

ISBN 978-85-472-2991-7

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Teoria do Estado : sentidos contemporâneos / Alberto Amaral Júnior ; organizado por Maria Paula Dallari Bucci e Murilo Gasparido. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

1. O Estado 2. Estado - Teoria I. Amaral Júnior, Alberto II. Bucci, Maria Paula Dallari III. Gasparido, Murilo.

17-1816

CDU 320.101

Índice para catálogo sistemático:

1. Teoria geral do Estado : Ciência política 320.101

**SOMOS** | **saraiva** *jur*  
EDUCAÇÃO

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B  
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

**SAC**

0800-0117875

De 2ª a 6ª, das 8h às 18h

[www.editorasaraiva.com.br/contato](http://www.editorasaraiva.com.br/contato)

<b>Diretoria executiva</b>	Flávia Alves Bravin
<b>Diretoria editorial</b>	Renata Pascual Müller
<b>Gerência editorial</b>	Roberto Navarro
<b>Consultoria acadêmica</b>	Murilo Angeli Dias dos Santos
<b>Edição</b>	Eveline Gonçalves Denardi (coord.) Deborah Caetano de Freitas Vladana
<b>Produção editorial</b>	Ana Cristina Garcia (coord.) Luciana Cordeiro Shirakawa Rosana Peroni Fazolari
<b>Arte e digital</b>	Mônica Landi (coord.) Claudirene de Moura Santos Silva Fernanda Matajs Guilherme H. M. Salvador Tiago Dela Rosa Verônica Pivisan Reis
<b>Planejamento e processos</b>	Clarissa Boraschi Maria (coord.) Juliana Bojczuk Fermino Kelli Priscila Pinto Marília Cordeiro Fernando Penteado Mônica Gonçalves Dias Tatiana dos Santos Romão
<b>Novos projetos</b>	Fernando Alves
<b>Diagramação</b>	Muiraquitã Editoração Gráfica
<b>Revisão</b>	Ana Maria Cortazzo
<b>Capa</b>	Tiago Dela Rosa
<b>Produção gráfica</b>	Marli Rampim Sergio Luiz Pereira Lopes
<b>Impressão e acabamento</b>	Bartira

Data de fechamento da edição: 22-5-2018

Dúvidas? Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 604824 CAE 625436

*Autores*.....

*Apresentação*.....

Enrique Ricardo Lewan

*Introdução*.....

Maria Paula Dallari Bucci

*Sentidos epistemológicos*

1. A Teoria do Estado e o Direito  
Maria Paula Dallari Bucci

2. A democracia sob a ótica da  
programa de pesquisas em  
Murilo Gasparido e Sebastião

3. Teoria Geral do Estado e o  
Luiz Gustavo Bambini e

4. Contribuição para um novo  
Carolina Gabas Stuchi

5. A experiência na disciplina  
a respeito da formação do  
século XIX.....  
Rodrigo Pires da Cunha

6. A importância de se pensar  
José Luis Bolzan de Moraes

# 1 A Teoria do Estado entre o jurídico e o político

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

## 1. Mais uma crise da Teoria Geral do Estado: uma disciplina ameaçada de extinção

O ponto de partida desta reflexão é a situação disciplinar da Teoria Geral do Estado (TGE). Criada no Brasil nos anos 1940, como campo temático alternativo ao Direito Constitucional, então dominado pela doutrina do Estado Novo, no início do século XXI, pode-se dizer que ela vive atualmente (mais) uma “crise de identidade”.

Segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais, aprovadas pelo Ministério da Educação em 2004, e base para toda a atuação regulatória nos cursos de Direito, a TGE deixou de integrar expressamente a parte propedêutica do curso de Direito, a formação inicial, para dar lugar à Ciência Política, juntamