos poderes[722].

---

[720] LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I, *op. cit.*, p. 417.

[721] LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I, *op. cit.*, p. 424.

[722] LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age. *In*: ZURCHER, Arnold J. *Constitutions And Constitutional Trends Since World War II*: An examination of significant aspects of postwar public law with particular reference to the new constitutions of western Europe. 2 ed. Nova York: New York University Press, 1955, pp. 191-224; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de lá Constitución, cit.*, pp. 216-222.

Para sua classificação ontológica, LOEWENSTEIN considera a relação de concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder, tendo como ponto de partida "a tese de que uma Constituição é o que os detentores do poder dela fazem na prática – o que, por seu termo, depende, em larga medida, do meio social e político em que a Constituição deve ser aplicada"[723].

Tendo isso em conta, LOEWENSTEIN divide as constituições em *normativas, nominais* e *semânticas*. A lógica dessa categorização é bem explicada a partir de uma chave formulada por PABLO LUCAS VERDÚ que, ao defender uma Teoria da Constituição motivada por sua fundamentação axiológica, aponta que uma comunidade pode *ter constituição* e pode *estar em constituição*.

Ter constituição significa possuir um "Código fundamental sistemático", formal e materialmente constituído, isto é, uma lei fundamental hierarquicamente superior, comprometida com determinada fundamentação axiológica, particularmente, com os valores da liberdade, da justiça, da igualdade, do pluralismo político e, sobretudo, com a premissa antropológica do Estado Democrático de Direito: a dignidade humana[724]. *Estar em constituição*, por seu turno, significa, justamente, viver-se em um ambiente constitucional, em que essa ordem de valores culturalmente compartilhados seja presente, viva e eficaz. Isto é, nas palavras de VERDÚ: "*Estar* en Constitución significa la aplicación de derechos y deberes socioeconómicos mediante la anulación de los privilegios de los *beati possidentis*"[725].

Nesses termos, uma constituição é normativa quando, ao mesmo tempo, é formal e materialmente – portanto, axiologicamente – constitucional, além de viva, vivida e defendida pela comunidade. É, portanto, quando há uma relação dialética entre a constituição ideal, limitadora do poder e promotora de uma ampla participação democrática nele e na realidade social. Em outras palavras, quando a constituição jurídica possui força normativa, logo, quando uma comunidade *tem constituição* e, ao mesmo tempo, *está em constituição.*

---

[723] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição, cit.*, p. 330.

[724] LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid, Dykinson, 1998, p. 40.

[725] LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural, cit.*, p. 44.

Uma constituição nominal, por seu turno, é aquela que é formal e materialmente constitucional, porém, não vivida na prática. Ela é legítima e válida, mas não eficaz. Ou seja, quando uma comunidade *tem constituição*, mas não *está em constituição*.

Por fim, uma constituição semântica verifica-se quando em uma comunidade existe um texto que se pretende constitucional, portanto, uma constituição instrumental que, inclusive, é formalmente (positivamente) constitucional, mas que, no entanto, não o é materialmente (axiologicamente) e, a esse passo e ao mesmo tempo, não é vivida num ambiente constitucional. Por conseguinte, uma comunidade tem uma constituição semântica quando nem se *tem constituição*, nem se *está em constituição*. Nessa situação, a constituição escrita passa a ser utilizada para perpetuação de um poder ilegítimo, ao invés de ser meio de limitação do poder, como pretende LOEWENSTEIN[726].

Nesses termos, defende que para que uma constituição seja viva, ela tem de ser vivida por todos os membros da comunidade, quer pelos destinatários, quer pelos detentores do poder, sendo necessário que comunidade e constituição estejam em simbiose, sendo esta, por sua vez, integrada e integrante da sociedade estatal. Consequentemente, para que a constituição seja efetiva, é indispensável que ela seja observada lealmente por todos os cidadãos, sendo possível, somente neste caso, falar em constituição normativa, isto é, quando: "sus normas dominan el proceso político o, a inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas"[727]. Nesse sentido, para LOEWENSTEIN, a *constituição normativa* só será alcançável a partir de um enorme esforço político[728].

---

[726] Se, por uma perspectiva positivista, um texto axiologicamente descompromissado pode também ser chamado constituição. Entretanto, a nosso ver uma constituição, sobretudo a partir das formulações feitas no segundo pós-guerra em resposta às atrocidades do Terror, necessariamente tem de ser comprometida com a ordem democrática, com a liberdade, igualdade, enfim, com a dignidade da pessoa humana.

[727] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 217.

[728] GONZALEZ CASANOVA, J. A. La idea de Constitución en Karl Loewenstein. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 139, pp. 73-98, jan./fev. 1965, p. 85: "La solución obligada es el acercamiento del pueblo al espíritu constitucional mediante una educación de la «conciencia o sentimiento constitucional » y un acercamiento de la Constitución al pueblo mediante reformas que la modernicen radicalmente y que la permitan subsumir normativizándola, la realidad del proceso del Poder políticosocial. La Constitución ideal, limitadora del Poder y promotora de una total participación democrática en el mismo, relacionada dialécticamente con la realidad social, tan sólo sería alcanzable por un enorme esfuerzo político que rebasa las posibilidades de un estudioso de ciencia política, pero éste tiene la obligación de recordar que en el origen de muchos errores políticos de las democracias constitucionales

Tal esforço se destaca, na medida em que se constata que, como toda obra humana, a constituição escrita não apenas é incompleta, mas especialmente "deficiente", no sentido de que cada constituição, na verdade, não é mais que um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam em sua conformação[729]. É a esse compromisso, ou, mais precisamente, à força que possibilita seu cumprimento que LOEWENSTEIN chamará *sentimento constitucional* (*Verfassungsgefühl*).

O autor dirá que a expressão *sentimento constitucional* acaba por tocar um dos fenômenos psicológico-sociais e sociológicos da vida política de mais difícil compreensão. Ele se coloca como a consciência da comunidade que integra os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, a constituição, de modo a submeter o processo político aos interesses da comunidade, alocando-o acima de todos os antagonismos e tensões nela existentes. Para LOEWENSTEIN, esse fenômeno pode ser fomentado através da educação e, em aproximação a SMEND, pela *utilização consciente, mas não insistente, do simbolismo nacional*. Registra, no entanto, que ele pertence ao imponderável e que é impossível de ser produzido racionalmente. Para o autor, seria algo relacionado a fatores irracionais, à mentalidade e à vivência histórica de um povo, não se confundindo, entretanto, com a consciência nacional. Além disso, reconhece que o sentimento constitucional não pode ser explicado tão somente a partir da constatação da longevidade de uma constituição, contudo, afirma que a ampla e amiúde reforma constitucional colabora para o enfraquecimento desse sentimento.

Curiosamente, LOEWENSTEIN relata que, passada pouco mais de uma década de sua entrada em vigor, a Lei Fundamental de Bonn – tão cantada pelos pensadores do patriotismo constitucional anos depois – não fora, ainda, capaz de criar essa identificação, nem com os destinatários do poder, tampouco, com seus detentores. Em que pese a crítica, LOEWENSTEIN reconhece ser injusta qualquer resposta mais peremptória acerca da Lei Fundamental alemã, tendo em vista seu ainda curto período

---

se instala una incorrecta comprensión de lo que es realmente una Constitución, de lo que debe ser en las cambiantes circunstancias de una época de transición o de revolución, una Constitución".

[729] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución, cit.*, p. 199.

de vigência até aquele momento[730]. De todo modo, relata que o povo (alemão) deixou de ter contato pessoal com sua constituição, apontando para certa "desconfiança" e, mesmo, alguma inimizade entre aquela constituição e o povo, no que destaca, ainda, novamente em aproximação a SMEND, que a participação política do povo (particularmente, no caso da reforma constitucional) é uma "contribuición viva a la educación política e un elemento de integración política. Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente"[731].

Nessa esteira, LOEWENSTEIN ainda fala, ligeiramente, de *consciência constitucional*, sem definir o conceito exatamente. Afirma que seu fortalecimento em todos os destinatários do poder é essencial para que a comunidade constitucional e democrática se consolide e sobreviva. Isso porque – ao contrário do que assinala a crítica que recorrentemente se faz a sua concepção de constituição – LOEWENSTEIN afirma peremptoriamente que uma simples constituição escrita "dada" ao povo, é incapaz de possibilitar seu "bom uso". E, analisando seu tempo, aponta para um abismo entre o mecanismo constitucional e a realidade da vida diária dos destinatários do poder, no que assevera que é preciso ter-se em conta que a constituição escrita, como instrumento primário para o controle do poder político, não é capaz de oferecer a garantia absoluta para sua adequada distribuição e limitação.

Mais que isso, LOEWENSTEIN entende que a constituição escrita historicamente tampouco conseguiu se mostrar como uma proteção contra a autocracia. Para ele, esta, *com habilidade diabólica*, foi capaz de perverter a constituição a ponto de torna-la um verdadeiro instrumento para assentar o poder ilimitado. É nesse sentido que identifica que a "revitalização" da consciência constitucional nos destinatários do poder tem importância crucial para a sobrevivência da "sociedade democrático-social". Tal revitalização, passa pela aproximação das constituições com o povo, através de medidas educativas e da eventual reforma dos textos[732].

---

[730] A primeira edição do *Political Power and the governamental process* é de 1957 e a segunda de 1965.
[731] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución, cit.*, p. 205.
[732] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución, cit.*, p. 231. É curiosa a sinceridade do autor ao apontar não poder dizer ao certo quais os caminhos desse processo: "la revitalización de la conciencia constitucional en los destinatarios del poder tiene una importancia crucial si la sociedad democrático-constitucional quiere sobrevivir. Cómo tendrá que ser llevada a cabo esta – bien acercando al pueblo las

Ainda que LOEWENSTEIN não tenha ido além nesse conceito, ele acabou sendo mais desenvolvido por alguns autores. MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, utilizando a definição de consciência como um saber comum sobre um mesmo fato[733], diferencia a *consciência sobre a Constituição* da *consciência constitucional*. A primeira diz respeito ao saber comum acerca do texto constitucional vigente, relacionada ao *conhecimento constitucional*. A segunda, para o autor chileno, está mais relacionada a uma consciência sobre o constitucionalismo, sobre os valores e princípios constitucionais que são historicamente construídos. Nesses termos sintetiza:

> en suma, conciencia sobre la Constitución es lo que hay; conciencia sobre el constitucionalismo es lo que queda. Conciencia sobre la Constitución es lo que puede o no acabarse; conciencia sobre el constitucionalismo es lo que debemos luchar porque perdure[734].

Com isso, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ define a consciência constitucional como o saber comum de uma comunidade a respeito da validade, da eficácia e da representatividade da constituição que lhe rege. E conclui que isso significa que: a

---

constituciones a través de medidas educativas, o acercando las constituciones al pueblo, reformándolas y modernizándolas –, es algo que se escapa a la visión del autor". É verdade que o termo *consciência constitucional* já aparece em trabalhos ainda anteriores à Segunda Guerra Mundial, como, por exemplo, em: LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 38, n. 5, pp. 725-774, mai. 1938: "Thus infringements of fundamental rights by ordinary statutes are counteracted only by the 'constitutional conscience' of public opinion which, under the tension of the post-war period, has largely acquiesced".

[733] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel. La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 19 n. 3, pp. 461-479, 1992: "*Conciencia* significa, en general, el saber en común de un mismo hecho. La *con-scientia* es, por tanto, una consapiencia que puede tener lugar entre dos personas o bien, dentro de una sola persona, con referencia a los diversos hechos o actos de su vida. Este sentido de la conciencia es el más aproximado a la acepción vulgar, del cual hay que separar los sentidos gnoseológicos, psicológico y aun metafísico". A definição utilizada por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ baseada no verbete do dicionário: José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofía* México: Ed. Atlante, México, 1944, pp. 127-131.

[734] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel. La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno, *op. cit.,* p. 462. O autor utiliza os três termos no seguinte sentido: "La validez, primer elemento esencial del hecho constitucional, se refiere a la legitimidad y juridicidad de la Constitución. A su turno, la eficacia se refiere a que sea, en la clasificación de Loewenstein, una Constitución normativa, esto es, que 'sea como un traje que sienta bien y que se lleva realmente'. Por último, la representatividad ha de ser entendida en orden a que la comunidad se sienta interpretada por la Constitución, lo cual se concreta en que aquello que los tribunales resuelvan, en base a la Carta Fundamental, sea lo que el hombre medio, razonable y común habría querido que se resolviese. Que se sienta interpretado por la aplicación de la norma constitucional".

consciência constitucional é o saber comum de uma sociedade a respeito da efetividade de sua constituição[735].

Voltando ao *sentimento constitucional*, PABLO LUCAS VERDÚ, de sua parte, destina uma monografia específica ao tema, que como toda sua obra é muito influenciada pelo trabalho e pela postura metodológica de RUDOLF SMEND[736], além da sempre presença de referências à obra do próprio KARL LOEWENSTEIN[737].

LUCAS VERDÚ inicia sua abordagem recuperando o conceito de *sentimento jurídico* (*Rechtsgefühl*), mencionando autores como JHERING, RIEZLER, ISAY e COING, não sem fazer uma pequena digressão sobre as origens teórico-filosóficas mais remotas, quando menciona ARISTÓTELES, CÍCERO, HUGO GROCIO, SPINOZA, HUME, ROUSSEAU, e outros[738].

A partir do sentimento jurídico, avança para tratar mais propriamente do sentimento constitucional. Para tanto, revela que a *Verfassungslehre* surge em um momento de crise do conceito normativo de constituição, marcado por várias respostas antiformalistas que invocavam dimensões extranormativas para a compreensão do próprio conceito de constituição. Nesse contexto, elenca como marcos importantes dessa virada: a resposta schmittiana ao conceito de constituição, quando propõe a constituição como decisão conjunta de um povo sobre sua existência política; a resposta helleriana, da constituição como estrutura e realidade social; a de SMEND, da constituição como técnica dos processos vitais de integração do Estado; e, também, a do suíço DIETER SCHINDLER, que propõe uma abordagem "mediante a consideração

---

[735] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno, *op. cit.*, p. 462: "Efectividad es 'la calidad de efectivo', es decir, de 'real y verdadero en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal'. Aplicado a nuestro tema, se refiere a si efectivamente la Constitución, respecto de la cual existiría un saber en común o conciencia, es o no válida, eficaz y representativa para la sociedad a la cual rige". No capítulo seguinte, quando formos falar da relação entre educação e cultura constitucional, abordaremos dois temas correlatos que são os da *consciência moral* e o da *consciência jurídica*.

[736] LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, *cit.*

[737] Como mencionado, provavelmente, a mais importante delas se vê na dicotomia que formula entre *ter* e *estar em constituição*, que utiliza para argumentar a respeito da classificação ontológica originalmente de LOEWENSTEIN: LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, *cit.*, pp. 40 e ss.; LUCAS VERDÚ, Pablo. Tener y estar en Constitución. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 75-76, pp. 275-285, mai./dez. 2009.

[738] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, pp. 14-40.

compensatória do *ambiance*". Para LUCAS VERDÚ, o que todas essas propostas têm como marca comum é a dissolução da racionalidade normativa ou, pelo menos, sua relativização a outras dimensões. Segundo a leitura do catedrático de Madri, SMEND o fez em relação aos valores culturais e à simbologia política, SCHMITT deu destaque ao acento voluntarista, HELLER e SCHINDLER, cada um a seu modo, deram ênfase às de objetivações sociais, a uma comunidade em que se vive em uma estrutura (HELLER) ou que disfruta de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa (SCHINDLER). Em todas essas construções, LUCAS VERDÚ identifica importância e espaço para a compreensão do sentimento constitucional[739].

Nesses termos, o maestro espanhol aponta que a moderna Teoria da Constituição, particularmente desenvolvida desde Weimar, é mais doutrina (*lehre*) que teoria (*Verfassungstheorie*), uma vez que não se coloca unidimensionalmente apenas em argumentações lógico-jurídicas, mas, também, considera – "sin yuxtaposiciones" – os elementos da realidade social em relação de complementariedade com a normatividade constitucional. Nesse sentido essa "Doutrina Constitucional", como prefere, não pode ser compreendida como fruto exclusivo da intelecção constitucional, mas, também – e por vezes de forma muito marcante – como resultado da sensibilidade constitucional.

Desse modo, destaca que a compreensão das conexões normativas do *estar em constituição* sempre têm de ter em vista as motivações emocionais do *ter constituição* e de conviver conforme a constituição. Nessa esteira afirma que "toda política constitucional estriba no sólo en *tener* y *estar en Constitución*, sino también, en *sentirla* como algo propio estimado por su forma originaria y en sus desarrollos expresos y tácitos"[740].

Para tanto, retoma a ideia de PELEGRINO ROSSI da existência de um vínculo moral entre as instituições e os homens, e, a partir disso, define que:

> "*el sentimiento constitucional consiste en la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consiente, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y*

[739] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, p. 69.
[740] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, p. 131.

funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia"[741].

Como atenta NELSON CAMATTA MOREIRA, sentir, em LUCAS VERDÚ, significa "estar implicado em algo"[742], portanto, o sentimento constitucional, para ele, identifica-se como a conexão subjetiva entre o cidadão, de um lado, e o ordenamento jurídico e instituições constitucionais da comunidade, de outro. Essa implicação se alicerça, justamente, na identificação especialmente emotiva – ainda que não apenas emotiva – de que as normas e instituições de sua constituição são boas, justas e aptas para o desenvolvimento e perpetuação da comunidade. Assim: "el sentimiento constitucional tiende a persistir a pesar de su labilidad, es espontáneo – aunque estimulado por el contexto, por el ambiente ideológico y la situación sociopolítica –, es público y representativo y muestra, además, cierta expansividad"[743].

Desse modo, LUCAS VERDÚ, ao relacionar *Rechtsgefühl* não apenas com emotividade (*emocionalidade*), mas, também, com a dimensão intelectiva, o vê como comprometido com valores tidos como "superiores", inspirando e servindo o sentimento constitucional para a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo. Nesse sentido, afirma que o caráter material do Estado de Direito coloca-se quando o Estado só intervém na esfera individual na medida em que é conformado por normas jurídicas que não apenas expressam a vontade estatal, mas que, também, são determinadas por um *Rechtsgefühl* regulador da *Rechtsgemeinschaft* (comunidade jurídica). E, até por isso os direitos fundamentais são uma manifestação típica do Estado de Direito material[744].

Sendo assim, as construções quanto ao sentimento constitucional atentam para o fato de que a força motriz vital de uma cultura constitucional depende, por um lado, de uma fundamentação racional, mas também é algo que precisa ser sentido, em boa

[741] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional, cit.* p. 71 (itálico no original).

[742] MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n 8, Vitória, pp. 15-54, jul./dez. 2010, p. 37.

[743] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, p. 72.

[744] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, p. 155.

medida, como algo identitário, constituinte (integrante e integrador) da própria comunidade e de cada cidadão.

Além da vontade de constituição, do sentimento constitucional e da consciência constitucional, há uma quarta ideia força que surge no contexto da Alemanha dividida em duas, mas que toma outra dimensão, especialmente, quando do discurso acerca do multiculturalismo e da formação de uma identidade europeia: trata-se da chave do Patriotismo Constitucional.

8.3. PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Em 23 de maio de 1979, por ocasião da comemoração dos trinta anos da *Lei Fundamental alemã*, DOLF STERNBERGER publicou texto no jornal *Frankfurter Allgemeine Zeitung* em que pela primeira vez abordou o conceito de *patriotismo constitucional* (*Verfassungspatriotismus*)[745]. Essa chave foi muito influente nos debates, constitucional e de filosofia política, alemães, tendo ganhado ainda maior difusão e notoriedade a partir de seu emprego por JÜRGEN HABERMAS, inicialmente, na *disputa dos historiadores* (*Historikerstreit*) ocorrida na segunda metade da década de 1980 na Alemanha.

Em linhas gerais, JAN-WERNER MÜLLER define o patriotismo constitucional como uma ideia normativa de que o vínculo político não deve estar relacionado a uma "cultura nacional" – como pretende o nacionalismo liberal – tampouco girar em torno de uma "comunidade global de seres humanos" – como quer o cosmopolitismo. Ao contrário dessas posições, ele deveria gravitar em volta de normas, valores e, de forma

[745] Depois dessa primeira abordagem, voltou ao tema em trabalhos e discursos posteriores. Destaque-se, especialmente, um proferido em 1982, por ocasião do jubileu da "Academia para formação política", e um de 1987, em colóquio sobre "Patriotismo" realizado pelo Instituto de Ciência Política e da Faculdade Histórico-Filosófica da Universidade de Heidelberg, por ocasião de homenagem e comemoração do aniversário de 80 anos de STERNBERGER. O prestígio do autor é revelado no fato de Richard von Weizsächer, à oportunidade, Presidente da República Federal da Alemanha, ter apresentado uma conferência no evento. STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

um tanto mais indireta, em torno dos procedimentos da *constituição democrática e liberal*[746].

Também nessa esteira, particularmente em menção ao sentido dado por HABERMAS, INGRAM identificará no patriotismo constitucional a ideia de Estado como a associação de cidadãos ligados não por fins comuns partilhados, mas, antes, por regras e práticas comuns, separando, inicialmente, a questão da identidade de motivações tribais, étnicas ou confessionais[747]. Nessa linha, entende que o conceito avança no sentido de afastar Estado e nação e, por isso, afirma que não se trata de ideia significativamente nova, estando ligada, desde sempre, à própria questão da cidadania.

Para INGRAM, já no republicanismo clássico, com a narrativa do mito fundador, mas também no republicanismo liberal, com o contrato social, afirmava-se a criação da comunidade política como um ato de transformação moral no qual os indivíduos desenvolviam-se e relacionavam-se enquanto cidadãos, criando uma união que independia de laços anteriores de qualquer natureza. Assim, para a autora, o que passou a ser tratado por patriotismo constitucional converge para a própria ideia de que o Estado em si é a fonte de sua própria união. Faz essa relação não sem destacar que, em que pese a ideia não ser nova, o patriotismo constitucional diferencia-se das formas anteriores assemelhadas pelo seu compromisso com a pluralidade e sua preocupação em conciliar diversas identidades ético-culturais em uma unidade política[748].

O surgimento do termo *patriotismo constitucional* propriamente dito se dá no cenário alemão e está relacionado a duas questões particulares: à *memória* e à *militância*[749]. Isto é, à memória do Holocausto e do regime nazista e à militância contra

---

[746] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 01.

[747] É curioso que a relação entre patriotismo constitucional e estatalismo se relaciona bastante mais ao primeiro sentido dado à expressão por STERNBERGER que, exatamente, aos contornos que ele foi tomando no curso dos debates de Teoria Política, especialmente, por HABERMAS.

[748] INGRAM, Attracta. Constitutional patriotism. *Philosophy & Social Criticism*, v. 22, n. 6, pp. 1-18, nov. 1996.

[749] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, pp. 10-11.

grupos tidos como "inimigos da democracia" que atuaram na Alemanha Ocidental da segunda metade do século XX[750].

Particularmente quanto à dimensão da memória, JAN-WERNER MÜLLER remete suas raízes a KARL JASPERS e a algumas de suas formulações posteriores à Segunda Grande Guerra. Nelas, este pensador – aliás, orientador não apenas de STERNBERGER, mas, também, de HANNAH ARENDT – desenha uma seminal distinção entre culpa criminal, culpa moral, culpa política e culpa metafísica[751]. Com isso, apresentava a especial preocupação com o modo como os alemães tratariam das atrocidades do regime nazista e, consequentemente, com a própria identidade daquele "novo país" que se formava articulada com as condições políticas que se apresentavam.

Historicamente, a Alemanha sempre tivera sua estabilidade política assegurada por governos fortes e, muitas vezes, autoritários. A partir de 1945 um novo desafio estava posto: a formação e manutenção de uma estabilidade política através de uma identidade cívica particular, de uma identidade moral coletiva. Muitos eram os juristas e politólogos que tentavam articular essa nova e dura tarefa de um país assombrado pelo fracasso da República de Weimar.

Nesse contexto, muitos intelectuais sentiam ser imputada "ao povo alemão" certa *culpa coletiva* pelas atrocidades do nazismo, o que para JASPERS não fazia sentido. Ele considerava a ideia de culpa coletiva como inadequada, por entender não ser possível fazer-se, de "um povo", "um indivíduo". Defendia que essa compreensão pressuporia uma falsa e equivocada substancialização que resultaria na degradação da condição de indivíduo das pessoas. Isso, porque um povo não poderia ser destruído heroicamente, tampouco, poderia ser considerado criminoso, não poderia agir moral ou imoralmente, e, por isso, seu julgamento categórico como um ente único e substantivado sempre seria

---

[750] Esse combate implicou o banimento de partidos políticos pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na década de 1950, quer de direita (do neonazista Socialist Reich Party, SRP, em 1952), quer de esquerda (Kommunistische Partei Deutschlands, KPD), em 1956).

[751] JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt*, *cit.*, pp. 25-26. O livro foi originalmente publicado em 1947. De forma resumida, JAN-WERNER MÜLLER esboça essa distinção: "Definitions of criminal and moral guilt were relatively straightforward; political guilt, in Jaspers's conception, attached to all those living under cruel and unjust regimes; metaphysical guilt, finally, referred to a rupture in a deep level of solidarity that Jaspers assumed existed among all human beings", MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 16.

injusto. Para JASPERS, as ações seriam feitas apenas pelos indivíduos e, por essa razão, somente estes poderiam ser considerados culpados ou inocentes, nunca um povo em unidade[752]. É nesse contexto, em oposição à ideia de *culpa coletiva*, que apresenta seu conceito de *responsabilidade coletiva* dos alemães que permitiram que o regime nazista erguesse-se sobre eles[753]. Assim, apenas a partir do assumir dessa *responsabilidade* seria possível construir a unidade alemã.

Para JASPERS, uma identidade política democrática e uma adequada integração social só seriam possíveis na medida em que os alemães suportassem a *responsabilidade coletiva* pelo que acontecera. Entendia que mesmo um passado negativo poderia se tornar fonte de coesão social, portanto, para ele, no caso alemão, a postura de não enfrentar o passado faria da coesão social realização difícil, ou, mesmo, impossível. Para tanto, repudiou sua própria posição anterior de defesa do nacionalismo – que, a princípio, herdara de seu professor MAX WEBER – e, nos termos de sua filosofia de livre comunicação entre iguais – que veio a influenciar seu pupilo STERNBERGER e, anos mais tarde, HABERMAS – explicitamente, ligou a ideia de "trabalhar com o passado", desde uma nova forma de cosmopolitismo, na qual "o projeto de contínua contestação da memória e a ideia de 'filiação universal' tornavam-se inseparáveis – ainda que não fosse exatamente claro o que implicava 'filiação universal'" em JASPERS[754].

---

[752] JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt*, *cit.*, pp. 35.

[753] JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt*, *cit.*, pp. 55-57: "Every German is made to share the blame for the crimes committed in the name of the Reich. We are collectively liable, The question is in what sense each of us must feel co-responsible. Certainly in the political sense of the joint liability of all citizens for acts committed by their state – but for that reason not necessarily also in the moral sense of actual or intellectual participation in crime. Are we Germans to be held liable for outrages which Germans inflicted on us, or from which we were saved as by a miracle? Yes – inasmuch as we let such a régime rise among us. No – insofar as many of us in our deepest hearts opposed all this evil and have no morally guilty acts or inner motivations to admit. To hold liable does not mean to hold morally guilty. Guilt, therefore, is necessarily collective as the political liability of nationals, but not in the same sense as moral and metaphysical, and never as criminal guilt. True, the acceptance of political liability with its fearful consequences is hard on every individual. What it means to us is political impotence and a poverty which will compel us for long times to live in or on the fringes of hunger and cold and to struggle vainly. Yet this liability as such leaves the soul untouched. Politically everyone acts in the modern state, at least by voting, or failing to vote, in elections. The sense of political liability lets no man dodge". 69-75.

[754] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton: Princeton University Press, 2007, pp. 16-17: "In fact, Jaspers linked the idea of 'working through the past' explicitly with a new kind of cosmopolitanism: the project of continuously contested memory and the idea of 'universal membership' were to become inseparable – even if it remained unclear what precisely 'universal membership' was supposed to entail".

Foi sob essa influência que, anos mais tarde, em 1979, STERNBERGER desenvolveu seu conceito de patriotismo constitucional, ainda que o tema do patriotismo, em si, já lhe tivesse surgido anos antes.

STERNBERGER foi um colaborador muito próximo de JASPERS[755], tornando-se um dos decanos da teoria política democrática da Alemanha do pós-guerra. Já em 1947, formulou seu *Conceito de Pátria* assegurando que este conceito se realiza, primeiramente, na constituição política, com a participação ativa e livre de todos como cidadãos emancipados na constituição real[756]. Nesse sentido, em seus textos, STERNBERGER reiteradamente recorre à paradigmática passagem de LA BRUYÉRE: "não há pátria alguma no despotismo"[757]. Em consideração a ela, colocava sua formulação sobre o conceito em sentido diametralmente oposto a qualquer tipo de nacionalismo, que no contexto alemão, passara a ser especialmente ligado à concepção nazista de cunho etnocêntrico. Nessa ordem aponta, por exemplo, que no nazismo o próprio termo patriotismo estivera prestes a ser extinto, sendo substituído, amiúde, pela lealdade ao *Führer* e ao *Reich*[758]. É nesse distanciamento, inclusive, que inicialmente se firmará a incorporação do termo *patriotismo constitucional* por HABERMAS na década de 1980[759].

---

[755] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 18. Em outros textos JAN-WERNER MÜLLER trata que STERNBERGER também fora pupilo de HANNAH ARENDT. A verdade é que ARENDT, nascida em 1906, é apenas um ano mais velha que o cientista político, o que é seguro é que desde que se conheceram em 1927, ao que consta, nas aulas do próprio JASPERS em Heidleberg, travaram uma forte amizade que durou por toda a vida: MÜLLER, Jan-Werner; SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional patriotism: an introduction. *International Journal Constitutional Law*, v. 6, n. 1, pp. 67-71, jan./mar. 2008; VOGEL, Bernhard. Dolf Sternberger, Vater des Verfassungspatriotismus. *Die Politische Meinung:* Integrationsland Deutschland, n. 452, pp. 69-72, jul. 2007.

[756] STERNBERGER, Dolf. Conceito de pátria. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 53-83.

[757] "Il n'y a pas de Patrie dans le despotisme", passagem da única obra conhecida do autor, *Les Caractères ou les Mœurs de ce siècle*, uma coleção de textos curtos e crônicas sobre o cotidiano francês do século XVII. A frase completa que é reproduzida em nota de rodapé por STERNBERGER, seria: "Não há pátria para o despotismo; outras coisas suprem sua falta: a cobiça, a glória, o serviço do príncipe". A passagem é do capítulo intitulado *Do soberano e da república*. *In*: LA BRUYÈRE, Jean. *Caractéres*. Tradução Luiz Fontoura. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/caracteres.html

[758] STERNBERGER, Dolf. Patriotismo Constitucional (1982). *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 91-110, nas páginas 93 e 94: "El Tercer Reich, el sistema dictatorial del partido nacional-socialista, en cambio, se caracterizó exactamente por el extravagante sentimiento del doble simbolismo, las dos banderas y los dos himnos. Se cantaba todavía 'Alemania, Alemania sobre todo', pero luego seguía el himno del partido, 'La bandera en alto, las filas bien cerradas', y así aparecía la vieja bandera restauradora negra-blanca-roja acoplada al nuevo emblema ideológico de la cruz gramada, en una oscura coalición. Todavía era nacionalismo, pero

Já na década de 1960, STERNBERGER desenvolve a ideia de *amizade para o Estado* (*Staatsfreundschaft*)[760], chamando-a de uma "razão passional". Nesse desenvolvimento, é marcante o traço da *militância* em seu pensamento, quando tem uma clara tomada de posição no sentido de defender uma *democracia não neutral*, mas, sim, ativa e bastante relacionada às ideias e estruturas da *democracia militante*[761]. Desse modo, JAN-WERNER MÜLLER definirá a *Staatsfreundschaft* como: um tipo de razão cívica que faria com que os cidadãos se identificassem com o Estado democrático e, também, o defendessem de seus inimigos[762].

Nesses termos, STERNBERGER coloca-se dentro da tradição do republicanismo[763], sendo influenciado por ARISTÓTELES, HANNAH ARENDT e, particularmente, fazendo

---

partidarista, y bajo e rugido de la rabiosa concepción del mundo perecieron ambos: tanto la Constitución como el patriotismo. Pienso que aquellos que lo vieron, al recordarlo estarán de acuerdo conmigo cuando digo que el patriotismo no era lo que alentaba a esas marchas colectivas, las pardas, las negras y al final sombrías columnas; además la misma palabra casi había desaparecido del vocabulario oficial. Las fórmulas, por ejemplo en los anuncios mortales de la guerra, decían algo distinto. Rara vez se usaba la palabra 'patria'. Se establecía en ese punto una distancia, un apartamiento frente a la formula 'Führer und Reich' (caudillo e imperio). Patriotas en un sentido genuino fueron los conspiradores del 20 de julio. Se puede ver que bajo Hitler el *ethos* del patriotismo ciertamente ha sufrido, pero mediante su dominación no está desacreditado y no lo está por razón de que él mismo no lo no lo reclamó en absoluto para sí y para sus fines. En la medida en que podemos consolarnos de este modo, al mismo tiempo podemos retornar sin desmedro íntimo ni cargas de conciencia al concepto de patria y a la conciencia de patria, al patriotismo".

[759] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte, 2006, p. 67.

[760] STERNBERGER, Dolf. La Amistad hacia al Estado. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 121-163, discurso producido por ocasião do centenario do SPD (Partido Social Democrata da Alemanha), com muitas referências a MARX e, especialmente, a LASSALE.

[761] Sobre os "inimigos da Constituição e da Democracia", a partir dos quais se vê o conceito de democracia militante posto em prática, na década de 1970 houve o emblemático caso da Fração do Exército Vermelho - *Rote Armee Fraktion* (RAF), também conhecido como Grupo Baader-Mainhofer. Nesse episódio, DOLF STERNBERGER posicionou-se publicamente contra o perdão de Ulrike Meinhof, militante da RAF. Para uma abordagem geral sobre a democracia militante, desde LOEWENSTEIN, passando pelo tratamento do tema na Alemanha da segunda metade do século XX, chegando ao conceito de *republicanismo negativo*: MÜLLER, Jan-Wener. Militant Democracy. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1253-1269.

[762] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 21.

[763] Falando da filiação de STERNBERGER a um *republicanismo moderno*: ROSALES, José Maria. Estúdio preliminar: experiência constitucional e identidade cívica. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 11-52. MARCELO CATTONI também indica esse traço, mencionando o termo *republicanismo cívico*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*, *cit.*, p. 66.

muitas referências a MONTESQUIEU, articulando-o, em mais de uma oportunidade, com o pré-romântico THOMAS ABBT[764].

É nesse contexto que STERNBERGER, já utilizando a chave do *patriotismo constitucional*, une e articula os dois radicais da expressão, remetendo sua construção a um certo espírito patriótico que teria por referência o sentido de patriotismo ainda pré-nacional, de tradição antiga, aristotélica, romana e republicana, anterior à própria ideia de nacionalismo[765].

Nessa linha, em metáfora, o autor descreve a pátria como algo diferente do seio materno ou de algum ser místico ou mítico qualquer, no qual se enterrasse toda personalidade e liberdade individual. Ao contrário disso, STERNBERGER entende que é um dever da Constituição conferir solidez e conteúdo ao patriotismo, afirmando que:

> lo que caracteriza a la patria es precisamente que en ella podemos respirar el aire de la libertad, o sea, con las palabras de Abbt, gracias a sus saludables leyes. 'Leyes' es el término empleado por Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes* e es lo que en el lenguaje moderno se domina Constitución[766].

Nesse desenvolvimento, STERNBERGER vai além e deixa claro que por constituição não entende o texto constitucional, mas a "ordem fundamental democrática e livre", capaz de esperar e despertar adesão e lealdade, valendo-se de uma expressão cunhada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão: "un orden que, al excluir cualquier clase de dominación violenta y arbitraria, ofrezca un régimen de Estado de derecho, que se funda en la autodeterminación del Pueblo, conforme a la voluntad de la mayoría, así como a la libertad y a la igualdad"[767].

---

[764] THOMAS ABBT (1738-1766) foi um filósofo e matemático alemão cuja obra mais famosa foi *A morte pela pátria* (*Vom Tode fürs Vaterland*), de 1761.

[765] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 21. PEREIRA COUTINHO tratara que: "O 'patriotismo constitucional' revela de uma leal identificação dos cidadãos com a sua Constituição ou, mais rigorosamente, de uma geral comunhão identitária em torno da *paideia* (reportando-se STERNBERGER expressamente a ARISTÓTELES) de que a Constituição constitui expressão normativa (...) (aristotelicamente cunhada precisamente porque relevante da adesão interiorizada pelos cidadãos a uma parametrizadora porque relevante da adesão interiorizada pelos cidadãos a uma parametrizadora *paideia* de que a Constituição ou *politeia* constitui expressão normativa)", COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, p. 377, nota 1300.

[766] STERNBERGER, Dolf. Patriotismo Constitucional (1982), *op. cit.*, p. 100.

[767] STERNBERGER, Dolf. Patriotismo Constitucional (1982), *op. cit.*, p. 101. Segue com uma interessante observação crítica sobre essa ordem fundamental e sobre a complexidade do Estado

Desse modo, STERNBERGER carrega algo que já está presente em HELLER e também, ainda que de modo um pouco diferente, em SMEND, que é a compreensão da constituição – e para STERNBERGER, por conseguinte, da pátria – como algo não estático, mas que se faz viva a partir de sua própria vivência pela comunidade[768].

No entanto, há algo de particularmente diferente em sua construção, pelo menos, quanto a esse sentido original de patriotismo constitucional em relação aos conceitos de *vontade de Constituição* e *sentimento constitucional*. Enquanto todos estes tratam particularmente da integração ou da vinculação do indivíduo à constituição, o patriotismo constitucional estará significativamente mais relacionado à *integração pela Constituição*. Ou seja, STERNBERGER liga-se a uma determinada tradição alemã de *estatalismo* (*estatism*), o que vincula seu conceito não exatamente a uma forma de empoderamento cívico, mas, particularmente, a uma *Staatsbewusstein*, portanto, a uma *consciência de Estado* – ou ainda, a uma consciência de pertencimento ao Estado – que, ao invés de gravitar ao redor do sentimento nacional, nesse caso, orbitaria em torno da Constituição[769]. Isso porque sua principal preocupação era garantir certa estabilidade

---

constitucional moderno: "todavía em esta caracterización de lá esencia general del orden fundamental se colocan demasiadas abstracciones y conceptos jurídico-dogmáticos, como para pudieran en su conjunto convocar algún sentimiento fuerte. Y este tampoco era el sentido de una formulación tan sofisticada. El Estado constitucional moderno es en realidad una criatura muy compleja. No basta invocar los respetables conceptos y lemas de la libertad y la igualdad, allí donde se han reflejado a lo largo de dos siglos de entusiasmo, así como los impulsos y sacrificios sangrientos de Occidente. Pero tampoco podemos darnos por satisfechos del todo con la magna palabra 'democracia' que durante tanto tiempo y en forma tan amplia fue utilizada en Occidente como un símbolo general del Estado constitucional, cuando de repente, hacia finales de los años de 1960, en las cabezas y las bocas de grupos rebeldes se adoptó un tono combativo, radical, revolucionario, de tal manera que uno veía confuso y tenía que preguntarse qué se había pasado por alto en la Constitución cuando se la denominó democrática".

[768] STERNBERGER, Dolf. Concepto de patria, *op. cit.*, p. 83: "En palabras políticas más claras, el concepto de patria se realiza en principo [*sic*] en su Constitución libre, no sólo en la escrita sino en la Constitución viva, en la que os encontremos todos como ciudadanos de este país, en la que diariamente participemos y continuemos construyendo. La patria llama cada día, pues cada día tenemos y queremos nosotros vivir allí, vivir unos con otros. Este es el concepto vivo, y no el muerto, de patria". Aqui o autor utiliza a ideia de "um conceito vivo" em expressa oposição à formulação de ABBT que, segundo o próprio STERNBERGER, defende a ideia de pátria, mesmo, sob uma monarquia absolutista.

[769] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 22. Nesse sentido é bastante interessante a observação de SCHLINK acerca da identidade constitutional alemã: I believe that, in addition to the constitutional and the national identities about which Michel writes so profoundly, there exists an identity as a people of a state, as a *Staatsvolk*. The roof of the Federal Republic, under which the East Germans wanted to move as quickly as possible, was the state. The state had its constitution, of course, but the constitution didn't constitute the state. Rather, the constitution was one of the state's attributes, and not even the most important one", SCHLINK, Bernhard. The constitutional subject and its identity, *op. cit.*, p. 1871.

política a partir do que, por vezes, foi chamado *patriotismo constitucional protetivo*. É nessa dimensão que se destaca sua relação com os elementos controversos da democracia militante[770].

Em seu *patriotismo protetivo*, STERNBERGER tinha como fim último "estabelecer paz", sendo-lhe marcantes uma redução dos níveis de tolerância política e uma importante dose de elementos pedagógicos. É nesses termos que JAN-WERNER MÜLLER identifica que os laços afetivos típicos do patriotismo constitucional de STERNBERGER são, marcadamente, muito mais verticais que horizontais. Ou seja, para ele, o cidadão vincula-se e preocupa-se com instituições concretas e particulares na medida em que as identifica com a proteção de sua liberdade e com a paz.

Nesse sentido, esse vínculo e essa lealdade colocam-se em relação a uma tradição constitucional particular, a suas instituições jurídico-políticas específicas, construídas e "historicamente *obtidas*". Tal lealdade e vínculo se dariam a partir de uma vontade continuamente *renovada* de dar suporte a essas instituições, particularmente, em *oposição* a outras propostas políticas não correspondentes, tidas como "antidemocráticas"[771].

É por isso que, em que pese já estarem presentes em STERNBERGER as duas dimensões do *patriotismo constitucional* destacadas por JAN-WERNER MÜLLER, *memória* e *militância*, a segunda se faz mais forte em sua construção. Isso se constata até mesmo em razão do contexto em que o autor formulou sua proposta, como consequência da especial preocupação de sustentação, conservação e manutenção da ordem constitucional alemã que lhe guiava.

HABERMAS, por sua vez, ao utilizar a chave do *patriotismo constitucional* tende a dar maior ênfase à dimensão da memória, sobretudo, em uma primeira abordagem.

Como mencionado, o conceito lhe chega, especialmente, a partir do episódio conhecido como a *disputa dos historiadores* (*Historikerstreit*) ocorrido na Alemanha

---

[770] Controversos porque, apesar de muito influentes na cultura política alemã do segundo pós-guerra, significavam posturas e medidas antiliberais, que, quando abusadas ou mal utilizadas, importavam no risco de se cercear não apenas movimentos patentemente extremistas e anticonstitucionais, mas, também demandas legítimas.

[771] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, pp. 24-25.

dos anos 1980. Ele iniciou-se no verão de 1986 e foi marcado pela publicação de textos e troca de acusações públicas em jornais de grande circulação. No episódio, o autor da segunda geração da Escola de Frankfurt teve papel preponderante, sendo considerado, inclusive, seu principal instigador.

Do ponto de vista "estritamente historiográfico", a princípio a querela dava-se acerca das singularidades do nacional-socialismo alemão e do Holocausto, além de sua aproximação e/ou diferenciação em relação ao atalinismo e aos Gulags. Discutia-se, também, uma determinada defesa que começava a ganhar corpo no debate historiográfico alemão que compreendia que o nazismo teria ocorrido como reação alemã à violência bolchevique e ao avanço do Exército Vermelho. Como pano de fundo, no entanto, essa disputa tinha como desdobramento político o "problema da identidade histórica alemã dentro da ideologia dominante na Alemanha Ocidental".

HABERMAS, na esteira de STERNBERGER – e, de algum modo, também de JASPERS – confrontou a posição conservadora de historiadores revisionistas como ERNST NOLTE, ANDREAS HILLGRUBER e MICHAEL STÜRMER, que, segundo, LEAMAN, "constrangedoramente" apresentavam a "embaraçosa" experiência nazista como um mero acidente na história alemã, que, essencialmente, nunca se repetiria. De um modo geral, o foco e o peso que esses historiadores davam a figuras políticas, diplomatas e alguns militares, em particular, ajudava a concentrar as lentes e a responsabilidade por todo o terror do regime nazista em Hitler e alguns líderes do partido, de modo a escusar as elites econômicas, acadêmicas e, inclusive, militares, que teriam simplesmente "tolerado" o regime[772].

HILLGRUBER, por exemplo, defendia que as ações do Exército Alemão no front oriental, especialmente, entre 1944/45 (período e local em que funcionavam os campos de concentração e extermínio) deveriam ser entendidas como uma forma de proteção ao Reich e sua população contra as "atrocidades" do Exército Vermelho. Defendia, também, que a "solução final" seria uma posição pessoal e isolada do próprio Hitler, não suportada, nem mesmo, por altos líderes do partido nazista, como Göring e

[772] LEAMAN, Jeremy. The decontamination of German history: Jürgen Habermas and the 'Historikerstreit' in West Germany. *Economy and Society*, v. 17, n. 4, pp. 518-520, 1998, p. 520.

Himmler. NOLTE, por sua vez, justificava que Hitler tinha boas razões para acreditar que os inimigos (judeus) também queriam sua aniquilação, o que fazia de sua postura, meramente reativa. Sustentava esse ponto utilizando como prova uma "declaração de guerra" que Chaim Wiezmann teria entregado no Congresso Judaico Mundial, em setembro de 1939, o que, para NOLTE, permitia a Hitler tratar todos os judeus como prisioneiros de guerra e o autorizava a deportá-los. Além disso, também defendia que o horror de Auschwitz pouco tinha de único, uma vez que era uma reprodução de um modelo "asiático", aos Gulags, e que a "tão falada aniquilação dos Judeus durante o terceiro Reich era uma reação ou uma cópia distorcida e não um primeiro ato, uma versão original"[773].

Com esse movimento, afirma MARCELO CATTONI, os:

> historiadores neoconservadores pretendiam justificar, remetendo-se, mais uma vez, a uma dada tradição cultural herdada, certa *normalização* da história alemã que apelaria, quer seja à negação, quer seja à ao esquecimento, do holocausto e da experiência totalitária do nazismo[774].

HABERMAS acusou esse "Novo Revisionismo" conservador de manipular a história e, também, de articular-se institucionalmente para tanto, de modo a implantar sua posição institucionalmente[775]. Nesse sentido, HABERMAS apontou que aqueles que planejavam essa ideologia tinham basicamente dois objetivos: construir um consenso sobre a revitalização da consciência nacional e, ao mesmo tempo, aproximar a ideia do Estado-nação alemão ao anti-bolchevismo e à OTAN[776]. Portanto, todo esse movimento conservador "apologético" apontava no sentido de reestabelecer um novo nacionalismo.

---

[773] HABERMAS, Jürgen. A Kind of Settlement of Damages (Apologetic Tendencies). *New German Critique*, n. 44, v. especial sobre o Historikerstreit, pp. 25-39, primavera/verão, 1988. Esse é um dos artigos seminais do debate publicado no jornal *Die Zeit*, em 11 de julho de 1986, sob o título de *Eine Art Schadenabwicklung*. Nele, HABERMAS faz um apanhado dos principais argumentos desses historiadores conservadores revisionistas.

[774] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*, *cit.*, p. 67.

[775] Um dos episódios mais importantes que ajudou a desencadear a discussão foi a construção de dois museus/memoriais sobre a Alemanha nacional-socialista, um em Berlim Ocidental, outro em Bonn.

[776] HABERMAS, Jürgen. A Kind of Settlement of Damages (Apologetic Tendencies), *op. cit.*, p. 36: "The ideology planners want to construct a consensus about the revitalization of national consciousness, but at the same time, they have to banish the enemy images of the nation state from the sphere of NATO. Nolte's theory offers a great advantage to this strategy of manipulation by killing two birds with one stone: the Nazi crimes lose their singularity by being made at least comprehensible as an answer to

O autor de Frankfurt colocou-se, justamente, contra essa agenda, entendendo que a ausência de um patriotismo exacerbado no pós-guerra permitia à Alemanha desenvolver o comprometimento com valores liberais e, nesse contexto, passou a utilizar a chave do *patriotismo constitucional*[777]. Essa postura vai ao encontro do que HABERMAS pretende quando trata da *racionalização das identidades coletivas, pós-convencionais e reflexivas*, nas *sociedades pós-tradicionais*, formadas no *locus* privilegiado da esfera pública.

Passada a *disputa dos historiadores*, HABERMAS voltará a utilizar a chave em outras publicações, com significativas diferenças em relação ao conceito ou, pelo menos, ao foco original dado por STERNBERGER. O autor da Teoria Crítica estará mais preocupado com questões relacionadas ao liberalismo, enquanto o cientista político de Heidelberg sobrepesava os elementos republicanos da construção. Nessa esteira, HABERMAS dá ao conceito um matiz fortemente universalista, ao ponto de ROSENFELD trata-lo como transnacional, o que definitivamente não era uma marca da formulação original[778]. Com isso, acabou, também, por mitigar e, mesmo, eliminar boa parte do estatalismo presente na formulação de STERNBERGER[779].

De algum modo, isso pode ser visto, por exemplo, quando, tratando do multiculturalismo, o autor de Frankfurt indica haver duas esferas de assimilação (integração) no processo de imigração de um indivíduo a um novo país. Uma delas relativa à integração cultural (ético-cultural), propriamente dita, e outra relativa ao que chama de integração ético-política.

Quanto à integração ético-cultural, HABERMAS trata da integração do indivíduo na nova comunidade em que se insere. Ela estaria relacionada à "vontade de se tornar

---

Bolshevist threats of destruction which persist today. Auschwitz shrinks to the level of a technical innovation and is explained by reference to the 'Asiatic' threat of an enemy who is still standing at our gates".

[777] HABERMAS, Jürgen. A Kind of Settlement of Damages (Apologetic Tendencies), *op. cit.*, p. 39: "The only patriotism which does not alienate us from the West is a constitutional patriotism. A commitment to universalistic constitutional principles which is anchored by conviction has unfortunately only been able to develop in the German *Kulturnation* since - and because of – Auschwitz". HABERMAS, neste texto, não faz qualquer menção a STERNBERGER ao tratar do termo patriotismo constitucional.

[778] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 259.

[779] MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*, *cit.*, p. 31.

aculturado", de incorporar práticas, costumes e modo de vida da cultura local. A outra esfera, no entanto, é relacionada à "aceitação dos princípios da constituição dentro do escopo de interpretação determinado pelo auto-entendimento ético-político dos cidadãos e pela cultura política do país"[780]. Nessa ordem, defende que a "integração ética de grupos e subculturas com as próprias identidades colectivas deve ser separada da integração política abstracta que inclui todos os cidadãos igualmente"[781].

Ao indicar essa separação, HABERMAS compreende que "a integração política dos cidadãos assegura lealdade à cultura política comum". Esta, segundo ele, "tem sua origem numa interpretação dos princípios constitucionais a partir da perspectiva da experiência histórica da nação"[782] o que, por sua vez, admite não ser eticamente neutro. Desde sua perspectiva, no entanto, tratará que tais debates sempre são travados acerca dos mesmos direitos e princípios constitucionais e que é isso que caracteriza o "ponto de referência fixo para qualquer patriotismo constitucional que situa o sistema de direitos dentro do contexto histórico de uma comunidade legal"[783].

---

[780] HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional, *op. cit.*, p. 155: "Noutras palavras, assimilação do modo no qual a autonomia dos cidadãos é institucionalizada na sociedade recipiente e o modo como o «uso público da razão» é aqui praticado".

[781] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo constitucional contra fraudes à Constituição. *Vitu*, Salvador, n. 1, pp. 1-11, mar./mai. 2007, p. 5: "A noção de patriotismo constitucional assenta a adesão autônoma aos fundamentos de um regime constitucional-democrático não em substratos culturais pré-políticos de uma pretensa comunidade étnico-nacional, como numa visão nacionalista ou excessivamente comunitarista, mas sim nas condições jurídico-constitucionais de um processo deliberativo democrático capaz de estreitar a coesão entre os diversos grupos culturais e de consolidar uma cultura política de tolerância entre eles. Isso somente é possível em razão da diferenciação que se deve reconhecer entre dois níveis de integração social, o da integração ético-cultural e o da integração político-constitucional, em que a construção de uma cultura política pluralista, através da práxis e do exercício dos direitos políticos de cidadania, deve ser reflexivamente levada adiante. O que, enfim, também significa que a defesa do patriotismo constitucional representa uma forma de cultura política que permite ancorar o sistema de direitos e a sua pretensão de universalidade no contexto histórico de uma comunidade política determinada".

[782] Essa "cultura política comum", será tratada, ainda que não em termos idênticos, por FLETCHER e ROSENFELD, por *identidade constitucional* e por JAN-WERNER MÜLLER como *cultura constitucional*. Avançaremos sobre o tema no capítulo seguinte.

[783] HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional, *op. cit.*, p. 151. A ideia de ponto fixo do constitucionalismo, sem que ele seja implicitamente ligado a alguma substância é questionável. Não se pode negar que a ideia de pluralidade é absolutamente determinante a HABERMAS, mas as bandeiras dos valores *liberdade* e *igualdade*, sempre estiveram presentes no discurso da imensa maioria dos regimes que se pretenderam legítimos no Ocidente. Por exemplo, GIOVANNI GENTILE, principal pensador do fascismo italiano, não hesitava em identificar o Estado Fascista como o efetivo "Estado do povo", portanto, como o Estado Democrático por excelência. O mesmo pode se dizer da aproximação dos conceitos de democracia e ditadura em SCHMITT. Por outro

Essa posição expõe o pensamento de HABERMAS a, pelo menos, duas críticas que não necessariamente se excluem[784]. A primeira consiste, basicamente, no questionamento sobre se os "direitos e princípios constitucionais" e os valores, premissas e parâmetros dos quais eles decorrem são efetivamente universais, ou se esses direitos, princípios, valores, premissas, parâmetros, instituições, procedimentos e direitos não são, em si, culturalmente localizados e particulares de uma dada cultura política típica do Ocidente. Ou seja, quando HABERMAS identifica as vantagens do patriotismo constitucional, apontando para o sentido universalista do coração desse tipo de patriotismo[785], pergunta-se se não seria possível questionar se ele, efetivamente, é universalista ou se, na verdade, não trata de arranjos típicos de uma cultura específica, a do constitucionalismo[786]. Dito de outra forma, ambas as formas de integração, efetivamente se diferenciariam de algum modo?

Nessa mesma esteira desenvolve-se a segunda crítica, mais prontamente apresentada por FRANK MICHELMAN. O professor de Harvard aponta que HABERMAS,

---

lado, em alguns momentos, há uma importante seletividade no que é ou não tolerável sob a capa desses valores. Isto é, as elites, por diversas vezes, rearticulam esses "pontos fixos" de modo a eles adequarem-se a seus interesses e aspirações. Utilizando documentos da política externa do governo George W. Bush como exemplo: HAYWARD, Clarissa Rile. Democracy's Identity Problem: Is "Constitutional Patriotism" the Answer? *Constellations*, v. 14, n 2, pp. 182-196, abr./jun. 2007.

[784] Dentre algumas outras. Pra um apanhado dessas críticas: HAYWARD, Clarissa Rile. Democracy's Identity Problem, *op. cit.* MÜLLER, com um tom, inclusive, algo irônico, também aponta para algumas críticas existentes no artigo: MÜLLER, Jan-Werner. Seven ways to misunderstand constitutional patriotism. *Notize di POLITEIA*, v. 25, n. 96, pp. 20-24, 2009.

[785] HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement; Some Comments on "Interpretative Pluralism". *Ratio Juris*, v. 16 n. 2, pp. 187-194, jun. 2003, p. 193: "The advantage of a recourse to 'constitutional patriotis' lies in the universalist meaning of the core of this kind of patriotism, thus providing an implicit overlap with the patriotism of other communities. On this basis we might even hope to develop further interculturally acceptable interpretations of human rights".

[786] Aparentemente, nem o próprio HABERMAS nega a origem "localizada" dos direitos humanos, por exemplo. Nesse sentido, aponta GISELE CITTADINO: "o patriotismo constitucional revela como os direitos humanos não podem ser considerados apenas uma expressão valorativa de um sistema cultural específico. Ainda que tenham surgido, como idéia normativa, em um mundo particular de cultura – a Europa – isto não significa que os direitos humanos não possam ser vistos como o resultado de um processo reflexivo a partir do qual os indivíduos podem tomar uma certa distância em relação às suas próprias tradições e aprender a 'entender o próximo a partir de sua própria perspectiva'. Portanto, quando as Constituições configuram um conjunto de direitos fundamentais, elas contextualizam princípios universalistas e, assim, transformam-se na única base comum a todos os cidadãos. Em mundos pós-convencionais, onde os indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as Constituições que, incorporando um sistema de direitos, podem conformar uma nação de cidadãos. Eis o patriotismo constitucional como modalidade pós-convencional de conformação de uma identidade coletiva", CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 31, pp. 58-68, jul./dez. 2007, p. 67.

ao tratar do patriotismo constitucional, de algum modo, curiosamente, reporta-se a uma ordem ética, concreta e substantiva de valores não universais. Assim, a justificação política que lhe é tão cara, dependeria do partilhar consciente pelos cidadãos do sentimento de pertença à comunidade concreta, na forma de uma constituição integradora. Essa posição, aparentemente, colide com a tentativa de formulações de "tendências universais" e dos pressupostos *neoiluministas* do autor de FRANKFURT. Nesse aspecto, MICHELMAN chega a, ironicamente, apontar contradição entre o conceito de patriotismo constitucional e os pressupostos da filosofia habermasiana[787].

De todo modo, a ideia de patriotismo constitucional toma outras dimensões, especialmente, a partir de algumas circunstâncias do fim do século XX e início do XXI, especialmente: a queda do muro de Berlim e a reunificação da Alemanha; a reconstrução de Estados nacionais recém-saídos da cortina de ferro e as consequentes disputas pelas nacionalidades; as preocupações com a integração e construção de uma "cidadania europeia"; e, ainda, com o grande fluxo migratório dos países periféricos aos países centrais[788]. Nesses contextos, a partir desses fatos, tem sido reforçado o lado integrativo, inclusivo e multicultural do patriotismo constitucional. Ele é visto como uma

[787] MICHELMAN, Frank I. Morality, Identity and 'Constitutional Patriotism', *op. cit.*, especialmente na irônica provocação que faz ao texto: HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional, *op. cit.* Nesse texto, HABERMAS parece apontar a alguma preocupação de cunho comunitário, quando afirma que: "os debates são sempre sobre a melhor interpretação dos mesmos direitos e princípios constitucionais. Estes formam o ponto de referência fixo para qualquer patriotismo constitucional que situa o sistema de direitos dentro do contexto histórico de uma comunidade legal. Eles devem estar fortemente ligados às motivações e convicções dos cidadãos, pois, sem semelhante apoio motivacional, não se poderiam tornar a força motriz por detrás do projecto dinamicamente concebido para produzir uma associação de indivíduos livres e iguais. Por isso, a partilhada cultura política na qual os cidadãos se reconhecem como membros de sua política também é permitida pela ética". Em linha similar, de certo modo, criticando a concepção abstrata e transnacional de patriotismo constitucional em HABERMAS: ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, pp. 258-269; ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. *Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte*, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun.2004, p. 29. Em posição diferente à crítica de MICHELMAN, aportando continuidade e coerência entre a "proposta filosófica *pragmática universal* ou *formal*" e o patriotismo constitucional: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*, *cit.*, pp. 65-74.

[788] Não por acaso, ainda em 1990, HABERMAS aponta que, especificamente, esses movimentos mexem com a relação entre cidadania e identidade nacional: HABERMAS, Jürgen. Cidadania e identidade nacional, *op. cit.*, Nesse texto o autor chega a falar de um "patriotismo constitucional europeu". HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da Soberania e da cidadania. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 43, pp. 87-101, nov. 1995, p. 96.

saída para agregar várias culturas nacionais em torno de uma cultura política comum, plural e inclusiva.

É nesse sentido que avança, por exemplo, DIETER GRIMM que, tratando da chave da *integração pela Constituição*[789], aborda o patriotismo constitucional não precisamente desde a Teoria e/ou a Filosofia Política, como o fazem STERNBERGER e HABERMAS[790], mas atento a preocupações mais típicas de um constitucionalista[791]. GRIMM atenta para o fato de a Lei Fundamental alemã ter ocupado um "vácuo de fatores de identificação", especialmente, na medida em que ela se apresentou como garantidora de prosperidade econômica e estabilidade política.

Nesse contexto, para o jurista, nada define melhor a situação alemã que a expressão do patriotismo constitucional. Ela se tornou símbolo do papel integrador da constituição alemã, que em uma sociedade desprovida de outras bases de identificação nacional, se tornou o documento que representava e representa os valores alcançados e estimados pela sociedade da Alemanha, antes Ocidental, hoje unida. Nesse sentido, destaca que, diferentemente da Constituição de Weimar, as disputas a respeito das normas constitucionais, apesar de por vezes muito acirradas, nunca se desenvolveram em torno da validade e/ou legitimidade em si (sempre entendida como fundamentalmente aceita), mas, apenas, em torno de diferentes interpretações constitucionais. Assim, quando se argumenta a respeito de qual o "sentido adequado da constituição", de forma reflexa, está a se reafirmar a constituição através desses conflitos básicos, isto é, da disputa pelo sentido da Constituição em alternativa a uma tentativa de fuga dela, portanto, nessas disputas reafirma-se a própria força da Lei Fundamental[792].

O patriotismo constitucional, portanto, coloca-se, nesses termos, como a força em torno da qual os diferentes indivíduos, de diferentes culturas e mundividências, integram-se na *cultura política comum* de modo a respeitar as instituições, parâmetros

---

[789] GRIMM, Dieter. Integration by Constitution, *op. cit.*

[790] Há um diálogo público entre HABERMAS e GRIMM: GRIMM, Dieter. Does Europe need a Constitution? *European Law Journal*, v. 1, n. 3, pp. 282–302, nov. 1995; e HABERMAS, Jürgen. Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'. *European Law Journal*, v. 1, n. 3, pp. 303–307, nov. 1995.

[791] GRIMM, inclusive, foi juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão entre 1987-1999.

[792] GRIMM, Dieter. Integration by Constitution, *op. cit.*, p. 203.

normativos e procedimentos democráticos e constitucionais. Assim, o patriotismo constitucional de algum modo, encara a constituição como um símbolo através do qual se dá o processo de integração dos indivíduos, sem que essa integração intervenha na identidade *ético-cultural* de cada um, afirmando-a apenas no plano *ético-político*. Nesse contexto, a "idéia de patriotismo constitucional baseado em uma lealdade à Constituição"[793], seria, de algum modo, um conceito normativo de "natureza instrumental" a essa integração política.

Ele adquire esse sentido desde a formulação de STERNBERGER, mas, especialmente, com HABERMAS e o desenvolvimento das questões da formação de uma identidade política conciliável com a pluralidade de culturas diversas, quer na reunificação da Alemanha, na recomposição dos Estados do leste europeu, das ondas migratórias de sul e leste para a Europa e, mais tarde, na tentativa da criação/consolidação de uma identidade europeia comum. Assim, estará relacionada à integração *pela* constituição.

Há na articulação dessas chaves (vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional), no entanto, o fio condutor do *elemento vital da constituição*. Ele importará, por um lado, na *integração à constituição* e *pela constituição*, sem dúvida, mas, por outro, também estará presente na compreensão de que a própria eficácia e efetividade do projeto constitucional dependem de outra ordem de integração: *a integração para a constituição*, para a realização desse projeto transformador da própria comunidade que tem o condão de torna-la aquilo que ela é, a partir da efetivação, renovação e reafirmação desse projeto. Isto é, na configuração de uma *cultura de constituição*.

[793] BUNCHAFT, Maria Eugenia. A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.30, pp. 177-199, jan./jun. 2007.

CAPÍTULO 9

CULTURA DE CONSTITUIÇÃO:

FORÇA NORMATIVA, LEGITIMIDADE E EFICÁCIA

Recapitulando, a ideia de *cultura constitucional* relaciona-se a algumas acepções diferentes, sendo, mesmo, utilizada em vários sentidos. Todavia, eles todos caminham e articulam-se como dimensões de uma ideia, de que: a constituição é uma unidade cultural, integrante e integradora, da e na comunidade jurídico-política.

Uma primeira dimensão é aquela relacionada ao constitucionalismo, na medida em que se entende por constituição uma formulação jurídico-política de uma cultura particular do Ocidente que, apesar de particular desse quadrante, é marcada por uma inexorável identidade pluralista e inclusiva – além de pretensamente universal(ista). É possível afirmar, inclusive, que essas características decorrem de seus próprios valores típicos e seminais, especialmente, daqueles que se colocam em privilegiada conexão com sua premissa de humano.

Nesse sentido, essa primeira face é reveladora de uma relação de implicação entre as dimensões da *legitimidade* (*fundamento*) e da *validade* da constituição, que, embora não coincidentes, apresentam-se como dialeticamente imbricadas. Nessa linha, a própria originalidade da experiência do constitucionalismo se coloca, mais que na busca pela legitimação do poder, na aspiração progressiva por um poder gradativamente mais legítimo, nos termos dessa cultura específica. Portanto, coloca-se na própria

construção de um conceito normativo de constituição, não uníssono, mas relacionado às amarras do constitucionalismo e sua própria identidade.

Uma segunda dimensão está contida na própria identidade constitucional, que se coloca na construção, desconstrução e reconstrução de uma identidade que se forma na articulação dessas amarras, especialmente vinculadas à dinâmica do reconhecimento do *eu* e do *outro*, com as próprias culturas locais sobre as quais elas operam, bem como, na articulação da identidade constitucional com outras identidades – pré-constitucionais e extra-constitucionais – existentes, como a nacional, a religiosa, dentre outras. Essa identidade não se põe estaticamente, mas está em constante transformação, de modo normativo – enquanto constitucional – e de modo constitutivo e construtivo – enquanto identitária – no fluxo da cultura constitucional.

Isso leva, portanto, ao caminhar dessa dinâmica, no que acaba por apresentar-se a terceira dimensão da cultura constitucional, identificada com seu elemento vital que podemos chamar de *cultura de constituição*. Ela extrapola a relação entre validade e legitimidade e não se esgota no diálogo entre o *ser* e o *dever ser* de uma constituição. No entanto, tampouco deixa de estar contida na relação entre normalidade e normatividade da realidade constitucional e identifica-se com a relação necessária entre *legitimidade* e *eficácia*, inerente ao dinamismo constitucional.

Se a constituição é um projeto político-cultural próprio e típico da cultura que tem por premissa a dignidade da pessoa humana, como coloca HÄBERLE, esse é um projeto que tampouco pode ser compreendido de forma unidimensional, monológica ou estática. Ele está em marcha e em constante transformação. Não se trata de mera descrição de uma realidade ou de uma normalidade, mas, também, é caracterizada por uma normatividade que emana de sua premissa e parâmetro normativo basilar[794].

Se o reconhecimento descritivo-normativo da dignidade humana como premissa de humano da cultura do constitucionalismo é recorrentemente firmado, validamente, nas constituições do Estado de Direito, especialmente, desde os textos constitucionais

[794] Nesse sentido, é possível interpretar a afirmação de SALGADO: "o dever ser e não o devir é o que dá a nota essencial do homem, pois como devir é determinado, como dever ser é autodeterminação que, no caso, é autoformação", SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, p. 19.

do segundo pós-guerra, nesse mesmo período acompanhou-lhe uma reiterada afirmação da normatividade jurídica da constituição.

Como mencionado, tal normatividade tem, como ponto crítico, características muito próprias das normas constitucionais que se apresentam, quer no seu elevado grau de indeterminabilidade e abstração[795] – não raramente, colocadas sobre "conceitos indeterminados" –, quer no fato de, na maior parte das vezes, as prescrições constitucionais não preverem instrumentos coercitivos imediatos relacionados a seu descumprimento e não observância. Estes, mesmo quando existem de forma institucional ou simbólica, geralmente colocam-se a partir de um aparato de coerção estatal classicamente vinculado às formas de sanção estatal[796].

Nesses termos, é possível dizer que a *eficácia jurídica*, a *eficácia social* da norma e, mesmo, a *efetividade* de uma constituição[797], por muitas vezes, apoiam-se em um lastro um tanto mais etéreo que o do monopólio da violência pelo Estado[798]. E, nesse

---

[795] NEUMANN aponta que essas características nas normas constitucionais são marca especial do constitucionalismo social do século XX: NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*, *cit.*, pp. 72-100.

[796] Com isso não se está a afirmar a inexistência de aparelho coercitivo nas normas constitucionais. Menos ainda, relativizando a dimensão da coercitividade como própria à definição de Direito. Não se diverge de LUÍS ROBERTO BARROSO quando afirma que: "as normas constitucionais, tal como as demais, articulam-se usualmente na dualidade típica *preceito* e *sanção*, quer esta resulte diretamente da regra, quer deflua do sistema em seu conjunto", BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, *cit.*, p. 87. Inclusive, este trabalho do autor, que vem a ser um dos principais nomes da *doutrina brasileira da efetividade*, tem como principal objetivo chamar a atenção aos mecanismos jurídicos e aos "meios para assegurar a efetividade das normas constitucionais". O que aqui se pontua é que, na maior parte das vezes, essa vinculação não se faz de modo imediato. Um exemplo dessa peculiaridade se coloca nos limites a serem respeitados pelas cortes constitucionais quanto a sua autocontenção. Ou ainda, à questão do suporte difuso e da lealdade institucional, que ainda serão abordadas. O próprio BARROSO chama a atenção ao que trata como a "primeira faceta do controle de efetividade do Direito, por via informal, não institucionalizada, de natureza essencialmente política e social".

[797] LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*, *cit.*, p. 118: "Cuando décimos que todas las normas de la Constitución tienen alcance jurídico ha de entenderse que esa *validez* debe intentar su coincidencia con su *efectividad*"".

[798] HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, *op. cit.*, pp. 7-8: "El Derecho Constitucional se diferencia del Derecho de otras ramas jurídicas en que, en definitiva, no existe instancia que pueda imponer su observancia; el Derecho Constitucional tiene que garantizarse por sí mismo, lo cual supone la existencia previa de una configuración que esté en condiciones de asegurar en lo posible tal garantía inmanente. Las funciones ordenadora y pacificadora del Derecho ordinario dependen en gran medida de que si resulta necesario, se impongan por vía ejecutiva, mediante la coerción estatal. Su observancia, pues, siempre resulta garantizada *desde fuera.* Todo lo contrario ocurre con las normas de la Constitución. Su observancia no se garantiza ni por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella ni por una coactividad superstatal; la Constitución no depende sino

sentido, renova-se o discurso de TOBIAS BARRETO: o Direito é a força que matou a própria força.

Se de um lado a eficácia das normas constitucionais depende da *vontade de constituição* – mais ou menos consciente, mais ou menos sentida – de algum modo, é possível estabelecer que o principal projeto jurídico-político de uma constituição é o de, justamente, incutir e firmar os valores daquela identidade pluralista ali exposta. Ele consiste em possibilitar uma normalidade, um ambiente em que, em última instância, se opere espontaneamente de acordo com aquela identidade, com aquela mundividência, inclusive e, principalmente, na dinâmica política. De certo modo, fazer da constituição o próprio *ethos* da comunidade, em seu contínuo processo de leitura e (re)construção. É, portanto, o projeto de fortalecer uma *cultura constitucional* estabelecendo-se uma *cultura de constituição*.

Tem razão MARCELO CATTONI quando bem coloca que é "muito complicado achar que pelo simples fato do direito à moradia ter sido inserido expressamente na Constituição, todas as pessoas do País já terão moradia, ou que a Constituição, por ela mesma, vai sair construindo casas por aí. É necessária uma política habitacional condizente. Ou, que considerar racismo crime, que as pessoas vão deixar de ser racistas. É necessário fomentar uma cultura pluralista"[799].

Coloca-se exatamente aí a questão da *cultura de constituição*. Trata-se, ao mesmo tempo, de uma integração *pela c*onstituição, mas, também, de uma integração *para a*

---

de su propia fuerza u de las propias garantías.". Corroborando essa compreensão: GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, *op. cit.*, p. 31.

[799] CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito: por um exercício do Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 131-154, p. 147. Ou, na pagina anterior, quando afirma: "Talvez um dos grandes equívocos, mais uma vez, ou dos piores 'vírus' do Direito, para usar o termo que Dom Luciano utilizou, seja justamente a incapacidade de compreender que realmente o Direito não é capaz por si só de transformar a realidade ou de transformar o mundo. Que no máximo, no máximo, a Constituição pode promover mudanças na medida em que essa Constituição constitua algo. Que ela seja o centro de mobilização ou de integração de uma sociedade, no sentido do desenvolvimento de um *patriotismo constitucional*. Mas daí a achar que a Constituição, por ela mesma é capaz de transformar a realidade, ou que mais uma emenda constitucional vai resolver o problema da falta de efetividade da Constituição, isso é insistir num equívoco. No equívoco que contribui para mais frustação e para o agravamento do sentimento de fracasso constitucional".

constituição, para fazer com que esse projeto político-jurídico e social ganhe vida em sua efetividade, mas, também, que seja vivido enquanto construído e reconstruído.

No fundo, se o projeto do Estado de Direito está intimamente relacionado à sua preocupação com a legitimidade do poder, estará, de certo modo, identificado em combater/controlar a força através da legitimidade – através do fundamento – limitando o poder. Em último caso, em referência a valores que correspondam à justificação e à razão de ser da comunidade jurídico-política organizada no Estado. Assim, a normatividade constitucional (e, particularmente, sua efetivação como *eficácia social*) estará especialmente vinculada ao cumprimento espontâneo das normas pela e na comunidade, o que se coloca sobre uma plataforma de contínuo processo social. Nesse sentido, HELLER já destacava:

> las normas sociales mantienen necesaria relación con la esfera del ser en cuanto sólo tienen validez, es decir, reciben existencia y se mantienen, en virtud de una orden dictada por una voluntad de una observancia voluntaria, o sea que su deber ser tiene siempre como supuesto y como objetivo un querer real[800].

Portanto, quanto à eficácia, especialmente no caso do Direito Constitucional, tão importante, ou até mesmo, mais importante que a *garantia externa da constituição* é sua *garantia interna*.

É nesse sentido que LUÍS PEREIRA COUTINHO afirma que a vigência de uma constituição só é possível "por um longo termo, caso se lhe encontre subjacente uma 'vontade geral' continuamente actualizada"[801]. Nesse contexto, propõe uma "recuperação da *vontade geral*" rousseauniana em leitura que a compreende dentro de uma determinada "tradição contratualista 'não desterrada'", na qual se inserem, também,

---

[800] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 238.

[801] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*, *cit.*, p. 377. E mais a frente: "Isto é, que na ausência de uma adesão à normatividade constitucional por parte daqueles que se lhe subordinam – *e a que subordinam o poder a que obedecem, constituindo uma 'garantia interna' da Constituição que nenhuma 'garantia externa' substitui* –, a mesma se encontra condenada, bastando para o demonstrar o paradigmático exemplo de Weimar", pp. 379-80. Em termos parecido, HÄBERLE coloca a "Constitución entendida como contrato (social) dinâmico en el sentido de una 'convivencia constantemente resignificada'", HÄBERLE, Peter. Tiempo y cultura constitucional. *Contextos*, Buenos Aires, n. 2, pp. 36-81, 2011, p. 38.

ESPINOSA e LOCKE (este entendido como continuador daquele)[802], que nega aos contratantes o caráter de seres "absolutamente livres, sem amarras e sozinhos"[803], negando, também, a possibilidade de um contrato tomado *ex nihilo*. Ao contrário disso, PEREIRA COUTINHO percebe, sob a influência de CHARLES TAYLOR, que os "'contraentes' internalizam *uma parametrização moral igualitária*"[804]. Destarte, coloca a *autoridade da constituição* em termos de uma *autoridade moral*[805], no que propõe ser:

> uma autoridade então relevante, não de a Constituição ter sido aprovada por um Povo-com-P-maiúsculo, mas de a mesma ser plasmadora de uma *sabedoria* – de uma *identitária parametrização normativa* – com a qual, compulsivamente, "não estamos em posição de entrar em conflito"[806].

Não que tal *sabedoria* não se atualize na dinâmica política. Dito de outra forma, em termos que não estão necessariamente em PEREIRA COUTINHO, trata-se de um *parâmetro objetivo culturalmente construído*, que, enquanto cultural, é humano e está em *constante caminhar sobre a terra*. Assim, trata-se de um parâmetro, apenas, relativamente objetivo, pois não externo à própria dinâmica da cultura. Destarte, é cultural, por excelência, conformado e conformador do indivíduo e de sua identidade[807].

Nas palavras de BÖCKENFÖRDE:

> las ideas de justicia y de lo recto, las ideas propias de un orden político, solo cobran fuerza configuradora y legitimadora para la vida en común de los hombres cuando son mantenidas por hombres o grupos de

---

[802] Essa não é a leitura necessária, nem mesmo a usual, que se faz de LOCKE. Para tanto, PEREIRA COUTINHO formula sua posição, especialmente, recorrendo às leituras que fazem LUÍS CABRAL DE MONCADA (este relacionando LOCKE e ESPINOSA) e JEREMY WALDRON.

[803] WALZER, Michael. The Communitarian Critique of Liberalism. *Political Theory*, v. 18, n. 1., pp. 6-23, fev. 1990, 7-9.

[804] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição, cit.*, p. 350. E segue na mesma página: "Na tradição em causa, o contrato é, pois, um compromisso ético relevante da interiorização, pelos 'contraentes', de uma parametrização moral centrada na *igualdade fundamental* de todos. Uma parametrização em cujo âmbito é reconhecida *autoridade moral* a uma normatividade constitucional que a reflicta".

[805] Por *autoridade moral* o autor entende: "Falar em autoridade moral do Direito significa, claro está, identificar a normatividade correspondente como *boa,* como sede de uma República *bem regulada ou como projecção de* justiça", COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição, cit.*, p. 13.

[806] COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição, cit.*, p. 349. E aqui remete explicitamente: ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Lisboa: Relógio D'Água, 2001, p. 236.

[807] KAHN, Paul W. *The cultural study of Law, cit.*, p. 6; 36-40.

> hombres como una convicción viva, y se integran en una fuerza o en una magnitud política que las sostiene[808].

Nesse contexto, tocam-se *legitimidade* e *eficácia*. Uma legitimidade que não se dá simplesmente em referência a um (mais ou menos) mitológico momento fundador, mas na amiúde renovação, reafirmação e reinvenção da própria identidade político-cultural na cultura constitucional. Uma identidade que tem na sua constituição um símbolo dessa cultura, importante para a identificação de sua identidade, e na sua garantia interna a força vital motriz da normatividade[809].

Relacionado a isso, PAULO FERREIRA DA CUNHA aponta três sentidos para *cultura constitucional*: a) o conhecimento e grau de informação a respeito da Constituição; b) as opiniões correntes sobre a constituição; c) e a *interiorização constitucional popular* por um determinado grupo da sociedade, sendo considerados seus elementos positivos, preceitos e princípios de uma dada constituição[810]. Para tanto, indica que há cultura constitucional em uma sociedade, quando nela os cidadãos têm plena consciência do conteúdo de três princípios: a) *estabilidade* da constituição; b) *primado ou prevalência da constituição sobre os demais direitos*; c) *constitucionalidade das leis*. Para tanto, os cidadãos "não precisam de os nomear, de os identificar como tais, mas devem ter interiorizado e aderido aos três, como coisas naturais próprias de uma democracia avançada"[811]. Assim, propõe que, se por um lado, em termos teóricos, a cultura constitucional situa-se na área da "sociologia constitucional", por outro, ressalta que, em se tratando de uma "sociologia axiologizada", ela adentra no terreno próprio da "filosofia constitucional, especificamente ao domínio da filosofia prática, e especificamente ética".

Também MAZZONE dará ênfase ao elemento vital para sua definição de cultura constitucional. Para ele, esta abarca elementos como a disposição dos cidadãos de

---

[808] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo, *op. cit.*, p. 162.

[809] VORLÄNDER, Hans. What is "Constitutional Culture"?, *op. cit.*, p. 28: "Constitutions are not fixed orders; they express statements of order and claims of validity, but cannot redeem these by themselves. Constitutions have to rely on symbolic forms of representation that lend them validity, that is, acceptance and recognition. Symbolic and functional features therefore cannot be separated; the function of a constitution is based in its symbolic meaning".

[810] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Constituição & Política*: poder constituinte, constituição material e cultura constitucional. Lisboa: *Quid Juris*, 2012, pp. 30-32.

[811] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Constituição & Política*, *cit.*, p. 33.

reconhecer e aceitar que eles estão vinculados por um documento escrito, que cria as instituições do poder e estabelece limites sobre sua atuação. Inclui, também, a própria aceitação e "crença" compartilhada na comunidade de que essa carta de poder é criada pela cidadania e que, não sendo eterna, ela pode ser modificada sob certas circunstâncias, mas, enquanto não for alterada, todos os cidadãos estão a ela vinculados, devendo ir até as últimas consequências para cumpri-la e efetivá-la, ainda que sejam livres para discordar de suas posições pontuais. Para MAZZONE, a cultura constitucional encampa, ainda, a compreensão de que a constituição une a população em um sentido mais amplo, para além daqueles vínculos mais imediatos de pertencimento (família, congregação religiosa etc.), vinculando e sendo comum a todos os cidadãos da comunidade jurídico-política[812].

Nesse contexto é possível novamente afirmar que o principal objetivo normativo de uma constituição, em última instância, é o de instituir em uma comunidade os padrões do constitucionalismo, criando uma normalidade, um *ambiance*, uma cultura constitucional. Portanto, que essa comunidade e os cidadãos que a integram, tenham interiorizado que a dinâmica de construção de sua identidade política (e jurídico-política) deve ser operada em relação a esses padrões, que se faz viva e vivida enquanto norma, nesse próprio processo de construção.

Assim, em referência à própria dinâmica de reconhecimento e autoformação, típica da cultura do constitucionalismo, ela se faz a partir da articulação entre as identidades locais e os laços dessa identidade mais geral, a fim de criar uma nova leitura deste modelo que seja capaz de fazer-se viva e vivida. O constitucionalismo demanda isso. E é nessa dialética de construção de uma identidade constitucional própria, que já se inicia o processo de realização dessa nova identidade e de efetivação de uma Constituição.

Dito de outra forma, uma Constituição tem como principal projeto normativo fazer com que uma cultura política específica torne-se suficientemente comprometida

[812] MAZZONE, Jason. The creation of a constitutional culture. *Tulsa Law Review*, n. 40, n. 4, pp. 671-698, 2004, p. 672.

com o parâmetro normativo do constitucionalismo para que possa, ela mesma, ser considerada – e considerar-se – uma comunidade com/em *cultura constitucional*.

De certa forma, esse projeto realiza-se, continuamente, quando o padrão de bem e o *ethos* da comunidade conseguem, a partir de um diálogo, fundir-se com os parâmetros do constitucionalismo a ponto de que dada uma cultura política e jurídica particular identifique-se e entenda-se, ela mesma, como uma leitura própria, única e inovadora, da identidade do constitucionalismo, realizadora de sua identidade, do reconhecimento e da dignidade humana.

Isso, no entanto, só se dará ao passo que os cidadãos assim também se autocompreendam e se sintam nela e por ela refletidos. Isto é, na medida em que os próprios cidadãos, individual e coletivamente, identifiquem-se no próprio parâmetro fundador e motriz do constitucionalismo, interiorizando-o e pondo-o em prática. Um parâmetro em torno do qual cidadãos *livres* e *iguais*, *fraternamente,* identifiquem-se com uma *unidade em pluralidade* que deve promover a dignidade de todos.

No entanto, cada identidade constitucional coloca-se de modo a conformar as estruturas sociais e a vida da comunidade, propondo a partir de uma normatividade uma nova normalidade, social e estrutural, a ser almejada, estimulando transformações à própria comunidade, sem que ela, com isso, perca sua própria autenticidade, sua marca própria, logo, sua *identidade*. É uma tentativa de torna-la aquilo que ela é, em suas potencialidades e projeções. Se, por um lado, a identidade constitucional tem de ser trabalhada em um compromisso com os valores próprios do constitucionalismo, por outro, também, a comunidade tem de dar vida à sua própria identidade, vivendo-a e tornando-a viva na configuração do caminhar de sua cultura jurídico-política enquanto constitucional. Destarte, é um compromisso que tem duas faces, com a identidade mais ampla do constitucionalismo e com a mais particular expressão da identidade constitucional, que tem como símbolo a própria constituição escrita.

Essa normatividade realiza-se e torna-se efetiva, basicamente, na diferenciação e *identificação de uma identidade constitucional*, na *difusão do conhecimento e reconhecimento constitucional* e no *reafirmar do compromisso do Estado, de seus*

agentes e de cada cidadão com esse projeto, na amiúde renovação e revitalização do próprio argumento legitimador/justificador da ordem constitucional enquanto tal.

Todos esses três tópicos estarão relacionados à ideia de que a eficácia da constituição depende de sua capacidade de gerar e/ou fortalecer uma cultura constitucional na comunidade, a partir de sua identificação com ela. Isto é, que a constituição justifique-se enquanto legítima, porque reconhecida e identificada com a identidade político-cultural daquela comunidade. Para tanto, são importantes as questões, novamente, da *identidade constitucional*, da *pedagogia constitucional* e, ainda, da *lealdade constitucional difusa*, mas, especialmente, da relação que há entre essas três dimensões.

9.1. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E CULTURA DE CONSTITUIÇÃO

O próprio construir e reformular de uma constituição, conforme suas próprias regras e razão de ser, é uma primeira forma do fazê-la efetiva. Nesse sentido é possível dizer que a "cultura constitucional é mais bem construída pela aplicação de uma constituição na vida diária"[813]. Essa dinâmica corresponde a fazer da própria constituição

[813] Falando do processo de (re)constitucionalização da Polônia após queda do regime comunista: "Which should be attended to first? Should we undertake a broad educational attempt to create a constitutional culture and adopt a constitution only after such culture is formed? Or should we enact a constitution first and then use it to form a constitutional culture? Poland tried to do both at the same time, i.e., to use the process of constitution making for a broad educational effort about constitutionalism. In fact, however, politicians used the referendum campaign for a constitution for win support for their own parties rather than to solidify a constitutional compromise. The constitution became divisive, did not teach any lesson to anybody, and did not work. We learned that constitutional culture is best built by application of a constitution daily life. There also exists a very powerful practical argument not to delay the adoption of a new constitution until social consciousness changes. There is much evidence that once a short-lived 'constitutional moment' is missed, it becomes more difficult to reach a constitutional agreement about rules and principles, particularly in conditions of a simultaneous transition to constitutionalism and democracy", OSIATYNSKI, Wiktor. Paradoxes of constitutional borrowing. *International Journal of Constitutional Law*, Nova York, v. 1, n.2, pp. 244-268, abr. 2003, pp. 266-267.

não apenas letra morta, tampouco, declaração estática, mas, ela mesma, viva e vivida através das práticas cotidianas da *cultura constitucional*"[814].

Nesse contexto, a chave da identidade constitucional é importante, também, quanto à relação que essa construção guarda com o fluxo vital de reafirmação do povo *com sua constituição* e *em sua constituição*, tornando sua identidade viva e vivida.

As identidades constitucionais são, antes de tudo, leituras particulares, originais e inovadoras da própria identidade do constitucionalismo. Portanto, a própria formação de uma identidade que se pretende, normativamente, identidade constitucional depende de uma *vontade de constituição*, quer daqueles que dão o primeiro passo nessa construção – os que fazem a constituição no momento constituinte – como daqueles que amiúde a desconstroem e reconstroem no seu processo de interpretação.

É verdade que o próprio sentido das amarras do constitucionalismo é configurado e reconfigurado no próprio processo público de interpretação dessas estruturas. Contudo, estas já se colocam sobre bases histórico-culturais mínimas que as identificam: com uma razoável definição e limitação do poder, com o compromisso com o Estado de Direito, com a legalidade, com a democracia e à proteção dos direitos fundamentais.

O próprio construir, desconstruir e reconstruir de uma identidade constitucional em fluxo vital, não estático, depende da incorporação pela comunidade da compreensão de que sua própria identidade jurídico-política deve ser realizada e construída na articulação entre as amarras do constitucionalismo e as demais identidades pré- e extra-constitucionais. Isto é, no respeito ao argumento último de legitimidade da ordem constitucional e à sua premissa de humano.

A cultura constitucional, como fluxo de formação das identidades, trata-se de um processo interpretativo que se realiza continua e cotidianamente não apenas nas instâncias oficiais de intepretação da Constituição, mas pela própria sociedade e por cada cidadão como um todo, que dão suporte a essa estrutura, reconhecendo-a como

[814] VORLÄNDER, Hans. What is "Constitutional Culture"?, *op. cit.*, pp. 28-29: "We can therefore identify as constitutional cultures those solidified, temporally extended collective imaginations, interpretations and practices that normatively distinguish the meaning of a given political order".

válida, respeitando-a, endossando-a e implementando-a na própria rotina da comunidade jurídico-política. Destarte, se "quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la", a interpretação da constituição de um Estado Democrático de Direito não pode ser coisa de uma sociedade fechada e é realizada amiúde por cada cidadão no espontâneo cumprir e dar suporte ao Direito e às interpretações (oficiais) dadas à constituição[815].

Sendo a identidade constitucional, por definição, normativamente, pluralista e incorporadora da dinâmica de reconhecimento do *eu* e do *outro* em unidade no sujeito constitucional; apresentada em uma identidade que se constrói, reconstrói e desconstrói em um formato inclusivo; e sendo a Constituição ordem jurídica não apenas do Estado, mas, também, da comunidade; ela é, na realidade, não é apenas elemento resultante, mas, também, formador e constituinte da comunidade. Assim, todas as potências públicas e todos os participantes morais e materiais do processo social devem ser reconhecidos como partícipes desse processo de interpretação[816].

No fundo, é também esse reconhecimento que serve de justificação legitimante de uma ordem constitucional, que não se coloca em referência a uma qualquer justificação fundamentada em qualquer ascendência divina, ordem natural ou herança étnica. Do contrário é uma ordem que se justifica em relação ao um padrão de bem, à premissa (cultural) de que todos são fundamentalmente iguais em dignidade e que, por isso, concebe que normativamente deve haver o contínuo reconhecimento entre o *eu* e o *outro*, de modo que todos sejam igualmente considerados no processo de construção

---

[815] COELHO, Nuno M. M. S. Compreensão como arte: notas "hermenêuticas" sobre Constituição e constitucionalismo. *Prisma Jurídico*, v. 8, n. 1, pp. 53-75, jan./jun., 2009, p. 72: "A interpretação é verdadeira quando experimenta o texto no contexto da própria vida. Compreensão é vida, é viver o texto, ou é reviver. Com respeito à interpretação da Constituição, é preciso chamar a atenção para o titular (melhor seria dizer: o lugar) da interpretação do direito: o direito é lá onde é experimentado, vivido, e onde efetivamente as intuições do constituinte são revividas. Ali é que se instaura (ou não) o diálogo com o constituinte (assim, é ali que se o instaura como constituinte). Ali onde a Constituição é interpretada: da sessão do STF à assembléia condominial. Da jurisprudência dos tribunais à opinião pública, passando pelos órgãos de imprensa. É claro que não é um assunto apenas de juristas – a não ser que se admita sermos todos juristas. Para além dos tribunais constitucionais, nos quais passa apenas uma parte da vida da Constituição, a assunção do que o constituinte disse é obra quotidiana de todos os que integram (compreendem) a Constituição como parte de sua própria língua".

[816] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, *cit.*, p. 13. SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA – 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture. *California Law Review*, v. 94, n. 5, pp. 1323-1420, set./out. 2006.

e reconstrução da identidade constitucional, em última instância, no processo de contínua interpretação da constituição.

Desse modo, a vivência da cultura constitucional é a própria dinâmica do caminhar da comunidade que se desenrola em um contínuo e sempre inacabado processo de conhecimento e reconhecimento, descoberta e invenção da identidade coletiva em referência aos padrões do constitucionalismo. Ele, em boa medida, consiste em criar uma narrativa coerente que integre incessantes e sucessivos momentos de rejeição e identificação[817]. Dessa formação da identidade constitucional, relacionada às prescrições normativas do constitucionalismo, são absolutamente inescapáveis as duas principais dimensões da liberdade do cidadão: a proteção dos direitos fundamentais e a democracia como forma organizativa da comunidade jurídico-política.

Nisso, de certo modo, concorda-se com HABERMAS, quando entende, nas palavras de MARCELO CATTONI, que:

> o projeto constitucional-democrático, subjacente às Constituições dos Estados Democráticos de Direito, a ser defendido e levado adiante patrioticamente, remete-se à própria idéia de construção permanente da legitimidade, por meio da realização, no tempo, enquanto processo de aprendizado social, após dois séculos de constitucionalismo moderno, daquela coesão interna entre as noções de autogoverno e iguais direitos de liberdade subjetiva, concretizadores de uma complexa noção jurídica de autonomia[818].

Portanto, vive-se uma *cultura constitucional* quando uma comunidade compromete-se de forma integrada em operar a formação de sua própria identidade em referência à mais geral identidade, pluralista e inclusiva, do constitucionalismo, interiorizando-a[819]. A essa interiorização, ou melhor, ao renovado processo de interiorização desse comprometimento, ao coração dessa identidade, quer ao que ela tem de geral (relacionado ao constitucionalismo), quer ao que tem de particular

---

[817] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 29.

[818] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo constitucional contra fraudes à Constituição, *op. cit.*, p. 4. E segue: "Para Habermas, num diálogo crítico com a tradição do republicanismo cívico, os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade seriam, pois, a própria explicitação do sentido performativo da práxis de autolegislação democrática e da noção complexa de autonomia jurídica que lhe é subjacente".

[819] MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *O Direito*, Lisboa, a. 138, n. VI, 2006.

(relacionado à cultura própria da comunidade), é o que chamamos de consolidação de uma *cultura de constituição*.

Destarte, as amarras do constitucionalismo, a um só passo, apontam no sentido de promover o mútuo reconhecimento entre o *eu* e o *outro*, cultivando ambos em igual dignidade, mantendo abertas as portas para a reconstrução da identidade constitucional em um formato que possibilita a contínua verificação da legitimidade das normas constitucionais vigentes, enquanto justificadas nessa própria mundividência[820]. É, portanto, afirmação cultural dessa identidade e dessa premissa particular de humano que pertence ao Ocidente, que pode dialogar com outras identidades, mas que, demanda coerência com o coração dessa cultura.

Nesse sentido, reforçar e viver esse argumento último de justificação, consolidando-o e vitalizando-o é, por excelência, tornar a constituição efetiva, é viver uma cultura constitucional.

Um projeto que pretende vencer a força pela não força, que, em última instância, pretende fazer-se eficaz porque válido e válido porque legítimo. Nesses termos, a própria efetividade da ordem constitucional acaba por depender de sua amiúde renovação e identificação com a identidade do constitucionalismo, igualitária e pluralista. Dito de outra forma, no fundo, a condição última de possibilidade para a perpetuação e efetividade de uma ordem constitucional é ela fazer-se sentida legítima, na sempre renovada identificação de todos os cidadãos – do *eu* e do *outro* – com aquela identidade constitucional, como parte e partícipe do sujeito constitucional. Ou, ainda, nas palavras de BERCOVICI: "a Constituição só é real se significa algo para os cidadãos"[821].

É nesse sentido que parece caminhar ROSENFELD, quando afirma que a expressão *sentimento constitucional* é uma fórmula *muito melhor* para compreender os vínculos e ligações dos cidadãos com a constituição. Para ele, a melhor forma de se colocar as pessoas envolvidas com ela "não é, necessariamente, por meio de aspectos da

[820] ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*, *cit.*, p. 44.

[821] BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *In*: XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2006, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

Constituição que fornecerão um governo melhor, com o qual, talvez, o imaginário da população não se identifique". O que entende como importante, na verdade, é colocar as pessoas envolvidas com "algum laço emocional entre o que o sentimento popular possa ser e o governo, de fato, é", mas, mais que isso, afirma que: "o que é importante é que há, na consciência coletiva do país, uma certa ligação com a Constituição"[822].

Assim, mais do que uma *integração através Constituição* – função importante dessa dinâmica – a efetivação de uma Constituição, em boa medida, significa a própria *integração à Constituição, na Constituição e para a Constituição*, forças que seguem em contínuo processo de articulação[823].

Nas palavras de HELLER:

> no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución sólo es posible debido a que los partícipes consideran esa ordenación y esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su

[822] ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito, *op. cit.*, p. 29: "Eu acho que a expressão que você usou, do seu colega, de construção do sentimento constitucional, é uma expressão muito melhor. Uma forma de colocar as pessoas envolvidas com a Constituição não é, necessariamente, por meio de aspectos da Constituição que fornecerão um governo melhor, com o qual, talvez, o imaginário da população não se identifique. Antes, porém o que é de certo modo estranho, e é aqui que eu acho que a noção de identidade constitucional é importante, é necessário que as preocupações, os sonhos, os pesadelos, os mitos, as lendas, os pontos de referência comuns, históricos etc., estejam na base desse governo constitucional, de forma que possamos conseguir algum laço emocional entre o que o sentimento popular possa ser e o governo, de fato, é: muito técnico e reservado a advogados e legisladores. É nesse sentido que eu me refiro à imaginação constitucional do povo nos Estados Unidos, e ela, de alguma forma, entrou na cultura popular. No entanto, isso não é necessariamente importante. O que é importante é que há, na consciência coletiva do país, uma certa ligação com a Constituição". Também nesse sentido: MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 37.

[823] DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana*, *cit.*, pp. 323-324: "Os cidadãos se identificam com a sua comunidade política quando reconhecem que a comunidade tem uma vida comunitária, e que o êxito ou fracasso de sua própria vida depende eticamente do êxito ou fracasso dessa vida".

> conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas[824].

A identidade constitucional, portanto, faz-se viva quando consegue, ela mesma, colocar-se em movimento e efetivação social por uma cultura de constituição. Esta é o elemento vital de uma da cultura constitucional. Toca o patriotismo constitucional, que pretende uma *integração pela constituição*, mas o transcende, na medida em que se articula não apenas a partir de um momento fundador, mas, também, em relação a toda uma identidade do constitucionalismo, relida na construção de uma identidade constitucional. Essa força gravitacional, até porque cultural e identitária, tão pouco se coloca de forma unidimensional, quer na razão, quer na vontade, mas, articula-se com o próprio sentimento de pertença e identificação da comunidade e do sujeito constitucional com aquela identidade constitucional particular, possível, inclusive, a partir da dinâmica de reconhecimento que lhe é própria[825].

Como adverte ROSENFELD, "o fato de que há uma identidade constitucional não significa que há uma adoção constante dos valores da Constituição. Significa [entretanto] que isso se torna um fator importante na consciência política e histórica do povo, da nação"[826]. Portanto, a simples construção de uma identidade constitucional não se mostra suficiente para a criação de uma cultura de constituição e a incapacidade de se consolidá-la, de criar esse laço, pode significar a própria erosão da força normativa de uma constituição.

Essa identificação/identidade, que possui elementos racionais e de pertença, tem como ponto motriz a própria compreensão e *vontade* de fazer a constituição efetiva porque representativa da própria identidade da comunidade jurídico-política. Isto é,

---

[824] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 318.

[825] Nesse sentido, sobre o caso brasileiro e articulando o pensamento de TAYLOR e de LUCAS VERDÚ: MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 39: "Por tudo isso, reforça-se que o problema *eficacial* do texto constitucional brasileiro, no que tange ao alcance dos objetivos previstos no art. 3º e à efetivação dos direitos fundamentais sociais, passa, fundamentalmente, pela necessidade de uma *ética do reconhecimento* como uma dimensão 'pré' e 'ultrajurídica'. O dirigismo assumido pelo discurso transformador da realidade da Constituição de 1988, além da postura garantidora e efetivadora da Jurisdição Constitucional, depende fundamentalmente do estímulo de um *sentimento constitucional* dos cidadãos – e não de subcidadãos – brasileiros".

[826] ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito, *op. cit.*, pp. 29-30.

difundir e consolidar uma *cultura de constituição* de modo que seja presente a *vontade de constituição*, tanto nos agentes oficiais responsáveis por essa efetivação via Estado quanto pelos próprios cidadãos identificados com esse projeto, é promover a própria garantia interna da ordem constitucional. Trata-se, portanto, do fomento e reafirmação de uma cultura pluralista, inclusiva, igualitária e de igual liberdade. De uma cultura de tornar esse projeto constitucional, essa identidade constitucional, efetiva e viva. Projeto vivo e vivido na dinâmica da cultura constitucional.

Essa é a força vital que possibilita a uma Constituição influenciar a cultura de uma comunidade de modo que ela demande, politicamente, por políticas públicas e ações sociais mais inclusivas garantidoras dos direitos sociais e por uma sociedade mais plural, sem preconceitos, que respeite, inclusive nas relações pessoais, os direitos individuais e a dignidade de todos.

9.2. PEDAGOGIA CONSTITUCIONAL

A questão da educação é um ponto comum de, praticamente, qualquer proposta de desenvolvimento do humano, individual e coletivamente. De SÓCRATES a ADORNO, da *Paideia* à *Bildung*, o tema da educação é recorrentemente tratado como pedra fundamental para o desenvolvimento da vida coletiva, para a realização e construção da liberdade e para o reconhecimento.

Como não poderia deixar de ser, a ideia de educação também está intimamente vinculada a qualquer discurso referente ao processo de fortalecimento dos laços entre os cidadãos na identidade constitucional e na comunidade, de formação e cultivo de uma cultura de constituição.

O próprio termo cultura vem do verbo latino *colere* e está relacionado aos significados de cultivar, criar, cuidar. Não distante desse significado, da expressão *cultura* decorre também o sentido de culto (inicialmente dos deuses), bem como, do cuidado com a educação e com a formação, do cultivo do espírito das crianças a fim de

torna-las membros virtuosos pelo aperfeiçoamento das qualidades naturais. Destarte, em uma acepção primeira, a cultura foi entendida como a intervenção deliberada e voluntária do homem sobre a natureza de alguém, para moldá-la aos valores de sua comunidade. Por esse ponto de vista:

> a cultura era moral (o sistema de *mores* ou costumes de uma sociedade), ética (a forma correta da conduta de alguém graças à modelagem de seu *ethos* natural pela educação) e política (o conjunto de instituições humanas relativas ao poder e à arbitragem de conflites pela lei)[827].

Entendida a constituição como projeto jurídico-político, ela tem sua possibilidade de realização vinculada ao reconhecimento desse projeto pela comunidade, como, também, por sua interiorização pelos cidadãos. Não será demais afirmar que é nesse sentido, inclusive, que, de certo modo, caminham as concepções ligadas ao patriotismo constitucional quando apontam para uma integração ético-política dos cidadãos ou quando DWORKIN trabalha a questão da integração sob a perspectiva liberal[828].

Se a constituição não é apenas seu texto, mas seu contexto, se é ordenamento jurídico não apenas do Estado, mas da comunidade, ela tem, também, um papel educador primordial: "hay una parte de legítima «pedagogía constitucional» en el sentido de hacer patentes los valores básicos del Estado constitucional para todos los ciudadanos"[829].

Tão antigas quanto o próprio Ocidente são as conexões feitas entre *formação* e *educação* do indivíduo para o *agir ético*, para a democracia, para o Direito e para a

---

[827] CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural*: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 105; WILLIAMS, Raymond. *Palavaras-Chave*, *op. cit.*, pp. 117-124.

[828] DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana*, *cit.*

[829] HÄBERLE, Peter. La Constitución «en el contexto». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 7, pp. 223-245, 2003, p. 234. Chegando a tratar da importancia da pedagogia como disciplina não jurídica aliada da Teoría da Constituição: "En la comprensión de los requisitos establecidos por varias constituciones de los Estados alemanes en 1945 y 1990, entre los objetivos educativos ha de incluirse la ciencia de la pedagogía, por ejemplo, como la educación constitucional. Recordemos el lema "Ciudadanía a través de la Educación" europea (principalmente en el sentido del Clasicismo de Weimar) y los objetivos educativos como la tolerancia, el respeto a la dignidad humana, el respeto por los derechos humanos y la protección del medio ambiente", HÄBERLE, Peter. Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - Una perspectiva alemana. *THĒMIS*, Lima, n. 67, pp. 15-22, 2015, p. 21.

cidadania[830]. Afinal, qual não é o principal projeto socrático (e platônico, e aristotélico) que não a *paideia*. A preocupação com educação segue com grande importância no curso da história, sendo corrente e crucial para várias mundividências como aquelas ligadas à ilustração, ao romantismo e ao idealismo, em pensadores como KANT, ROUSSEAU e FICHTE, dentre outros. Essa reflexão adentra no universo jurídico por inúmeras portas, por exemplo, na questão da *educação para exercício de Direitos Humanos*.

A Escola Jusfilosófica Mineira[831] aborda o tema, recorrentemente, sob as figuras da *educação ética*[832], da *pedagogia para a consciência jurídica*[833] e da *paideia jurídica*[834]. Elas se desdobram a partir das chaves da *consciência moral* e da *consciência jurídica*, particularmente, como desenvolvidas por HENRIQUE LIMA VAZ e JOAQUIM CARLOS SALGADO, respectivamente. Essas formulações, ainda que com gramáticas e características próprias, apontam a um norte similar ao pretendido pela ideia de *pedagogia constitucional*.

LIMA VAZ tem na categoria da *consciência moral* um dos pontos centrais de seu pensamento. O filósofo trata da Ética como a ciência do *ethos*, que, por sua vez, é por ele definido como a *segunda natureza do humano*, que na dimensão social se apresenta

---

[830] A própria Constituição da República Federativa do Brasil faz essa relação: "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Analisando o *Direito Constitucional da Educação*, como um todo, e este artigo, em especial: HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, pp. 125-127.

[831] Sobre a Escola Jusfilosófica Mineira: HORTA, José Luiz Borges. La Era de la Justicia Derecho, Estado y límites a la emancipación humana, a partir del contexto brasileño, *op. cit.*, p. 79, nota 13.

[832] LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia V*: introdução à ética filosófica 2. São Paulo: Loyola, 2000; LIMA VAZ, Henrique. Ética e justiça: filosofar do agir humano. Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v. 23, n. 75, pp. 437-453, 1996.

[833] BROCHADO FERREIRA, Mariá A. *Consciência moral e consciência jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

[834] BROCHADO FERREIRA, Mariá. *Paideia* jurídica: pressupostos e caracterização. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 159-190, jul./dez. 2010: "Adjetivamos a palavra '*paideia*' com o termo "*jurídica*" com o intuito de apontar a relevância do Direito nessa formação integral dos *sujeitos morais* (perspectiva grega) que também são na atualidade *sujeitos de direito*(*s*). Trata-se de um esforço de releitura da preocupação grega com a formação do indivíduo para a *prática das virtudes*, mas, que na cultura ocidental contemporânea, estende-se também para o *exercício* de (seus) *direitos*. Nestes termos, podemos concluir que a formação ética é integrada pela formação moral e pela formação jurídica sobre a essência do Direito, em especial seu núcleo mais significativo: os *direitos humanos-fundamentais*".

como *costume* e na individual como *hábito*. É o *ethos*, portanto, a "dimensão do agir humano social e individual na qual se faz presente uma normatividade ou um dever-ser, ou que se supõe provir da natureza ou que é estatuído pela sociedade"[835]. Nesse sentido, ele não é "senão a face da cultura que se volta para o horizonte do dever ser ou do bem"[836], é paradigma de tudo o que constitui o sistema humano de vida: *a face normativa da cultura*[837]. E, nesse sentido, é possível definir a Ética como a ciência da *razão prática* – forma de razão não voltada, simplesmente, para o conhecimento, mas ordenada para a ação (*práxis*), que exprime as normas e os fins do próprio *agir ético*[838].

No movimento dialético da razão prática, LIMA VAZ identifica a consciência moral como o ato da razão prática por excelência:

> como termo do movimento e como suprassunção, na singularidade de seu ato, da universalidade dos princípios e da inclinação ao Bem como normas do seu julgamento, e da aplicação dessas normas à particularidade das condições que tornam possível o mesmo ato[839].

Segundo LIMA VAZ, o agir ético se manifesta em três momentos: o momento subjetivo, do *indivíduo consigo mesmo*; o momento intersubjetivo, quando se articula

---

[835] LIMA VAZ, Henrique. *Antropologia filosófica I*. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1998, p. 17, e segue: "Enquanto social o *ethos* é *costume*, enquanto individual é *hábito*. Sendo coextensivo à cultura, o *ethos* é objeto, desde os inícios da história da filosofia ocidental, de saberes específicos, a Ética tendo por objeto o agir individual e o Direito, e a Política, o agir social. O problema da cultura tomou-se tema de um ramo das ciências do homem que conheceu também um grande crescimento a partir do século XIX, a Antropologia cultural. Investigando a grande variedade das culturas e, portanto, dos *ethê*, ela situou em novas perspectivas os problemas clássicos da Ética e das ciências jurídico-políticas, renovando a tradicional conceptualização filosófica a respeito. Mas a interrogação filosófica fundamental permanece, nesse campo, voltada para essa prerrogativa essencial do homem que é a dimensão conscientemente teleológica e axiológica do seu agir, à qual corresponde o paradoxo da livre necessidade da aceitação de um universo de normas reguladoras desse agir. Trata-se, em suma, de repensar filosoficamente, em face das ciências do *ethos* como forma de cultura, o problema já reconhecido por Hegel quando definiu o Direito (entendido em sentido amplo cobrindo toda a esfera do ethos) como "realização concreta da liberdade", a saber, o problema da realização histórica, social e cultural da liberdade, que só subsiste como sendo manifestação da essência do homem ao se constituir como liberdade consensual, enraizada no terreno da Ética e do Direito".

[836] LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia II*: ética e cultura. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 19.

[837] BROCHADO FERREIRA, Mariá A. *Consciência moral e consciência jurídica*, *cit.*, p. 37. BROCHADO relaciona essa afirmação à passagem de *Verdade e Método II*, de GADAMER, referenciando sua versão castelhana. Acreditamos que corresponda a: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 369-380, no texto complementar: *Problemas da Razão Prática*, de 1980.

[838] LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia V*, *cit.*, p. 25.

[839] LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia V*, *cit.*, p. 52.

um agir ético em relação a outro agir ético, em diálogo; e um momento objetivo, quando o *agir ético coloca-se frente à realidade objetiva que o cerca*, expresso no *ethos*.

Esses três momentos, ainda que distintos, articulam-se dialeticamente, numa necessária relação de recíproca implicação[840]. É nesse contexto que se coloca a educação (ética) que, por sua vez, pode ser tratada como "a passagem do *ethos* da realidade social para a realidade do indivíduo", sendo "ela uma das tarefas básicas e mais complexas dos grupos humanos, qual seja, formar paradigmas comportamentais, descobrir como ensinar, aos que estão chegando, os valores daquela sociedade"[841].

Nessa esteira, para LIMA VAZ, Ética, Política e Direito são, especialmente, *as fontes de auto-legitimação de uma sociedade* e, nesse sentido, mais até que *simples* "corpos teóricos na enciclopédia dos saberes reconhecidos e praticados na nossa cultura superior" são eles verdadeiros programas pedagógicos, que existem de forma teoricamente articulada e interdependente, voltados à educação do indivíduo e da comunidade para a vida plenamente humana. A partir dessa percepção, LIMA VAZ afirma que:

> sem educação ética não há autêntica participação política, assim como é essa participação que capacita o cidadão a assumir com plena consciência a recíproca relação entre direitos e deveres na qual consiste propriamente a existência na esfera do Direito[842].

Desse modo, nem o mundo ético, nem o Estado Democrático de Direito são dádivas da natureza. Ambos são árduas conquistas permanentes da civilização, sempre recomeçadas e sempre ameaçadas, que travam suas mais importantes batalhas, justamente, no campo da educação de cada geração. Assim, LIMA VAZ afirma que quer do ponto de vista da consciência moral subjetiva ou individual, quer desde a perspectiva da consciência moral intersubjetiva ou comunitária:

> a passagem da consciência como norma subjetiva à norma *objetiva* individual (a reta razão) ou à norma ético-jurídica *inter-subjetiva* comunitária (os costumes e as leis) designa o movimento inteligível essencial que percorre a estrutura do universo ético e político-jurídico. Ora, essa passagem supõe justamente que estejam constituídos na plena

[840] BROCHADO FERREIRA, Mariá A. *Consciência moral e consciência jurídica*, *cit.*, p.32.
[841] BROCHADO FERREIRA, Mariá A. *Consciência moral e consciência jurídica*, *cit.*, p.142.
[842] LIMA VAZ, Henrique. Ética e justiça, *op. cit.*, pp. 450-451.

> posse das suas prerrogativas os atores da vida moral concreta que deve ser vivida pelos indivíduos e pelas comunidades. Por sua vez, a conquista dessas prerogativas não é obra da natureza, é um processo *cultural* que se define como *paideia*, como educação para uma forma superior de vida[843].

LIMA VAZ, portanto, dá destaque à *educação ética* como elemento de formação do homem para o *agir ético*, logo, para o agir plenamente humano, em especial alusão à *paideia* grega, definida por JOAQUIM CARLOS SALGADO como exemplo de *consciência cultural*. SALGADO, por sua vez, parte da *consciência moral* de LIMA VAZ para desenvolver sua perspectiva da *consciência jurídica*.

O jusfilósofo mineiro situa a *consciência jurídica* também no âmbito da razão prática, como resultado da *consciência ética* e ao lado da *consciência moral*. Para ele, trata-se de "um processo de superação da consciência moral subjetiva, por força da objetividade positiva do direito, realizando nesse movimento a totalidade ética"[844]. Em sentido formal, para SALGADO, ela é o resultado do processo da consciência ética que tem como primeiro momento da processualidade da experiência jurídica a consciência moral interna, que só alcança uma universalidade abstrata, não concreta, na forma da consciência ou do eu transcendental de KANT. No entanto, de sua parte, a consciência jurídica deve ser identificada como superadora da dicotomia direito-moral, uma vez que ambos os polos não são concebidos paralelamente, mas como ponto de chegada do processo ético iniciado com a consciência moral em sua interioridade imediata.

Assim sendo, a consciência moral se dá num processo que desemboca na consciência ética total, na razão jurídica[845], que não deixa de trazer em si o momento imediato da consciência moral no plano da subjetividade, mas que, passando pela razão teórica, torna-se consciência de um nós por força da universalidade que lhe é própria. Desse modo, a cisão entre a interioridade moral e a exterioridade do Direito estrito, é reconciliada na plena eticidade do Direito, ao passo que o valor do justo coloca-se como conteúdo axiológico da consciência jurídica. Nesses termos, afirma SALGADO que a

---

[843] LIMA VAZ, Henrique. Ética e justiça, *op. cit.*, p. 450.

[844] SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, p. 24.

[845] SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, p. 25: "Razão jurídica é desse modo o resultado dialético da consciência jurídica transcendental e dos valores da cultura que são seu objeto, na processualidade histórica da experiência jurídica".

consciência deixa de ser mera universalidade do eu *abstratamente*, sendo, agora, universalização do eu *concretamente:* um *nós*[846]. E é assim que conceberá o Direito como *maximum* ético.

Portanto, a consciência jurídica é consciência da juridicidade, concebida como exigência de normatividade, que mostra em sua experiência que o Direito, enquanto ordenação da vida, não se cria apenas com a razão, tampouco, apenas com a espontaneidade da vida: "a experiência da consciência jurídica se forma na articulação da razão e da vida, portanto, de uma experiência ordenada pela razão segundo um *telos*: a liberdade do homem na sociedade"[847].

Nessa ordem, SALGADO também reconhece papel fundamental à educação no processo de realização do homem e de formação da consciência, destacando que: educar-se é formar-se e, não, transformar-se. Isso porque, enquanto transformar-se pertence ao mundo da natureza, formar-se está ligado ao mundo do Espírito, interior e livre. "Formar-se é, assim, efetivar a liberdade", logo, é formar-se dentro de si mesmo: é cultural.

Como quer SALGADO, o tornar-se homem é um formar-se dentro de si, em uma continuidade da identidade. Não é tornar-se outro, mas sim tornar-se algo que já está nele mesmo[848]. Nesse contexto, tocam-se também consciência jurídica e educação, esta como ponto viabilizador e essencial daquela, no movimento de:

> revelação da ideia de justiça, que se realiza na processualidade histórica e que culmina na consciência, declaração e efetização dos direitos fundamentais que são valores *jurisdicizados* pela consciência da sua tributividade, universalidade e exigibilidade, [que] é desenvolvido na cultura ocidental pela sua experiência da consciência ética, cujo momento de chegada é a consciência jurídica. Portanto, o processo de

---

[846] SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, pp. 35-36: "Somente a consciência jurídica capta o universal imanente, porque consciência de um nós (que é um eu), cuja objetividade é o seu *ethos*. A consciência jurídica envolve toda objetividade do *ethos*, já universalizada na lei, e a subjetividade da consciência moral universalizada na consciência de um nós, que também é um eu, cujo conteúdo é a universalidade objetiva do *ethos*".

[847] SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, p. 41.

[848] SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, p. 21: "*a invenção da educação está, pois, ligada à inconformidade do homem de ser como é, e à necessidade de ser como entende que deve ser, através de um projeto de formação, vale dizer, à estrutura eleutérica do seu ser, cuja epifania se dá no drama da história, e se efetiva no sujeito universal de direitos pela experiência da consciência jurídica*" (grifos original).

> reconhecimento, de declaração e de efetivação dos direitos fundamentais considerados o núcleo da ordem justa se realiza segundo uma estrutura transcendental da consciência e segundo a sua experiência na elaboração dos valores da cultura ocidental. Trata-se da experiência da consciência jurídica, que se projeta na história do Ocidente como um processo de formação do homem livre, cujo veículo é a educação[849].

Ainda que com gramáticas e perspectivas diferentes, o destaque dado por LIMA VAZ e SALGADO à *educação* e aquilo que aqui pretendemos com pedagogia constitucional, aproximam-se no sentido de formação de uma consciência, por um lado, mas, também, de uma identidade entre os indivíduos e o *ethos* que se pretende perenizado – de forma não estática – na comunidade constitucional, entre o cidadão e a identidade constitucional. Nesse sentido, a realização de uma constituição enquanto projeto (*dever ser*) demanda um mínimo de conhecimento e reconhecimento da comunidade e dos cidadãos.

Será nesse caminho, também, que BROCHADO tratará de *educação jurídica* como elemento necessário para o desenvolvimento da consciência jurídica e do papel formador do Direito, como construção e consolidação do *ethos*. A vida, inclusive a do Direito, extrapola a judicialização. As questões levadas ao poder judiciário, como lembra BROCHADO, citando SALGADO, são apenas o "momento patológico do Direito" quando se procura a "cura" para os desvios no inafastável "hospital do Direito"[850].

O indivíduo, enquanto cidadão – para usar a expressão de LIMA VAZ – é, o *vivificador das declarações de direitos* e, para tanto, tem de reconhecê-las, ao mesmo tempo, como ponto de chegada e de partida da realização de suas necessidades eticamente postuladas. Nesses termos, o Direito exerce papel fundamental na passagem de um nível de "formalismo abstrato e inoperante" dos direitos meramente declarados, para outro, em que se realiza a:

> efetivação concreta nas instituições e práticas socais. Nesse sentido, é inexorável reconhecer ao Direito seu papel formador, "para que possa deixar de ser formal e abstrato, é necessário que o apresentemos como

[849] SALGADO, Joaquim Carlos. *Ideia de justiça no mundo contemporâneo*, *cit.*, p. 26.

[850] BROCHADO FERREIRA, Mariá. Pedagogia jurídica para o cidadão: formação da consciência jurídica a partir de uma compreensão ética do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 48, pp. 159-188, jan./jun. 2006, p. 165

> efetivo, real e necessário e não como paliativo para falhas morais individuais[851].

Nessa linha, conhecer do Direito, através da educação jurídica, é o primeiro passo de um verdadeiro *acesso ao Direito*, nos termos dados por JORGE MIRANDA: "como costuma se dizer, a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento"[852]. Só a partir de então é possível exigi-los, quer frente ao poder público, quer mesmo, frente a particulares, na dinâmica da comunidade, em um processo de reinvindicação e reconhecimento que dá vida ao Direito, que dá vida à constituição. Um processo que se coloca não apenas na luta pelo meu direito, mas inclusive, do "direito do outro, porque *igual a mim*, numa sociedade *consentida* e politizada na forma de *Estado de Democrático de Direito*"[853].

PAULO FERREIRA DA CUNHA, por sua vez, apontará que um tal conhecimento constitucional não se trata de um saber *estatístico* ou *charadístico*, mas de compreender o próprio espírito da Constituição, "saber-se que a Constituição abre para grandes avenidas de sonho, para grandes projectos, para os valores políticos fundamentais"[854]. Relaciona-se, portanto, com a difusão das bases valorativas desse projeto político-cultural, justamente, para a construção de uma comunidade que se paute por eles, nos termos de uma *ética republicana*[855].

Assim, a constituição é símbolo político, é documento jurídico, mas, também, é uma carta pedagógica *ético-política* da comunidade. É um instrumento de formação, de certo modo, no sentido dado por GADAMER, que vincula a formação do homem à

---

[851] BROCHADO FERREIRA, Mariá A. *Consciência moral e consciência jurídica*, *cit.*, pp. 275-276.

[852] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Direitos Fundamentais - Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 317. Esse parece ser, inclusive, a direção do art. 64, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB. Sobre a evolução do Direito a Educação na história constitucional brasileira: HORTA, José Luiz Borges. Perfil e dilema do Direito à Educação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, pp. 215-242, jan./jun. 2010; HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*, *cit.*

[853] BROCHADO FERREIRA, Mariá. Pedagogia jurídica para o cidadão, *op. cit.*, p. 173. Mais a frente: "O passo mais avançado que se pode dar na esfera ético-jurídica é justamente a autonomia dos *sujeitos de direitos* quanto a instâncias de aplicação coerciva do direito, pois compete ao próprio cidadão *reconhecer* o direito do outro; não por medo do aparato estatal, mas por compreensão da legitimidade da reivindicação alheia, ou seja, do *reconhecimento* do outro como *pessoa*, *sujeito de direito*, posição por todos igualmente *compartilhada* (*consentida*) no plano de uma *consciência jurídica*", p. 175.

[854] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Cultura constitucional & revisões constitucionais. *International Studies on Law and Education,* n. 8, pp. 5-16, mai./ago. 2011, p. 9.

[855] FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Constituição & Política*, *cit.*, p. 32.

própria criação da cultura de um povo[856]. É assim, também, que HÄBERLE reconhece os princípios constitucionais como *fins da educação*, compreendo-os menos como uma obrigação jurídica e mais como um mandato educativo, afirmando:

> la *Constitución como ética social* ('pedagogía constitucional'). La Constitución debe ser desentrañada en su significado para los pedagogos y sus tareas, lo cual también beneficia a los juristas. Esta concepción '*pedagógica*' de la Constitución es una consecuencia de la teoría de los intérpretes constitucionales en sentido amplio: una característica de la sociedad abierta y de sus fundamentos de ética social. La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas (y los políticos), sino que en lo esencial es también una 'guía' para los no juristas, los ciudadanos[857].

Por isso mesmo, e nesses termos, trata-se, o projeto constitucional, de um projeto que não se propõe impor pela força, fazendo-se efetivo pelo contínuo reconhecimento de sua legitimidade. Vivo e vivido na própria identidade e identificação da comunidade e dos cidadãos com aqueles e naqueles parâmetros, valores e estruturas, na mesma medida em que a comunidade, como um todo, e o próprio Estado, particularmente, os reconhece em cada e a cada cidadão. É, assim, realidade integrante e integradora da constituição e dos cidadãos.

É, nesse sentido, projeto normativo *contrafactual*, uma vez que se afirma como fundamentado em uma dada identidade, na cultura do constitucionalismo. Cultura esta que, por um lado, quer-se preservada em seus fundamentos últimos de igual dignidade, mas que, enquanto cultura de liberdade, por essência e coerência não se pretende conservada de forma estática. É cultura que se faz viva e reafirmada em sua própria dinâmica de transformação, no mútuo reconhecimento dos cidadãos entre si, do qual decorre o igual valor da livre participação de cada um na formação da identidade constitucional. Como afirma NUNO COELHO, o que nos marca enquanto cultura é o fato de sermos "uma civilização em que as pessoas mantêm o direito de participar da

[856] SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A fundamentação da ciência hermenêutica em Kant.* Belo Horizonte: Decálogo, 2008, p. 42.

[857] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional, cit.*, pp. 190-191.

luta pelo mundo"[858]. Nesses termos é possível afirmar, novamente com HÄBERLE, que a democracia é a consequência organizativa da dignidade da pessoa humana[859].

Ela é face indissociável da identidade e da cultura do constitucionalismo do tempo presente, na forma da Democracia Constitucional, que não se confunde com a mera maioria estatística, sendo comprometida com a *liberdade concreta*. Esta que, em boa medida, é suprassunção das *liberdades individuais* e das *liberdades democráticas* (autonomia), num projeto político-cultural que pretende nortear *uma comunidade de cidadãos comprometidos com um projeto comum de igual dignidade*. Nele *subjazem as ideias de liberdade parametrizada pela igualdade e de igualdade comprometida com a liberdade,* só possíveis a partir de um *sentimento de fraternidade constitucional entre os indivíduos*[860].

De mesmo modo, a função da educação em um Estado Democrático de Direito não está no simples depósito unilateral de conhecimento para a impensada reprodução de padrões, pura e simplesmente. Ela está, inclusive, vinculada à própria percepção crítica da integridade do projeto constitucional, bem como para a participação democrática e para uma postura pluralista. É educação para democracia, para a diferença e para o reconhecimento, enfim, educação para cidadania[861].

Desse modo, a difusão do conhecimento constitucional, não charadístico, não estatístico, mas do sentido, fundamento, lógica e, porque não, do *espírito* da cultura constitucional, revela-se como determinante em, pelo menos, duas dimensões. No

---

[858] COELHO, Nuno M. M. S. Ensaio sobre o sentido grego do político – e o nosso tempo, *op. cit.*

[859] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, *cit.*, pp. 193 e ss.

[860] GARCÍA COSTA, Francisco M.; BENITO MARTÍNEZ, Juan. Educación constitucional y ciudadanía plural. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Zaragoza, v. 24, n. 3, pp. 87-104, 2010: "Las Constituciones representan un proyecto de convivencia que entraña el triunfo de la Libertad frente al Poder, pues suponen la sublimación y la apoteosis del desvelamiento progresivo de la idea de Libertad en la historia y el cumplimiento del eterno motivo humano de que el poder de un hombre sobre otros sea limitado y controlado. Estas ideas, como se deduce fácilmente, necesitan de un grado de desarrollo mental y social que únicamente puede alcanzarse mediante la instrucción y la educación; en suma, la idea misma de Constitución lleva aparejada la necesidad de creer en ella, y ello sólo se puede conseguir mediante su difusión, divulgación y transmisión. Consecuentemente, la Educación constitucional se convierte en el único instrumento para conseguir el éxito del plan constitucional, pues la Constitución no se impone por la fuerza; la Constitución se impone única y exclusivamente mediante una adecuada Educación constitucional".

[861] Caminhando nesse sentido, comentando o art. 205 e o art. 206 da CRFB, mencionando da igualdade educacional, à universalidade do acesso à educação: HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*, *cit.*, pp. 124-129.

cumprimento e realização desse projeto enquanto ordem válida de conhecimento da comunidade, num sentido de *Acesso ao Direito Constitucional*. E, também, de forma não menos importante, na possibilidade de formação, fortalecimento e recondução da identidade da comunidade e de seus cidadãos com esse projeto.

Nesse sentido, trata-se, portanto, da *pedagogia constitucional* como *forma de integração dos indivíduos com e no projeto constitucional* a partir do fortalecimento dos laços de pertença do cidadão, não com amarras étnicas ou religiosas, mas com esse *ethos* pluralista de liberdade e igualdade da identidade do constitucionalismo, de modo mediato, e em torno da leitura particular que lhe é feita por uma dada constituição específica, na formação e perpetuação de uma *identidade constitucional* que se faça viva como *cultura constitucional* a partir de uma *cultura de constituição*. O reforço desse *ethos* – pluralista, inclusivo e democrático – como próprio da comunidade e seus cidadãos é essencial para que a identidade constitucional ganhe vida enquanto cultura constitucional[862].

9.3. CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE CONSTITUIÇÃO E LEALDADE INSTITUCIONAL

Há, ainda, pelo menos uma questão importante quanto a esse elemento vital de que aqui se trata e ele se coloca na própria formulação básica do Estado de Direito e do constitucionalismo: o Direito deve ser limitado.

De um modo geral, quanto à atuação do poder do Estado, a estabilidade e a legitimação da ordem jurídico-política são, especialmente, vinculadas ao fato de que o

[862] A pedagogia constitucional é tarefa da própria comunidade, de modo a possibilitar a própria *comunidade constitucional*. Ela pode ser levada a cabo através de diversos caminhos, através de programas educacionais, ensino formal em escolas nos mais diversos níveis, dentre outros. Aqui nos limitaremos, efetivamente, por apontar a essa tarefa e a seus fundamentos. O desenvolvimento mais detalhado dessas possibilidades demandaria um trabalho autônomo, provavelmente, com uma abordagem desde teorias de educação e da pedagogia, que por uma série de razões são impossíveis a esta tese.

poder se encontre limitado pela ordem jurídica, sendo-lhe coerente, comprometido com suas amarras e que a interprete com integridade.

Nesse sentido, DWORKIN, por exemplo, identifica dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que importa aos legisladores tornar um conjunto de "leis moralmente coerente" e um princípio jurisdicional, que implica que, para a interpretação do Direito, o tanto quanto possível, este seja visto como coerente[863].

Assim, sem falar propriamente em unidade política, mas no *Direito como integridade*, DWORKIN recorre à concepção de autogoverno, relacionando-a ao fato de:

> que muitas de nossas atitudes políticas, reunidas em nosso instinto de responsabilidade coletiva, pressupõem que em certo sentido somos todos autores das decisões políticas tomadas por nossos governantes, ou, pelo menos, que temos boas razões para pensar assim[864].

Se por um lado é essencial que cada cidadão sinta o projeto constitucional enquanto seu, sinta-se sujeito constitucional, integrado na comunidade e identificado com a identidade constitucional, é essencial que a comunidade veja reproduzido isso também, de forma especial, pelos órgãos do Estado, seus titulares e detentores do poder de forma geral. De algum modo, é o que MÜLLER vai chamar de *estrutura de legitimação*.

Essa constatação pode soar como um fato elementar – ou, ao menos, deveria sê-lo – contudo, ela complexifica-se na medida em que a observância dos limites de atuação e de competência das máximas instâncias oficiais de interpretação constitucional são, em última análise, bastante dependentes da observância da *lealdade institucional*.

Uma ordem que propõe vencer a força pela não força, como é o projeto do Estado de Direito, como dito, tem seu equilíbrio viabilizado não por um poder (factual) último, um soberano que se impõe, mas por um arranjo que lhe permite o progressivo caminhar de construção, reconstrução e desconstrução de uma identidade, a partir das amarras do constitucionalismo que, por sua vez, incorporam a dinâmica do reconhecimento do *eu* e do *outro*. Se o soberano do Estado Democrático de Direito não é definido por aquele que decide na exceção, por aquele que tem a palavra final,

---

[863] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, *cit.*, p. 213.

[864] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, *cit.*, 229.

mas, do contrário, é identificado com aquele que *deve ser* o soberano – o povo – a velha questão já lembrada permanece latente, afinal, "por muchos controles que se establezcan nunca pondrá resolverse el problema: *Quis custodiet custodes?*"[865].

As inúmeras e mais sofisticadas barreiras apresentadas pelo Estado de Direito para controlar o poder, maximamente nos procedimentos e processos de decisão, têm por objetivo, justamente, impedir que o poder de fato sobreponha-se ao poder legítimo, isto é, ao poder que opera e justifica suas decisões e ações em referência aos padrões de legitimidade do constitucionalismo[866].

Entretanto, por mais sólidos e reafirmados que sejam esses padrões e procedimentos, "em todo caso de controle de um órgão do Estado por meio de outro, sempre surge a questão: quem controla os controladores? *Quis custodiet ipsos custodes*?"[867]. Especialmente, nos momentos de acentuada disputa institucional e crise constitucional, esses limites e esse balanço tornam-se ainda menos óbvios e ainda mais vulneráveis, de modo que os riscos de *fuga do Direito* e *perversão do Direito*[868] tendem a aflorar de modo particularmente patente e mais corriqueiro.

Ainda que não seja possível dizer de um padrão ou formato único de limitação e organização do poder do Estado de Direito – afinal, essa é uma amarra do

---

[865] HELLER, Herman. *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 329, e segue: "No hay forma ninguna de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones; ninguna división de poderes de derecho constitucional puede impedir que en un conflicto insoluble, por ejemplo entre el gobierno y el parlamento, decida, a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte, realizando así la necesaria unidad del poder del Estado".

[866] COELHO, Nuno M. M. S. Compreensão como arte, *op. cit.*, p. 67: "A interpretação do direito é uma constante revisão do ato fundador (ato Constituinte) que se caracteriza pelo permanente diálogo acerca dos fundamentos da vida ético-político-jurídica. A compreensão da Constituição é a recriação permanente das bases do viver político comum, a partir da retomada dos problemas a que o direito responde, tal como é possível compreendê-los hoje, isto é, tal como fazem sentido tomando a nós mesmos, hoje, como contexto".

[867] NEUMANN, Franz. *O Império do direito*, *cit.*, p. 131.

[868] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito*, *cit.*; RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras de perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 37, pp. 99-108 jan./jun. 2016. Tratando de *deformação do direito*: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*, *cit.*, pp. 53-54. Falando em fraude à Constituição: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo constitucional contra fraudes à Constituição, *op. cit.* Nesse sentido, ainda que em uma âmbito mais restrito ao texto constitucional, MARCELO NEVES fala em desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante em cenários de "constituições nominalistas", afirmando que a "Desconstitucionalização fática apresenta-se, portanto, como forma principal de desjuridicização no processo concretizador": NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática, *op. cit.* p. 324.

constitucionalismo que se apresenta de modo particular em cada uma das várias identidades constitucionais – o mais importante é que na dinâmica da comunidade as regras de decisão estabelecidas pela constituição sejam respeitadas.

E, em última análise, novamente o garante desse respeito é a própria solidez da cultura constitucional na comunidade que tenha difundida uma cultura de constituição. Ela transparece nas autoridades do Estado, marcadamente, como lealdade institucional e, no povo, como consciência e participação ativa e pública, no sentido de sustentar e endossar as decisões que se fazem em respeito aos procedimentos do Estado de Direito, por mais árduas e contrárias a interesses pessoais que elas possam ser, e de contestar aquelas que dele *fogem*. Ou seja, transparece na face do sujeito constitucional de quem se submete à constituição.

É curioso, inclusive, que a chave da lealdade institucional apareça nesses dois sentidos. O primeiro, relacionado à cooperação e lealdade que devem ser observadas entre as instituições do Estado, órgãos de soberania e seus agentes, com o objetivo de contribuírem para fazer eficaz a ordem constitucional[869]. E o segundo – também referido como *legitimidade institucional*, *suporte difuso* ou *suporte institucional* – relativo ao suporte dos cidadãos às decisões institucionais[870]. Esta acepção é particularmente desenvolvida no contexto do cenário norteamericano, especialmente quanto ao suporte às decisões da Suprema Corte, mas, de algum modo, pode ser pensada de forma mais abrangente quanto à atuação do poder estatal como um todo, notadamente, quando relacionado à figura da responsabilidade política difusa.

---

[869] Essa acepção também é tratada, com algumas nuances, por *lealdade constitucional*, *cooperação constitucional* ou *leal colaboração*: VALLE, Jaime. "O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais". *Revista Direito e Política*, Loures, n. 1, pp. 62-72, out./dez. 2012; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, p. 645; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 71 ss. No contexto da lealdade institucional na estrutura jurídico-política da União Europeia: KLAMERT, Markus. *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 28-29.

[870] GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory; SPENCE, Lester. Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v. 47, n. 2, pp. 354–367, abr. 2003; GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory. *Supreme Court Nominations, Legitimacy Theory, and the American Public*: A Dynamic Test of the Theory of Positivity Bias, jul. 2007; CALDEIRA, Gregory; GIBSON, James. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, pp. 635-664, ago.1992; GIBSON, James L. Judicial Institutions. *In*: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCHMAN, Bert A. (eds.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 514-534.

Ambos os sentidos, embora não coincidentes e, mesmo, inconfundíveis, guardam uma importante relação. Quando a normalidade de uma ordem desenvolve-se sem muitos momentos de *guerrilha institucional*, com a observância recorrente do princípio da lealdade institucional, havendo um campo livre de liberdades públicas e de expressão, o poder se movimenta com poucas dúvidas e questionamentos sobre o respeito aos limites de atuação e competência dos órgãos de decisão do Estado, o que gera uma normalidade que tendencialmente fomenta os laços entre os cidadãos e a comunidade e os órgãos de decisão, consequentemente, um maior suporte, espontâneo, às decisões do poder.

A busca por um poder cada vez mais legítimo coloca-se diante da caminhada rumo a práticas que sejam cada vez mais reflexivas do argumento último de legitimação de uma ordem que se propõe como constitucional. Não que este possa ser tratado como um direito natural imutável, mas, pelo menos, como um fundamento do modo de caminhar da cultura constitucional, de desdobramento e desenvolvimento da identidade em uma cultura constitucional que se coloca, a todo tempo, com a crítica e a reflexão a respeito das próprias interpretações dessa premissa e identidade. É nesse sentido que, como mencionado, os laços do constitucionalismo deixam abertas as portas para a reconstrução da identidade constitucional em um formato que possibilita a contínua verificação da legitimidade das normas constitucionais vigentes.

Para que a dimensão do sujeito constitucional referente ao suporte à ordem seja possível em unidade, é necessário que as duas outras dimensões – aquela relacionada à redação de uma constituição e aquela referente à sua interpretação oficial – atuem de forma a reforçar a justificação de legitimidade. Afinal, é sobre essa mesma justificação (e limitação) que se deita a força da validade da ordem e do poder legítimo, por conseguinte, é nela que se fundamenta a competência dos agentes e órgãos do Estado para a interpretação oficial da constituição, em seus limites e autoridade. Portanto, o respeito aos limites e coerência da ordem significam, ao mesmo tempo, seu fortalecimento quanto à sua unidade, integração e integridade.

Isto é, quanto mais alta a discricionariedade e os poderes, e quanto menores forem as fórmulas oficiais de controle de um poder, mais necessária será sua auto-

restrição na atuação e seu ônus argumentativo no momento de decisão. Isso porque é essencial que, particularmente, os poderes do Estado mantenham a coerência com o projeto colocado. Afinal, como dito, é dele que deflui a própria validade de suas competências, sendo, assim, impreterível o respeito a esses limites de atividade para que, em última instância, o *povo* respeite, endosse, implemente e possibilite a eficácia das decisões do Estado, porque as identifica com o próprio concretizar, coerente, da identidade constitucional.

De fato, no balanço de controles desses poderes, o Estado Democrático de Direito aprimorou e consolidou o controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade dos atos do executivo e do parlamento. Contudo, especialmente quanto ao controle do poder do judiciário ele, via de regra, não conta com a legitimidade imediata do voto popular, tendo sua autoridade mais imediatamente calcada nas disposições constitucionais válidas[871]. Para tanto, suas decisões têm de estar, particularmente, atentas à racionalidade da argumentação, à coerência e integridade com a ordem constitucional[872].

Isso não faz dele menos democrático no contexto do arranjo constitucional. Inclusive, há várias respostas sobre a legitimidade e o papel da jurisdição constitucional no arranjo do Estado de Direito. Assim, alguns compreenderão que sua principal função é a de "*garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos*"[873], outros, o verão como efetivador e

---

[871] Existe uma discussão importante sobre a tensão entre a supremacia dos parlamentos ou dos tribunais, que se inicia, especialmente, no contexto anglófono, mas que chega a outros âmbitos de debate, inclusive o brasileiro. Sobre o tema, partindo de JEREMY WALDRON, mas falando de forma interessante e propondo um diálogo entre essas teorias e instituições: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; GONÇALVES, Bernardo Ferreira (eds.). *Democratizing Constitutional Law*: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism. Suíça: Springer, 2016, pp. 147-164.

[872] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O valor constitucional dos "direitos de defesa": jurisdição e Constituição. *In*: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 683-689, p. 689: "A legitimidade de origem, a autoridade, a competência já não são suficientes para justificar atuação dos três poderes, particularmente a judicatura. É imprescindível a legitimidade do exercício para dar razão a seus atos, não só razões jurídicas, mas é necessário justificar-se ante os cidadãos que a jurisdição responde suas objeções e reclamações através de atos objetivos e não arbitrários e caprichosos".

[873] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, *cit.*, p. 128

concretizador das promessas substantivas da ordem[874]. Contudo, o que parece comumente imprescindível para qualquer dessas respostas, é que as decisões do poder judiciário não se apresentem apenas como *volutas*, mas que ele atue de acordo com os limites e previsões estabelecidas. Isto é, que o poder judiciário, por mais competências que tenha, especialmente em um cenário de constituição dirigente e vinculação do legislador, não ultrapasse as próprias barreiras do jurídico.

Nas comunidades jurídico-políticas em que o Estado Democrático de Direito encontra-se mais enraizado, com uma cultura constitucional mais consolidada e viva, o controle das razões de atuação dos tribunais tem sido feito, via de regra, pela opinião pública e, especialmente, pelas universidades, pela produção e discussão acadêmica, enfim, pela atividade do jurista[875].

Nesse sentido, na democracia, há um espaço para pedagogia constitucional e formulação da identidade constitucional em todas as instâncias oficiais de interpretação – administração, parlamento e, especialmente, judiciário[876] – como, também, na esfera pública, especialmente, a partir da academia e da dogmática jurídica que têm como uma de suas importantes funções, apreciar criticamente a coerência, integridade e, em última análise, o exercício legítimo das competências, mais ou menos estritas, da atuação das instâncias oficiais de interpretação. MICHELS já reconhece como contribuição da cultura jurídica, dar unidade, uniformidade e coerência ao sistema jurídico. O mesmo se pode

---

[874] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, *cit.*, pp. 52 e ss.

[875] BOGDANDY, Armin von. The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, pp. 364-400, 2009; SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition, *op. cit.*, p. 197: "However, a country's constitutional culture does not emerge only from its written or unwritten constitution. Hardly less important is the way in which the constitution is dealt with by legislation and administration, judicial decision making and legal scholarship. How legislation and administration deal with the constitution essentially depends upon the sort of supervision to which they are subjected by judicial decision making. How this supervising adjudication in turn deals with the constitution, how strictly or laxly it interprets its provisions, and in what spirit it applies them essentially depends upon how legal scholarship deals with the constitution and with judicial decision making".

[876] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Método, 2012 (eBook), p. 309: "Há, na democracia, um espaço legítimo para que o Tribunal pratique uma espécie de 'pedagogia constitucional', auxiliando a disseminar pela sociedade, por meio da autoridade da sua argumentação, o discurso constitucional voltado para os direitos fundamentais".

dizer quanto à cultura constitucional, especialmente, por ela estar no limiar entre o jurídico e o político.

Como aponta RODRIGUEZ:

> a experiência dos regimes autoritários do século XX mostrou que o controle sobre a ação do juiz e sobre a possibilidade de debater suas decisões é essencial para a sobrevivência de tais regimes, que transformam os organismos jurisdicionais em meras cadeias de transmissão da vontade do poder e enfraquecem o debate dogmático para torna-lo unilateral[877].

Destarte, essa dimensão se agrava no caso da discussão acerca das decisões jurisdicionais, que, a rigor, possuem competência para efetuar o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos dos demais poderes do Estado, mas que, em última instância, não contam com a legitimação direta do voto.

É nessa linha, por exemplo, que TERCIO SAMPAIO FERRAS JÚNIOR trabalha a *função social da dogmática jurídica*[878], e LÊNIO STRECK, ao falar da função da pesquisa em Direito, aponta para sua dimensão essencialmente crítica a respeito da correção das decisões jurisdicionais, referindo-se ao *constrangimento epistemológico* às decisões judiciais pela doutrina[879]. Também é nessa dimensão, ainda que com abordagem bastante diversa, que JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ vai mencionar o papel da dogmática jurídica no "controle do soberano"[880].

---

[877] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.) *Dogmática é conflito*: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 21-31, p. 27.

[878] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, *cit.* Na obra, o autor trata de três tipos diferentes de dogmática e suas consequentes funções sociais: *dogmática analítica* (pp. 218-219), *dogmática hermenêutica* (quando fala da função social da hermenêutica, p. 284) e *dogmática da decisão* (pp. 321-323). Especialmente com essa última aflora a questão da justificação e do fundamento.

[879] STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 194, pp. 07-21, abr./jun. 2012: "O que é 'constrangimento epistemológico'? Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a 'doutrina deve voltar a doutrinar' e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias".

[880] RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.) *Dogmática é conflito*: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 75-87.

O controle do poder não se restringe apenas ao âmbito das esferas institucionais e acaba por influenciar também a própria comunidade que, em estando comprometida com sua identidade constitucional, convive e reage à (in)coerência e (não) integridade das decisões do Estado em relação à sua própria justificação.

Desse modo, as várias discussões possíveis sobre métodos e formas de intepretação jurídica, são, por excelência, o âmbito de controle argumentativo e (por que não) político das decisões jurídicas, particularmente, das decisões em matéria constitucional. Nesse contexto, revelam-se importantes, por um lado, a verificação da relação entre as decisões tomadas e o fundamento da ordem válida/legítima e, de maneira especial, dos limites de competência e dos âmbitos de decisão, especialmente, do poder judiciário.

Com isso não se advoga no sentido de uma visão restritiva da atividade jurisdicional, do *juiz como mera boca da lei*, ou algo que o valha. O próprio movimento de ressubstancialização da constituição, de materialização do Direito, impede perspectiva tão limitativa da atuação jurisdicional. Entretanto, ainda que não sejam absolutamente cristalinos os limites entre a devida atividade do juiz para efetivação de direitos e a judicialização da política (e a politização da justiça!), é o debate público que possibilitará o controle dos excessos, no qual a discussão jurídica acadêmica ocupa papel bastante importante.

Tampouco se quer apontar para a "vinculação" estrita das decisões judiciais à *opinião pública*. O compromisso do jurídico, da decisão jurídica, é, especialmente, com a referência última de validade da qual deflui a própria ordem e suas designações de competência: a constituição. Contudo, a própria constituição jurídica, enquanto texto, deve ser lida de acordo com os contextos, com a cultura constitucional na que ela se desenrola. Para tanto, reafirma-se com ROSENFELD, que as amarras do constitucionalismo, a um só tempo, apontam para a promoção do mútuo reconhecimento entre o *eu* e o *outro*, mas, também, mantém abertas as portas para a reconstrução da identidade constitucional em um formato que possibilita a contínua verificação da legitimidade das normas constitucionais vigentes, enquanto justificadas nessa própria mundividência.

Criar esse ambiente democrático, de modo que todo cidadão sinta-se partícipe desse processo é estabelecer uma cultura constitucional que, de certo modo, importa na própria efetivação de uma constituição. Até porque, se, por um lado, o que dá suporte ao jurídico, à própria eficácia do Direito, é o Político, por outro, o Direito com o Político não se confunde. É essencial que esses limites sejam mais firmemente respeitados, especialmente, no que concerne ao limite do jurídico para que não se abram os portões para a politização da justiça, o que faria dela apenas *voluntas*, não mais *ratio*, perdendo, assim, sua razão de ser.

Ainda que seja grande a distância entre o déficit de representatividade dos órgãos de decisão e uma situação de crise dessa representatividade que leve a uma ruptura com a ordem, à desobediência civil ou, mesmo, a um momento revolucionário, o elidir desses balanços retira em muito as condições de sustentação e efetivação mais adequada de uma ordem constitucional. É nesse sentido que é válido relembrar a advertência de GRIMM: "não há 'oficial de justiça' em matéria constitucional. Isso mostra que não só constitucionalismo, mas também o controle judicial de constitucionalidade depende de bases culturais"[881].

Bases culturais essas que se conformam na figura de um suporte difuso, desde que haja integridade na leitura da identidade constitucional, a partir da difusão de uma cultura de constituição. Bases que sejam capazes de sustentar, inclusive, decisões contramajoritárias e contra interesses particulares, sociais e econômicos, na medida em que se veja nelas o reflexo do fundamento da ordem que, em última análise, é o *reconhecimento do eu e do outro*, normativamente, da premissa da dignidade humana. Portanto, em decisões e arranjos que se justifiquem, em último exame, nesse parâmetro normativo.

A crença na legitimidade da ordem constitucional, bem como, na legitimidade da interpretação que se faz dela pelas instâncias oficiais de interpretação, são parte essencial de sua própria vivência[882]. Nesse sentido, se a princípio a eficácia está mais

[881] GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 01, n. 4, pp. 03-22, out/dez, 2006, p. 10.

[882] POST, Robert. Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, pp. 4-112, 2003, pp. 8-9: "Of course culture comes in a myriad different guises. We

imediatamente vinculada à questão da validade, marco inicial e referencial do direito positivo que lhe prevê o aparelho coercitivo, a relação e imposição do Direito como força legítima, nunca estará totalmente dissociada da dimensão da legitimidade. O reconhecimento da legitimidade da ordem como um todo – inclusive, do uso da força por ela – é que permite a estabilidade mínima para sua existência, bem como, a identificação daquela ordem normativa como projeção e projeto da própria comunidade.

Sem a identidade entre a ordem constitucional e o sujeito constitucional, portanto, sem que seja maximamente reconhecido que o Estado se justifica em referência à premissa do constitucionalismo, por conseguinte, sem que seja difundido um sentimento quanto à legitimidade da ordem, sempre renovada, não se poderá falar em cultura de constituição, tampouco em vontade constitucional, quanto menos em cultura constitucional. E, nesse caso, a força prevista pelo direito positivo tende a deixar de ser Direito, tornando-se, quando muito, arbítrio, falsa legalidade e alienação política[883].

Nesse sentido, é preciso ter-se em conta que, se com BONAVIDES é necessário repolitizar a questão da legitimidade, é inexorável reconhecer que, por consequência, as próprias condições de possibilidade de eficácia da ordem constitucional também são, em última análise, não meramente jurídicas, mas, essencialmente, jurídico-políticas. Assim, a questão da própria eficácia precisa ser analisada sob os olhos de sua politicidade.

Desse modo, novamente nos valendo de HERMANN HELLER:

---

can identify, for example, a specific subset of culture that encompasses extrajudicial beliefs about the substance of the Constitution. I shall call this subset constitutional culture. The boundary between culture and constitutional culture is quite indistinct, because lay persons typically do not frame their beliefs in terms that admit of ready classification. They can fervently believe that the federal government ought to have plenary power, or that abortion is murder, without ever connecting these views to a conclusion about the nature of the Constitution. It is useful to retain the concept of constitutional culture, however, because the legitimacy of constitutional law depends in part upon what extrajudicial actors explicitly believe about the Constitution".

[883] NEUMANN, Franz. The concept of Political Freedom. *In*: NEUMANN, Franz; KICHHEIMER, Otto; SCHEUERMAN, William E. (ed.). *The rule of Law under Siege*. Berkeley: University of California Press, 1996, pp. 195-230.

> En cuanto se pierde la fe en la legitimidad de la existencia del Estado concreto o del Estado como institución, puede estimarse que ha llegado su fin, ya sea para el pueblo del Estado, ya para el correspondiente círculo de cultura, ya incluso para toda la humanidad. En este sentido el Estado vive de su justificación. El problema de la consagración del Estado hay que plantearlo de nuevo, con carácter de necesidad psicológica, para cada generación. Por este motivo, cabalmente, no puede pasarlo por alto una teoría del Estado que tenga carácter científico real. No constituye el único objetivo del problema de la justificación del Estado, como se dice corrientemente, o la cuestión de por qué hay que suportar la coacción estatal sino, en primer lugar, la de por qué hay que ofrecer al Estado los máximos sacrificios personales y patrimoniales: pues el Estado nace y se mantiene, en primer término, por este sacrificio espontáneo y sólo en segundo lugar, por la coacción suportada pasivamente[884].

Nesses termos, reforça-se a tese de que, sendo a constituição a ordem jurídica do Estado e da comunidade, ela tem por principal função ser a unidade cultural, integrante e integradora, dos cidadãos e da comunidade. Desse modo, seu principal objetivo normativo é, especialmente, criar uma *cultura de constituição* que se desdobre na construção, desconstrução e reconstrução de uma identidade que, por sua vez, conduza-se em referência ao reconhecimento do *eu* e do *outro*. Nesses termos, ela se caracteriza como identidade constitucional, democrática, capaz de integrar a todos os cidadãos de modo que estes, identificando maximamente essa identidade e esse projeto enquanto seu, sintam-no como legítimo e, por isso, façam-no vivo e vivido, na participação no jogo democrático, na cobrança por um Estado de Direito e dando eficácia e efetividade às normas constitucionais em conjunto. Esta será, mesmo, a última instância de realização de uma constituição.

[884] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, cit.*, p. 277.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qual o sentido de uma Constituição? Qual o conceito de Constituição? Quais as possibilidades de realização de uma Constituição? Renovam-se essas que são três das questões mais importantes postas pela nossa cultura, na nossa cultura e à nossa cultura jurídico-política.

Não apenas a preocupação por respondê-las, mas, também, a própria preocupação por concebê-las já se coloca de forma paradigmática no Ocidente. Elas se ligam à questão que o acompanha desde sempre, desde a *polis*, mas que toma maior força e amplitude com a modernidade e o Estado de Direito: a preocupação por um poder legítimo.

Essa, possivelmente, é uma preocupação decisiva do próprio Ocidente, mas, certamente, da modernidade, de seu projeto e fórmula política (normativa). É, por definição e por compromisso, a questão colocada pelo Estado de Direito à experiência constitucional, portanto, é o projeto e a ideia base que definem a identidade do constitucionalismo.

Na dimensão constitucional, mais que em qualquer outra, Direito e Política colocam-se em relação constante, a um só tempo, em tensão e em

complementariedade. O poder gera Direito, do mesmo modo que o Direito gera poder. A percepção dessa dinâmica é o elemento crucial da cultura constitucional.

A partir de Weimar ela começa a ser abordada a partir de uma nova perspectiva, quer em razão das características da fase do constitucionalismo que ali iniciava com o Estado Social, quer pelas respostas que começaram a se apresentar naquele contexto. Essa conjuntura fez com que, naquele momento, se estabelecesse uma nova gramática para a abordagem dos temas relacionados à comunidade jurídico-política, a partir da formulação da Teoria da Constituição.

Com seu surgimento, já desde a primeira abordagem kelseniana acerca da Teoria do Estado e do Direito, buscou-se romper com determinada tradição herdada do século XIX, a princípio, não a dispensando, mas almejando levá-la às últimas consequências. Com a Escola de Viena e sua Teoria Normativa do Estado, o que se ambicionou foi tratar da Teoria do Estado como ciência do Espírito, estritamente, e sob esse argumento pretendeu-se isola-la, de forma pura, de quaisquer dimensões que pudessem ser compreendidas como estranhas a esse domínio, nos termos kelsenianos. Portanto, a crítica de HANS KELSEN ao *Gesetzespositivismus* de CARL FRIEDRICH VON GERBER e GEORG JELLINEK não se direcionava à proposta e à postura de se isolar o Estado, tratando-o como questão meramente normativa, mas à pouca *radicalidade* e *comprometimento* de suas formulações com essa compreensão epistemológica. Assim sendo, o que propunha KELSEN, ao fim, era refutar as demais dimensões do Estado, abordando-o *puramente* como norma. Com isso, ele elaborou uma Teoria do Direito sem Estado e, assim, uma constituição apenas desde sua dimensão jurídica.

Com essa abordagem e firme empenho metodológico, KELSEN acabou por instigar uma série de respostas a sua formulação. Dessa postura crítica dá-se o passo inicial para a formação da Teoria da Constituição como disciplina, que vai progressivamente se delineando e se construindo no curso dos anos 1920 e início dos anos 1930, naquela Alemanha de Weimar. Uns dirão que foi um momento de *luta pelo método*, outros entenderão o período weimariano como um verdadeiro momento de crise da ciência e da Teoria do Direito.

Ninguém incorporou melhor essa figura da crise que o principal antagonista de KELSEN: CARL SCHMITT. Se o vienense levou ao extremo a tentativa de compreender a experiência jurídico-política da comunidade apenas desde seu viés jurídico, construindo uma Teoria *puramente* Normativa do Estado, SCHMITT fez o inverso. Partindo da exceção e, especialmente, da decisão, formulou uma Teoria do Estado sem Direito. Da experiência jurídico-política da comunidade, extremou a face política, no que, por vezes, chega-se a se chamar *Law as Politics*, no cenário anglófono.

A unilateralidade dessas respostas, dando ênfase, quase que exclusiva, uma ao jurídico, outra ao político, acaba por colocá-las em referência a algum positivismo. Em resposta a elas, dá-se uma série de formulações que tentam tratar da experiência da comunidade jurídico-política, do Estado e, cada vez mais, de sua constituição, a partir da relação, necessária, entre as dimensões jurídica e política. Essas construções, em razão de sua forma de abordagem, muitas vezes são identificadas como perspectivas *dialéticas*, sendo representadas, em especial, por dois pensadores do período weimariano: RUDOLF SMEND e HERMANN HELLER.

SMEND centra suas atenções no processo de integração da comunidade no Estado e vê a própria constituição como ordenação jurídica da dinâmica vital na qual se desenvolve sua vida. Ela é a cristalização legal-normativa de determinados aspectos desse processo de integração que tem como finalidade a perpétua reimplantação da realidade total do Estado. Assim sendo, como ponto de referência dessa realidade, o autor coloca a constituição no lugar da tradicional *Allgemeine Staatslehre*. Com isso, pretende uma Teoria material do Estado, por um lado, e, por outro, coloca em diálogo o jurídico e o político, o que se coloca como um passo fundamental para compreender a questão constitucional desde a perspectiva da cultura constitucional.

HELLER, por sua vez, reformula a própria concepção de uma *Teoria Geral do Estado*, apontando para a necessidade de direcionar-se a lupa de análise sobre a realidade social e sua transformação, isto é, para uma, *não mais geral*, Teoria do Estado. Percebe, justamente, que o poder gera Direito e, que, ao mesmo tempo, o Direito gera poder. Nesses termos, afirma que o Estado vive, ele mesmo, de sua justificação e depende de alguma homogeneidade mínima para seu desenvolvimento político, sem

nunca abrir mão do pluralismo, pois a própria disputa democrática a respeito das questões da comunidade é essencial para o Estado de Direito em sua vida dinâmica.

O que se coloca como marcante nessas concepções dialéticas é a compreensão de que mesmo o conflito e o embate político democrático são próprios e necessários à ordem constitucional, à construção e ao caminhar da cultura constitucional. Assim, elas ligam-se, cada uma a sua maneira, ao pluralismo, por um lado, e à vinculação dessas discussões com uma base mínima comum, por outro. É nesses termos que a identidade do constitucionalismo se desenvolve como uma cultura que pretende ter dinâmicas, políticas e formas jurídico-políticas que se desenrolem sempre em uma justificação que lhes faça e afirme legítimas e, porque constantemente renovadas em sua legitimidade, válidas.

Nesses termos, a constituição coloca-se como uma unidade cultural, integrante e integradora, da comunidade jurídico-política e seus cidadãos. É em torno dela que se articula e se desenvolve o caminhar de uma cultura, constitucional porque pluralista e democrática. Ela é fruto da reinvenção das identidades particulares de uma comunidade em reafirmação e nova leitura da própria identidade do constitucionalismo, que define normativamente os parâmetros mínimos para o conceito de constituição.

Esse desdobrar coloca-se em pelo menos três dimensões. Uma primeira relacionada a essa base mínima comum e legitimadora, e portanto à própria concepção de humano típica do Ocidente. Essa exige uma comunidade na qual todos os indivíduos sejam considerados em sua igual liberdade e, por conseguinte, dinâmicas e formas jurídico-políticas próprias (*a cultura do constitucionalismo*).

Uma segunda relacionada à leitura que cada comunidade faz dessa identidade mais ampla. Ela se dá a partir da interpretação inicial que se realiza na sua articulação com as demais identidades locais, a partir do marco inicial de uma decisão soberana do poder constituinte, criando uma nova ordem de validade, uma nova legalidade. Esta segue se desenvolvendo e renovando cotidianamente, fazendo-se *cultura constitucional* na própria reafirmação de seu fundamento (identidade constitucional).

E, ainda, uma terceira, relacionada ao compromisso que é renovado, quer com essas amarras mais amplas do constitucionalismo, quer com o projeto específico de uma

identidade constitucional. Trata-se de um empenho de fazê-la viva e vivida, logo efetiva. Por um lado, isso é feito com sua própria dinâmica de renovação, formação e transformação e, por outro, na efetivação das previsões normativas típicas da constituição que visam transformar as conformações sociais e estruturais da sociedade (*cultura de constituição*).

Em sendo o Estado de Direito a experiência jurídico-política que se pretende válida e eficaz, não pela força que simplesmente se/o impõe, mas pelo argumento último que o justifica, parece inafastável reconhecer que as dimensões da legitimidade, validade e eficácia de uma constituição se tocam.

Uma constituição se coloca como válida na medida em que é capaz de combinar a força institucionalizadora da ordem jurídica coercitiva com o fundamento legitimador dessa ordem de liberdade. A esse passo, é necessário que ela se renove como legítima no próprio caminhar de sua cultura jurídico-política, identificando-se, normativamente, *como* uma cultura constitucional.

Esse desenrolar articula-se em relação a duas identidades que não se excluem. A mais ampla do constitucionalismo, representativa de uma cultura de igual liberdade de todos os indivíduos – identidade que se coloca como definidora do conceito de constituição – e a mais específica da comunidade que, a partir dos vínculos do constitucionalismo, constrói-se na negação, incorporação e identificação com as demais particularidades e identidades da cultura local.

Nesses termos, recolocar a questão da legitimidade em parâmetros específicos e não necessariamente universais – ainda que pretensamente universais e universalistas – aproxima a questão da própria remodelação desses parâmetros identitários no seu viver. Significa, como quer PAULO BONAVIDES, repolitizar a própria questão da legitimidade, tirando-a do *locus* externo e inacessível, recolocando-a em posição política, em disputa na própria comunidade. É colocá-la mais uma vez, e sempre, na própria dinâmica de (re)afirmação da identidade política de uma comunidade enquanto identidade constitucional.

Por um lado, o próprio construir de uma identidade constitucional particular é parte importante de uma cultura constitucional, desde o marco inicial e simbólico da

constituição, no seu momento fundador, até a interpretação que os órgãos oficiais do Estado e toda a comunidade dela fazem no dia a dia. É isso que lhe dá vida e lhe faz vivida. Por outro, o implementar das demandas normativas, das decisões e ações do poder, na e pela comunidade, também demandam uma força vital.

Isto é, se a construção de uma identidade constitucional, em referência à identidade e aos laços mais amplas do constitucionalismo são parte importante para a construção de uma cultura pluralista de reconhecimento do *eu* e do *outro*, sua implementação na comunidade e ação na sociedade também demandam um compromisso mais específico dos cidadãos e do poder com essa identidade mais imediata.

Portanto, a cultura constitucional demanda duas formas de vínculo vital que, de todo modo, intersectam-se: um compromisso com a mais ampla identidade pluralista do constitucionalismo, legitimadora de uma ordem enquanto constitucional, portanto, em alguma medida, o compromisso do poder com a própria comunidade a que ele se liga, com sua justificação; mas, também, a própria eficácia da ordem constitucional, identificada com sua força para transformar a dinâmica e *status* social, depende de um outro laço a ser criado e reforçado, relacionado a um comprometimento com a ordem constitucional (válida) mais próxima e imediata em si.

Dito de outra forma, a eficácia de uma constituição depende de uma *cultura de constituição*, isto é, de uma força que se desenvolva na medida em que ela é sentida como legítima, sendo capaz de gerar o impulso de protegê-la patrioticamente contra forças "anticonstitucionais" e de suscitar *vontade de constituição* em todos os integrantes da comunidade, construída na amiúde integração de todos os cidadãos na identidade constitucional.

Para tanto, é necessário que se reafirme na própria comunidade essa identidade, que se reforce a identificação dos cidadãos com esse projeto de comunidade, de sociedade e, mesmo, em alguma medida, com esse projeto de humano.

O que aqui se trata por *cultura de constituição* coloca-se em referência a cada identidade constitucional própria, seja ela a brasileira, a alemã ou a estadunidense, que têm como símbolo sua respectiva constituição. Em cada uma delas, a própria

legitimidade da ordem, o próprio sentimento constitucional, dependerá das culturas e identidades específicas que se articulam com a identidade mais abrangente do constitucionalismo. As fórmulas de proteção da liberdade de expressão, de redução das desigualdades, de promoção do pluralismo, apresentam-se de modo particular em cada identidade. O importante, no entanto, é que todas elas sigam como projeto, que sigam na busca sempre incessante e inacabada de se criar uma sociedade mais justa, igualitária, que cada vez mais se mostre comprometida com o reconhecimento do *eu* e do *outro* e, por conseguinte, com igual liberdade de cada um.

É sobre esse projeto, da legitimidade dessa identidade como própria da comunidade e da busca por sua implementação, que se assenta a própria legitimidade/validade do poder no Estado de Direito. Trata-se, portanto, de uma relação que se retroalimenta na dinâmica de uma cultura constitucional.

Há, pelo menos, duas questões interessantes relacionadas à dinâmica que se apresentou, mas que não serão aprofundadas e ficarão em aberto para reflexões futuros.

A primeira se relaciona ao crescimento e fortalecimento da disciplina do Direito Constitucional Comparado, que apesar de ter origens mais remotas, já de anos vem ganhando muita força, quer na Europa, quer nos EUA e, inclusive, de forma bastante importante, no diálogo que se tem proposto entre essas duas (e, mesmo, mais de duas) identidades constitucionais. É curioso o fato de, por um lado, o conceito mais preciso de constituição, hoje ser relacionado às experiências específicas de cada comunidade jurídico-política, de cada identidade constitucional, havendo quem fale, inclusive, de muitos constitucionalismos, e, por outro, ser cada vez mais importantes para a própria cultura do constitucionalismo as relações entre as diversas ordens constitucionais. Esse tema se relaciona ao interconstitucionalismo, ao transconstitucionalismo, ao *constitutional borrowing* e à construção de uma *gramática constitucionalista* comum.

A outra diz respeito à própria identidade constitucional brasileira, que se constrói no complexo contexto de um país que convive com as questões do subdesenvolvimento, de modernidade periférica, ibero-americana, em que a história jurídico-política raramente apresenta longos períodos de continuidade sem ruptura institucional. Esse é um tema que, pela sua complexidade e atualidade, merece atenção especial e uma

pesquisa específica. O que pode ser dito é que, embora seja inevitável compreender a pertença da cultura brasileira ao campo mais amplo da cultura ocidental, com sua premissa de humano e seu projeto moderno, há, ainda, muito que se atentar às particularidades sociais, culturais, econômicas e, mesmo, jurídico-políticas de nossa história. Por exemplo, temos uma identidade constitucional em que se vê, de forma até paradoxal, a articulação de um sistema jurídico de matriz romano-germânica, com um sistema de governo presidencialista; ou um modelo de fontes do direito que se baseia na primazia da lei e um formato de jurisdição constitucional que se organiza com um órgão de cúpula.

Além disso, é de se ter em conta que nossa cultura política é fortemente estatalista, em semelhança ao que afirma BERNHARD SCHLINK sobre a identidade constitucional alemã, isto é, a identidade constitucional brasileira não se liga a traços étnicos, nem mesmo a fortes traços nacionalistas, sendo mais vinculada à própria concepção de Estado brasileiro, desde a formação da unidade nacional no Império, especialmente, com Dom Pedro II. Apesar disso, segue em aberto a importante temática acerca de uma Teoria do Estado brasileiro, que se alia ao fato de tratar-se de uma identidade que, apesar de todas as incertezas, se articula, hoje, a partir de uma Constituição bastante analítica, vinculadora dos poderes executivo e legislativo, em que se vê uma crescente e preocupante hipertrofia do judiciário. Mais que tudo, é uma identidade que se coloca sobre uma sociedade muito desigual, que exige, inclusive normativamente na Constituição, que o próprio Estado deva trabalhar para reduzir essas desigualdades. É uma sociedade em que boa parte do *povo* tem pouco acesso à instrução e que, na prática, por muitas vezes nem mesmo se reconhece, a si mesmo, como sujeito de direitos, ou, pelo menos, não tem como pleiteá-los e exigi-los jurídica e politicamente. De todo modo, esse é um tema interessantíssimo, que precisa ser abordado mais a fundo, em pesquisas futuras.

Aqui se defendeu que uma constituição consiste em uma unidade cultural, integrante e integradora da comunidade e dos cidadãos. Dessa dinâmica, depende a própria legitimidade da ordem, na medida em que pretenda fazer-se viva como um projeto de coletividade que encontra e faz sua legitimidade no próprio construir de sua

identidade, a partir da articulação entre constitucionalismo e a cultura a partir da qual ele se coloca. De mesma forma, é vivida, é eficaz, em virtude da própria capacidade que tenha de fazer essa identidade reconhecida como ordem normativa necessária pela própria comunidade.

O Estado de Direito, mais que uma estrutura sólida e estática, mais que um corpo monolítico que se impõe pela força, é um projeto. Para parafrasear ALAIN SUPIOT, *é uma frágil conquista de um sentido cuja crença é compartilhada por cada um daqueles que nela acredita*, uma bela e difícil construção cultural, que, para seguir viva, tem de ser vivida através de um conjunto de vontades de todos esses que comungam dessa mundivisão. Nesse contexto, a Constituição é um símbolo de uma identidade que se constrói, desconstrói e reconstrói na e pela comunidade jurídico-política e que tem como principal ambição normativa ser vivida e tornarda viva pela própria comunidade, pela identidade renovada entre cada cidadão e essa ordem, em uma *cultura constitucional*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce, The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797.

ACKERMAN, Bruce. *We the people*: transformations. Cambridge: Belknap Press, 2000.

ADVERSE, Helton. Decisionismo. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al.* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pp. 77-84.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez. 2012. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v105p225/187

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A revisão da constituição francesa de 1958.a permanente procura de uma constituição modelar. *Cuestiones Constitucionales*, Cidade do México, n. 3, pp. 121-165, jul./dez. 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O valor constitucional dos "direitos de defesa": jurisdição e Constituição. *In*: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 683-689.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, a. 15, n. 58, pp. 27-54, abr./jun. 1978, p. 29.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 23, n. 91, pp. 5-62, jul./set. 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. *In*: BARACHO, José Alfredo; HORTA, José Luiz Borges (org.). *Direito e Política*: ensaios selecionados. Florianópolis: Conpedi, 2015, pp. 72-207.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO DE MENEZES, Tobias. "Idéia do Direito" — Discurso proferido em colação de grau na Faculdade de Recife. SOUSA, Carlos Aurélio Mota de (org.). *Antologia de famosos discursos brasileiros*. São Paulo: Logos, 1957, pp. 88-96.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques Lima, BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição e* Democracia: estudos em Homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 435-447.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *(Syn)Thesis* Rio de Janeiro, v. 5, n. p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 02, n. 01, Rio de Janeiro, pp. 1-48, 2006. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/11641/9106

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAVARESCO, Agemir; KONZEN, Paulo Roberto. Cenários da liberdade de imprensa e opinião pública em Hegel. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 50, n.119, pp. 63-92, 2009.

BECK, Earl R. *The Death of the Prussian Republic*: A Study of Reich-Prussian Relations, 1932-1934. Tallahassee: The Florida State University, 1959.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, pp. 149-162, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional,* São Paulo, n. 1, pp. 195-206, jan./jun. 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente*: atualidade de Weimar. *Rio de Janeiro*: Azougue Editoral, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *In*: XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI,

2006, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/043.pdf

BERCOVICI, Gilberto. Entre institucionalismo e decisionismo. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 62, pp. 191-193, dez./mar. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Intervenção. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 77-79.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, pp. 305-325, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERKMANA, Tomas, Schmitt v. (?) Kelsen: The Total State of Exception Posited for the Total Regulation of Life. *Baltic Journal of Law & Politics*, v. 3, n. 2, pp. 98-118, 2010. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1776453

BESTER, Gisela Maria. A concepção de Constituição de Hermann Heller – integração normativa e sociológica – e sua possível contribuição à Teoria da Interpretação Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 36, p. 231-50, 1999.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion*, Belo Horizonte, 2008, vol. 49, n.118, pp. 401-415.

BLOCH, Ernst. Upright Carriage, Concrete Utopia. *In*: BLOCH, Ernst. *On Marx*. Tradução John Maxwell. Nova York: Herder and Herder, 1971, pp. 159-173.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. Bauru: Edipro, 2005.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política*: a Filosofia Política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. El poder constituyente del pueblo. Un concepto limíte del derecho constitucional. *In*: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 159-180.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *State, Society and Liberty*. Tradução J. A. Underwood. Oxford: Berg Publishers, 1991.

BOGDANDY, Armin von. The European Constitution and the European Identity: text and subtext of the treaty establishing a Constitution for Europe. *I-CON*, Oxford/Nova York, v. 3, n. 2 & 3 (edição especial), mai. 2005, pp. 295-315.

BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *In*: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta:* temas políticos e constitucionais da atualidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 33-51.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*: derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOSTAPH, Samuel. Methodenstreit. *In*: KALDIS, Byron (ed.). *Encyclopedia of Philosophy and Social Science*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2013, pp. 603-605.

BROCHADO FERREIRA, Mariá A. *Consciência moral e consciência jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BROCHADO FERREIRA, Mariá. Paideia jurídica: pressupostos e caracterização. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 159-190, jul./dez. 2010. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/121/117

BROCHADO FERREIRA, Mariá. Pedagogia jurídica para o cidadão: formação da consciência jurídica a partir de uma compreensão ética do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 48, pp. 159-188, jan./jun. 2006.

BROOK, Thom. Between Natural Law and Legal Positivism. *Georgia State University Law Review*, Atlanta, n. 23, n.3, pp. 513-560, 2007.

BRUGGER, Winfried. Commuinitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution. *I-CON*, Oxford/Nova York, v. 2, n. 3, jul. 2004, pp. 431-460.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Comment on Petroski—On MacCormick's Post-Positivism. *German Law Journal*, v. 12, n 02, pp. 693-728, 2011. Disponível em: http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1339

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun. 2013. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/P.0034-7191.2013v106p263/219

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Uma defesa do pós-positivismo. *Virtù*, Salvador, n. 2, pp. 1-40, 2008. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/revistas/10132206/defesa_do_pos-positivismo_thomas.pdf

CAENEGEM, Raoul C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAENEGEM, Raoul C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALDEIRA, Gregory; GIBSON, James. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, pp. 635-664, agosto 1992.

CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law*: the theory and practice of Weimar constitutionalism. Durham: Duke University Press, 1997 (eBook)

CALDWELL, Peter. National socialism and constitutional law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter and the debate over de nature of the Nazi State, 1933-1937. Nova York, *Cardozo Law Review*, v. 16, pp. 399-427, 1994.

CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. *Doxa*, Alicante, n. 21, pp. 209-220, 1998. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10389/1/doxa21_11.pdf

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica* e *argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Orlando de. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: *Kriterion*, 1951.

CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*: uma justificativa democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito: por um exercício do *Patriotismo Constitucional*, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 131-154.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo constitucional contra fraudes à Constituição. *Virtú*, Salvador, n. 1, pp. 1-11, mar./mai. 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Validade versus correção: a tese kelseniana da interpretação autêntica. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 2 ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, pp. 133-163.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. A Constituição entre o direito e a política: novas contribuições para a teoria do poder constituinte e o problema da fundação moderna da legitimidade. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, pp. 87-132.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. A justiça e a democracia como hipérbole: o PNDH-3 e o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito entre nós. *Rechtd*, v. 3, n. 1, pp. 95-101, jan./jun. 2011, p. 97.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural*: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHRISTENSEN, Ralph. *In*: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 5 ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 27-37.

CHUERI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, pp. 159-174, jan./jun. 2010.

CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. *Nomos*, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 177-200, jan./jun. 2012.

CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 31, pp. 58-68, jul./dez. 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. *Direito Público*, Porto Alegre, a. 1, n.3, p. 05-23, jan./mar. 2004.

COELHO, Nuno M. M. S. Compreensão como arte: notas "hermenêuticas" sobre Constituição e constitucionalismo. *Prisma Jurídico*, v. 8, n. 1, pp. 53-75, jan./jun., 2009.

COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO, Nuno M. M. S. Ensaio sobre o sentido grego do político – e o nosso tempo. *Revista Crítica do Direito*, v. 53, n. 3, out./nov. 2013. Disponível em: https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-3-volume-53/nuno

COELHO, Nuno M. M. S. Pessoa, igualdade (isogoria) e controvérsia. Notas sobre o sentido da idéia do direito, (co)fundadora da experiência civilizacional ocidental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, a. 23, n. 25, pp. 183-192, jul./dez. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREAS, Oscar. Teoria sociológica del Derecho y Sociologia Jurídica: parte II. *Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 8, pp. 73-108, jan.-jun. 1988, pp. 92-95. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/8/teo/teo6.pdf

COSTA, Piero. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Piero (org.) *O Estado de Direito*: história, teoria e crítica. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 95-198.

COTTERRELL, Roger. Comparative Law and Legal Culture. *In*: ZIMMERMANN, Reinhard; REIMANN, Mathias (eds.). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 709-37.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição*: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Os Pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt – Do Direito ao Político. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de; PEREIRA COUTINHO, Luís Pedro (org.) *Carl Schmitt Revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2014, pp. 121-132.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora da UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos*: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DOMINGUES, Ivan. *O continente e a ilha*: duas vias da filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 2009.

DUBBER, Markus Dirk. *The sense of justice*: empathy in Law and punishment. Nova York: New York University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, pp. 2-11, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luís Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2005.

DYZENHAUS, David. Hermann Heller. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, pp. 249-256.

DYZENHAUS, David. Hermann Heller and the legitimacy of legality. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 16, n. 40, pp. 641-666, 1996.

DYZENHAUS, David. Holmes and Carl Schmitt: An Unlikely Pair. *Brooklyn Law Review*, Nova York, v. 63, pp. 165-188, 1997.

DYZENHAUS, David. Law as justification: Etienne Mureinik's conception of legal culture. *South African Journal On Human Rights*, Johannesburg, n. 14, pp. 11-37, 1998.

DYZENHAUS, David. Legal Theory in the collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *American Political Science* Review, v. 91, n. 1, mar. 1997.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy*: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1997.

EAGLETON, Terry. *A ideia de Cultura*. Tradução Sandra Castello Branco. 2 ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador:* volume 2 - Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro; Zahar, 1993.

ELIAS, Norbert. *Os alemães*: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

EMERSON, Rupert. *State and Sovereignty*. New Haven Yale University Press, 1928.

FERNÁNDEZ GONZALEZ, Miguel Angel. La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 19 n. 3, pp. 461-479, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 6ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Constituição & Política*: poder constituinte, constituição material e cultura constitucional. Lisboa: *Quid Juris*, 2012.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Cultura constitucional & revisões constitucionais. *International Studies on Law and Education,* n. 8, pp. 5-16, maio/agosto 2011. Disponível em: http://www.hottopos.com/isle8/05-16PFC.pdf

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional*. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=pfc

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo*: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2014.

FLETCHER, George P. Constitutional Identity. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 223-232.

GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da tolerância. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 337-346.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GARCÍA COSTA, Francisco M.; BENITO MARTÍNEZ, Juan. Educación constitucional y ciudadanía plural. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Zaragoza, v. 24, n. 3, pp. 87-104, 2010.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tempos de constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madri: Trotta, 2009, pp. 159-186.

GARGANO, Antonio. *Il pensiero politico nella Repubblica di Weimar*. Nápoles: Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2011.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls:* um breve manual de filosofia política. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GEERTZ, Clifford. O crescimento da cultura e a evolução da mente. *In:* GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução Rio de Janeiro: LTC, 2008, pp. pp. 41-61.

GEERTZ, Clifford. O impacto do conceito de cultura sobre o conceito de homem. *In:* GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Tradução Rio de Janeiro: LTC, 2008, pp. pp. 25-39.

GIBSON, James L. Judicial Institutions. *In*: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCHMAN, Bert A. (eds.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 514-534.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory. *Supreme Court Nominations, Legitimacy Theory, and the American Public*: A Dynamic Test of the Theory of Positivity Bias, jul. 2007. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=998283

GIBSON, James; CALDEIRA, Gregory; SPENCE, Lester. Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v. 47, n. 2, pp. 354–367, abr. 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; GONÇALVES, Bernardo Ferreira (ed.). *Democratizing Constitutional Law*: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism. Suíça: Springer, 2016, pp. 147-164.

GONZALEZ CASANOVA, J. A. La idea de Constitución en Karl Loewenstein. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 139, pp. 73-98, jan./fev. 1965.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madri: Trotta, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução Inocêncio Mártires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRIMM, Dieter. Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madri, n. 25, pp. 263-277, jan./jun. 2010.

GRIMM, Dieter. Integration by Constitution. *International Journal of Constitutional Law*, Nova York, v. 3, n. 2-3, pp. 193-208, mai. 2005.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. Tradução Bianca Stamato Fernandes. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, pp. 3–22, out./dez. 2006.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Tradução Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

HÄBERLE, Peter. Constituição – Cultura – Previsões Relativas a Deus. Tradução Ana Paula Barbosa-Fohrmann. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (org.). *Estudos de Direito Público e Filosofia do Direito*: um diálogo entre Brasil e Alemanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 249-262

HÄBERLE, Peter. *Constituição e Cultura*: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução Félix Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional Europeo*. Tradução Francisco Balaguer Callejón. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 2, pp. 87-104, jan. 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intépretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. Tradução Francisco Fernández Senegado e Rafael Rúbio Núñez. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madri, n. 6, pp. 177-198, 2002.

HÄBERLE, Peter. La Constitución «en el contexto». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 7, pp. 223-245, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidade. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.* Tradução Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación Constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, a. 7, n. 13, pp. 379-411, jan./jun. 2010.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008.

HÄBERLE, Peter. Palabras clave para el constitucionalismo de hoy - Una perspectiva alemana. *THĒMIS*, Lima, n. 67, pp. 15-22, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução Emili Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.

HÄBERLE, Peter. Tiempo y cultura constitucional. *Contextos*, Buenos Aires, n. 2, pp. 36-81, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.

HABERMAS, Jürgen A Kind of Settlement of Damages (Apologetic Tendencies). Tradução Jeremy Leaman. *New German Critique*, n. 44, v. especial sobre o Historikerstreit, pp. 25-39, primavera/verão, 1988.

HABERMAS, Jürgen. Cidadania e identidade nacional. *In*: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade, v. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, pp. 279-305.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade de validade I. 2 ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. *In*: TAYLOR, Charles *et al. Multiculturalismo:* examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp. 125-127.

HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement; Some Comments on "Interpretative Pluralism". *Ratio Juris*, Bologna, v. 16 n. 2, pp. 187-194, jun. 2003.

HAYWARD, Clarissa Rile. Democracy's Identity Problem: Is "Constitutional Patriotism" the Answer? *Constellations*, v. 14, n 2, pp. 182-196, abr./jun. 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La constitución de Alemania*. Tradução Dalmacio Negro Pavon. Madri: Aguilar, 1972.

HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? *In*: HELLER, Hermann. *Europa y el Fascismo*. Tradução Francisco J. Conde. Granada: Comares, 2006, pp. 117-135.

HELLER, Hermann. *La Soberania*: contribución a la Teoria del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. Tradução Mario de la Cueva. México: UNAM, 1965.

HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporáneas*. Tradução Manuel Pedroso. Granda: Comares, 2004.

HELLER, Herman. Libertad y forma en la constitución del imperio. *In*: HELLER, Hermann. *El sentido de la política y otros ensayos*. Tradução Maximiliano Hernández Marcos e Encarnación Vela Sánchez. Valencia: Pre-textos, 1996, pp. 61-67.

HELLER, Herman. Metas y límites de una reforma de la constitución alemana. *In*: HELLER, Hermann. *El sentido de la política y otros ensayos*. Tradução Maximiliano Hernández Marcos e Encarnación Vela Sánchez. Valencia: Pre-textos, 1996, pp. 69-74.

HELLER, Hermann. Political Democracy and Social Homogeneity. Tradução David Dyzenhaus. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002 pp. 256-265.

HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur?*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930. Disponível em: http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11127783_00005.html

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Tradução Luís Tobio. México: FCE, 1998.

HENIG, Ruth. *The Weimar Republic* 1919-1933. Londres: Taylor & Francis e-Library, 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y liberalismo. *Doxa*, Alicante, n. 21. fasc. II, pp. 201-218, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. *In*: BENDA, Ernst *et. al. Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio López Pina 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 1-15.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HONNETH, Axel. The limits of liberalism: on the political-ethical discussion concerning communitarianism. *In*: HONNETH, Axel; WRIGHT, Charles W. (ed.). *The fragmented world of the social*: essays in social and political philosophy. Nova York: State University of New York Press, 1995, pp. 231-346.

HORTA, José Luiz Borges *et al*. A era pós-ideologias e suas ameaças à política e ao Estado de Direito. *Confluências*, Niterói, v. 14, n. 2., pp. 120-133, dez. 2012.

HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

HORTA, José Luiz Borges. Hegel e o Estado de Direito. *In*: SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges (coord.). *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 247-264.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2012.

HORTA, José Luiz Borges. La Era de la Justicia Derecho, Estado y límites a la emancipación humana, a partir del contexto brasileño. *Astrolabio*, Barcelona, n. 11, pp. 75-85, 2011.

HORTA, José Luiz Borges. Perfil e dilema do Direito à Educação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, pp. 215-242, jan./jun. 2010.

HORTA, José Luiz Borges. *Ratio juris, ratio potestatis*; breve abordagem da missão e das perspectivas acadêmicas da filosofia do Direito e do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, pp. 121-132, jul./dez. 2006.

HORTA, José Luiz Borges. Teoria da Constituição: contornos epistemológicos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 6, pp. 346-357, jul./dez. 2005.

HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, a. 58, n. 233, pp. 248-279, jul./dez. 2009.

HORTA, Raúl Machado. Permanência e mudanças na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 115, pp. 5-26, jul./set. 1992.

INGRAM, Attracta. Constitutional patriotism. *Philosophy & Social Criticism*, v. 22, n. 6, pp. 1-18, nov. 1996.

JABLONER, Clemens. Hans Kelsen. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, pp. 67-76.

JACOBSOHN, Gary Jeffrey. Constitutional identity. *The Review of Politics*, Notre Dame, v. 68, n. 3, pp. 361-397, 2006.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar:* a jurisprudence of crisis. Tradução Berlinda Cooper. Berkley: University of California Press, 2002.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional crisis the German and the American Experience. *In*: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar:* a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, pp. 1-39.

JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt*. Tradução E. B. Ashton. 2 ed. Nova York: Fordham University Press, 2000.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução Fernado de los Rios. México: FCE, 2000.

JEAMMAUD, Antoine. En torno al problema de la efectividad del derecho. *Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 1, pp. 5-15, 1984. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/1/teo/teo1.pdf

JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Tradução Abel D'Azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a. – Editores, Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000048.pdf

KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Tradução Sérgio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson, 2005.

KAHN, Paul W. *The cultural study of Law*: reconstructing legal scholarship. Chicago: University of Chicago Press, 1999

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução António Ulisses Cortês. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KLAMERT, Markus. *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *O Estado como integração*: um confronto de princípios. Tradução Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 237-298.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEIN, Claus. *Weimar.* Tradução Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.

KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic.* Tradução P. S. Falla and R. J. Park. 2 ed. Londres: Routledge Taylor and Francis Goup, 2004.

KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, pp. 207-213.

KORIOTH, Stephan. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002 pp. 41-50.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009.

LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007.

LA TORRE, Massimo. *La crisi del novecento*: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Wiemar. Bari: Dedalo, 2006.

LA TORRE, Massimo. *Law as institution*. Dordrecht: Springer, 2010.

LABAND, Paulo. *Le droit public de l'Empire allemand*. Tomo I. Tradução C. Gandilhon. Paris: V. Girard & E. Brière, 1900. Disponível em: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5837819s.r=Laband%2C+Paul.langPT

LABAND, Paul. *Le droit public de l'Empire allemand*. Tomo II. Tradução C. Gandilhon. Paris: V. Girard & E. Brière, 1901. Disponível em: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5758768j.r=Laband%2C+Paul.langPT

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?*. Tradução W. Roces. Madri: Cenit, 1931. Disponível em: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2284.

LEAMAN, Jeremy. The decontamination of German history: Jürgen Habermas and the 'Historikerstreit' in West Germany. *Economy and Society*, v. 17, n. 4, pp. 518-520, 1998.

LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Historia Constitucional*, Madri, n. 9, pp. 259-295, 2008. Disponível em: http://hc.rediris.es/09/index.html

LEVI, Lucio. Legitimidade. *In*: BOBBIO, Norberto *et al*. *Dicionário de Política*: v. 2. Tradução João Ferreira *et al*. 13 ed. Brasília: Editora UnB, 2010, pp. 675-679.

LIMA VAZ, Henrique. *Antropologia filosófica I*. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1998.

LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia II*: ética e cultura. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

LIMA VAZ, Henrique. *Escritos de Filosofia V*: introdução à ética filosófica 2. São Paulo: Loyola, 2000.

LIMA VAZ, Henrique. Ética e justiça: filosofar do agir humano. *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 23, n. 75, pp. 437-453, 1996.

LINDHAL, Hans. Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. *In:* LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). *Pradox of constitutionalism*: constituent power and constitutional form. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 9-24.

LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I. *The American Political Science Review*. v. 29, n. 4, pp. 571-593, ago. 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, II. *The American Political Science Review*. v. 29, n. 5, pp. 755-784, out. 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 38, n. 5, pp. 725-774, mai. 1938.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, Washington, v. 31, n. 3, pp. 417-432, jun. 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, Washington, v. 31, n. 4, pp. 638-658, ago. 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governamental process*. 2 ed. Chicago: Chicago University Press, 1965.

LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age *In*: ZURCHER, Arnold J. *Constitutions and Constitutional Trends Since World War II*: an examination of significant aspects of postwar public law with

particular reference to the new constitutions of Western Europe. 2 ed. Nova York: New York University Press, 1955, pp. 191-224.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, pp. 218–237, 2014.

LOUREIRO, Isabel. *A revolução alemão [1918-1923]*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*: elementos para uma análise marxista. 7 ed. São Paulo, 1991.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Carl Schmitt, interprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Madri, n. 64, pp. 25-92, abr./jun. 1989.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional* (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madri: Reus, 1985.

LUCAS VERDÚ, Pablo. La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre «la estructura de la civilización». *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 66, pp. 7-65, out./dez. 1989.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*: la teoría constitucional de Rudolf Smend. Madri: Tecnos, 1987.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Lugar de la teoria de la constitución en el marco del derecho político. *Revista de Estudios Políticos,* Madri, vol. 188, pp. 5-20, mar./abr. 1973.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, n. 83, jan./mar. 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid, Dykinson, 1998.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, pp. 119-144, 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*: um estudo de teoria moral. Tradução Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e Poder Constituinte. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp.115-128.

MAIA, Paulo Sávio Nogueira Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no 'primeiro' Kelsen. *Sequência* (UFSC), Florianópolis, v. 60, p. 195-224, 2010.

MATA MACHADO, Edgar da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1995.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça*: na obra de Hans Kelsen. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência*, Florianópolis, n. 67, p. 111-137, dez. 2013.

MATOS, Manuel João. *Rousseau e a lógica democrática*. Lisboa, Edições Colibri, 2008.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. 'Cultural is Political'. Libertad y reconocimiento culturales. *In*: *Actas de las Jornadas de Filosofía sobre la Libertad*. Disponível em: http://www.ub.edu/filosofia-estetica-cultura/sobrelalibertad/goncalmayos.html

MAYOS SOLSONA, Gonçal. *G. W. F. Hegel. Vida, pensamento e obra.* Tradução Catarina Mourão. Barcelona: Planeta De Agostini, 2008.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. *Macrofilosofia de la modernidad.* Barcelona: dLibros, 2012.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. Prologo - Cultura, Historia y Estado: pensadores en clave macrofilosófica. *In*: MAYOS SOLSONA, Gonçal; COELHO, Saulo Pinto; GARCÍA COLLADO, Francis (eds.). *Cultura, historia y Estado*: pensadores en clave macrofilosófica. Barcelona: La Busca, 2013, pp. 7-24.

MAZZONE, Jason. The creation of a constitutional culture. *Tulsa Law Review*, n. 40, n. 4, pp. 671-698, 2004.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism*: Ancient and Modern. 2 ed. Ithaca: Cornwell University Press, 1947.

MEZEY, Naomi. Law as culture. *The Yale Journal of Law & the Humanities*, New Haven, v. 13, p.35-67, 2001. Disponível em: http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1310&context=facpub

MICHELS, Ralf. *Legal Culture*. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3012&context=faculty_scholarship

MICHELMAN, Frank I. Morality, Identity and 'Constitutional Patriotism'. *Ratio Juris*, v. 14, n. 3, pp. 2533-271, set. 2001.

MIRANDA, Jorge. Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, pp. 61-84, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Direitos Fundamentais - Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *O Direito*, Lisboa, a. 138, n. VI, 2006. Disponível em: http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONEREO PÉREZ, José Luiz. *La defense del Estado Social de Derecho*: la teoría política de Hermann Heller. Barcelona: El Viejo Topo, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. Decisão, Decisores e Decisionismo. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de; PEREIRA COUTINHO, Luís Pedro (org.)Carl Schmitt Revisitado. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2014, pp. 28-39.

MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 8, pp. 15-54, jul./dez. 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 5 ed. São Paulo: RT, 2010.

MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

MÜLLER, Jan-Werner; SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional patriotism: an introduction. *International Journal Constitutional Law*, v. 6, n. 1, pp. 67-71, jan./mar. 2008.

MÜLLER, Jan-Werner. Militant Democracy. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1253-1269.

MÜLLER, Jan-Werner. Seven ways to misunderstand constitutional patriotism. *Notize di POLITEIA*, v. 25, n. 96, pp. 20-24, 2009.

MUREINIK, Etienne. A bridge to where? Introducing the interim Bill of Righs. *South African Journal On Human Rights*, Johannesburg, n. 10, pp. 31-48, 1994.

MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union*: conceptions of German Constitutional Law since 1871. Oxford: Oxford Press University, 2013 (eBook).

NEUMANN, Franz. *Behemoth*: the structure and practice of National Socialism, 1933-1944. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.

NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução Rórion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEUMANN, Franz. The concept of Political Freedom. *In*: NEUMANN, Franz; KICHHEIMER, Otto; SCHEUERMAN, William E. (ed.). *The rule of Law under Siege*. Berkeley: University of California Press, 1996, pp. 195-230.

NEUMANN, Franz L. The decay of German democracy. *In*: NEUMANN, Franz L.; KIRCHHIMER, Otto; SCHEURMAN, William E. (ed.). *The Rule of Law under siege*. University of California Press: Berkeley, 1996, pp. 29-43.

NEUMANN, Volker. Carl Schmitt. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar*: a jurisprudence of crisis. Berkley: University of California Press, 2002, pp. 280-290.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Marins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33 n. 132 , pp. 321-330, out./dez. 1996.

NIEMEYER, Gerhart. Prólogo. *In*: HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Tradução Luis Tobío. México: FCE, 1998.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1999, v. I, t. 2.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PETROSKI, Karen. Is post-positivism possible? *German Law Journal*, v. l2, n. 02, 663-692, 2011, Disponível em: http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1338

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *República de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 169, pp. 101-126, jan./mar. 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhause. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. *The Journal of Philosophy*, v. 77, n. 9, pp. 515-572, set. 1980.

RAZ, Joseph, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. *Oxford Legal Studies Research Paper* n. 15, 2007, pp. 17-36. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=999873.

REALE, Miguel. *Cinco temas do Culturalismo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000

REALE, Miguel. Direito e Cultura. *In*: REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 292-296.

REALE, Miguel. Direito e legitimidade. *In*: REALE, Miguel. *Nova fase do Direito Moderno*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 65-69.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. *Fontes de Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RENAN, Ernst. *¿Qué es una nación?*. Tradução Ana Kuschnir e Rosáio González Sola. Buenos Aires: Hidra, 2010.

RICHE, Flávio. Desafios Hermenêuticos para a Teoria da Constituição Contemporânea. *Direito Público*, Brasília, v. 1, n. 33, p. 177-196, mai./jun. 2011.

RINGER, Frank K. *O declínio dos mandarins alemães*: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.) *Dogmática é conflito*: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 75-87.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras de perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 37, pp. 99-108 jan./jun. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.) *Dogmática é conflito*: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 21-31.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito*: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSALES, José Maria. Estudio preliminar: experiência constitucional e identidade cívica. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 11-52.

ROSENFELD, Michel. Constitutional identity. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 756-776.

ROSENFELD, Michael. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 03-35.

ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject*: selfhood, citizenship, culture and community. Nova York: Routledge, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social:* princípios do direito político. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SÁ, Alexandre Franco de. O Ficcionalismo na emergência do decisisonismo schmittiano. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pedro Pereira (org.). *Carl Schmitt Revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Político, 2014, pp. 06-17.

SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. A identidade do sujeito constitucional no Brasil: uma visita aos seus pressupostos histórico-teoréticos na passagem do império para a república, da perspectiva da forma de atuação do guardião máximo da constituição. *In*: XVI Encontro Preparatório do Conpedi, 2007, Campos dos Goytacazes - RJ, *Anais Conpedi*, 2007. pp. 98-117. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Encontro+Preparat%C3%B3rio+para+o+Congresso+Nacional+-+Campos+dos+Goytacazes+(13%2C+14+e+17+de+junho+de+2007).pdf

SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Identidade do sujeito constitucional e controle de constitucionalidade*: raízes históricas da atuação do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2010.

SALDANHA, Nelson. *Historicismo e Culturalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Recife: FUNDARPE, 1986.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo*: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Espírito do Ocidente, ou a razão como medida; I - A Cultura Grega: A descoberta da Razão. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 9, p. 6-22, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Espírito do Ocidente, ou a razão como medida - II- A Razão Teorética como medida: ciência e verdade. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 9, p. 23-38, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n.2, p. 03-34, 1998.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*: a contribuição do alto medievo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*: por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

SALGADO, Karine. História e Estado de Direito. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 71, n. 2, pp. 102-113, abril-junho, 2009.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *A fundamentação da ciência hermenêutica em Kant.* Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. Kant e Kelsen. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 96, pp. 343-358, jul./dez. 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: justiça constitucional como guardiã das minorias políticas. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul./dez. 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 3-54.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of Justice*. 2 ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito privado. *Revista EMERJ,* v. 6, n. 23, pp. 273-297, jul./set. 2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl van. *Metodologia jurídica*. Tradução J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SCHEUERMAN, William E. *Between the norm and the exception*: the Frankfurt School and the Rule of Law. Cambridge: The MIT Press, 1994.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 197-222.

SCHLINK, Bernhard. The constitutional subject and its identity: my german experience. *Cardozo Law Review*, Nova York, v. 33, n. 5, pp. 1869-1873, 2012.

SCHLINK, Bernhard. Why Carl Schmitt? *Constellations*, Oxford, v. 2, n. 3, pp. 429-431, out. 1993.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. O conceito do Político. *In*: SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luís (coord.). *O conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 1-141.

SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do Pensamento Jurídico. Tradução Peter Naumann. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do* Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 131-176.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teología Política*: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía. Tradução Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madri: Trotta, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2011.

SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luís (coord.). *O conceito do Político/Teoria do Partisan*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHNEIDER, Hans-Peter. La Constitución: función y estructura. *In*: SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-52.

SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA – 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture. *California Law Review*, v. 94, n. 5, pp. 1323-1420, set./out. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento* constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional.* Tradução José Mª Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMEND, Rudolf. Integrationslehre. *In*: SMEND, Rudolf. *Staatsrechliche Abhandlungen und anderen Aufsätze*. 4 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2010, pp. 475-481.

SMEND, Rudolf. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer um der Richtungsstreit. *In*: SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche Abhanlungen:* und andere Aufsätze, 4 ed., Berlim, Ducker & Humblot, 2010, pp. 620-635.

SOUSA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o Positivismo jurídico: notas sobre o Conceito de direito em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 14, pp. 297-324, jan./mar. 2011.

SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento social. *In*: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (org.). *Teoria social e modernidade no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000, pp. 159-184.

STERNBERGER, Dolf. Conceito de pátria. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 53-83.

STERNBERGER, Dolf. La Amistad hacia al Estado. *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 121-163.

STERNBERGER, Dolf. Observaciones en el coloquio sobre "Patriotismo". *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 111-120.

STERNBERGER, Dolf. Patriotismo Constitucional (1979). *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 85-89.

STERNBERGER, Dolf. Patriotismo Constitucional (1982). *In*: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 91-110.

STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*. Tradução Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre* – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte? Steiner: Stuttgart 2001.

STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany, 1800-1914*. Tradução Oxford: Berghahn Books, 2001.

STRECK, Lênio. A interpretação da constituição no Brasil: breve balanço crítico. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. 17, n. 21, pp. 2-35, jan./dez. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49 n. 194, pp. 07-21, abr./jun. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio. Intervenção. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 79-85.

STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, pp.257-301, mai/ago. 2003.

STRECK, Lênio. La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concreción de los derechos fundamentales sociales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madri, n. 11, pp. 369-405, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 249-294.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

TAYLOR, A. J. P. *The Course of German History*: a survey of the development of German history since 1815. Taylor and Francis e-Library, 2005 (eBook).

TAYLOR, Charles. *Fontes do Self*: a construção da identidade moderna. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. *In*: TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução Adail Ubirajara Sobral. São Paulo, Edições Loyola, 2000, pp. 197-220.

TAYLOR, Charles. Two Theories of Modernity. *Public Culture*, Durham, v. 11, n. 1, pp. 153-174, inverno, 1999.

TEUBNER, Günther. Juridification: concept, aspects, limits, solutions. *In*: TEUBNER, Günther (ed.). *Juridification of Social Spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlim: Walter de Gruyter, 1987, pp. 3-48.

TUSHNET, Mark. How do constitutions constitute constitutional identity? *International Journal of Constitutional Law*, Nova York, v. 8, n. 3, pp. 671-676, 2010.

TYLOR, Edward B. *Primitive Culture*: researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art, and custom, v. I. 6 ed. Londres: Murray, 1920. Disponível em: https://archive.org/stream/primitiveculture01tylouoft#page/n17/mode/2up

VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais. *Revista Direito e Política,* Loures, n. 1, pp. 62-72, out./dez. 2012.

VEGA GARCÍA, Pedro de. Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. *In*: VEGA GARCÍA, Pedro de *et al.* La *ciencia del derecho durante el siglo XX*. México: UNAM, 1998, pp. 3-44.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*: visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas. Tradução Mario de La Cueva. 2 ed. México: UNAM, 1983.

VOGEL, Bernhard. Dolf Sternberger, Vater des Verfassungspatriotismus. *Die Politische Meinung*: Integrationsland Deutschland, n. 452, pp. 69-72, jul. 2007, Disponível em: http://www.kas.de/wf/de/33.11323/

VORLÄNDER, Hans. What is "constitutional culture"?. *In*: HENSEL, Silke et al. *Constitutional Cultures*: On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2012, pp. 21-42.

VITA, Leticia. *La legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller. Buenos Aires: Eudeba, 2014.

WALZER, Michael. The Communitarian Critique of Liberalism. *Political Theory*, v. 18, n. 1., pp. 6-23, fev. 1990, 7-9

WEBER, Max. *Economia e Sociedade.* Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora UnB, 2014, vol. 1.

WIEACKER, Fraz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução António Manuel Hespanha. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil:* Ley, derechos y justicia. Tradução Marina Gascón. 10 ed. Madri: Trotta, 2011.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Piero (org.). *O Estado de Direito*: história, teoria e crítica. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 3-94.

RESUMO

A Teoria da Constituição surge no contexto da Constituição de Weimar, na década de 1920 e primeiros anos da década de 1930, com os debates a respeito da Teoria do Estado, do Direito do Estado e da própria Constituição alemã. Teve como marco inicial a formulação kelseniana, que foi seguida por várias respostas. Dentre estas, são muito importantes para a compreensão do Estado Democrático de Direito as formulações que propuseram abordagens dialéticas do fenômeno constitucional e que deram maior atenção às questões da legitimidade, da validade e da eficácia da constituição, mas, especialmente, à relação que elas guardam entre si. A abordagem da experiência constitucional desde a chave da cultura constitucional almeja evidenciar essa relação a partir de basicamente três dimensões, que também se articulam: a identidade do constitucionalismo, a identidade constitucional e a cultura de constituição. Com elas, assume-se que uma ordem que se pretende constitucional fundamenta sua legitimidade em uma dada identidade do Ocidente bastante identificada com o próprio constitucionalismo, que, por sua vez, demanda sua articulação com as culturas e identidades locais formando uma nova e única leitura, uma nova identidade constitucional. Esta nunca é pronta e terminada, mas se faz viva no mesmo momento que é vivida, construída, desconstruída e reconstruída na e pela comunidade jurídico-política. Uma identidade que é reflexo dessa coletividade, ao mesmo tempo em que se coloca para ela como um projeto normativo, demandando-lhe tarefas e transformações. Para tanto, a própria possibilidade de se realizar tais tarefas tem como ponto fulcral a consolidação e o reafirmar de uma cultura de constituição que se põe em referência a essas duas identidades, a mais ampla do constitucionalismo e a mais específica da identidade constitucional, representando a própria garantia interna de eficácia de uma constituição. A esse passo, uma ordem constitucional tem sua eficácia bastante vinculada ao próprio reforço e amiúde reconciliar de sua legitimidade na comunidade. E, por isso, é possível afirmar que a constituição coloca-se como uma unidade cultural, integrante e integradora, da comunidade e de seus cidadãos.

Palavras Chave: Cultutra Constitucional – Constitucionalismo – Identidade Constitucional – Cultura de Constituição – Legitimidade – Validade – Eficácia

ABSTRACT

The Theory of Constitution appears in the Weimar Constitution context, with the debates of the 1920's, and early 1930's, about the Theory of the State, the Law of the State and the German Constitution itself. The very start was the Kelsenian formulation that was followed by different answers including those ones characterized by a dialectical perspective of the constitutional phenomenon, which are very important to the comprehension of the *democratic Rechtsstaat*. With them, there were a special attention to the issues of legitimacy, validity and efficacy of Constitution, especially, to the relation between them. The approach to the constitutional experience since the key constitutional culture intents to evidence these relations from three basic dimensions: the identity of the constitutionalism, the constitutional identity and the culture of constitution. With them it is assumed that an order intended as constitutional bases its own legitimacy on a particular Western identity very identified with constitutionalism, which demands the articulation between local identities and cultures, conforming and building a very new and unique reading: a new constitutional identity. This one is never completely ready or finished, it becomes alive at the very same time that it is lived, constructed, deconstructed and reconstructed in and by the juridical-political community. An identity that reflects this collectivity at the same time it proposes itself as a normative project to it, demanding tasks and transformations to the community. Therefore, the possibility of such tasks has as central topic the consolidation and the reaffirmation of a culture of constitution, linked to these two identities, the broader one of the constitutionalism and the narrower one of a constitutional identity, which is the internal guarantee of efficacy and effectiveness of a Constitution. Hence, a constitutional order has its effectiveness rather linked to the strengthening and often reconciliation of its legitimacy in the community. In these terms it is possible to affirm that the Constitution stands as a cultural unit, integrant and integrated, of the community and its citizens.

Keywords: Constitutional Culture – Constitutionalism – Constitutional Identity – Culture of Constitution – Legitimacy – Validity - Efficacy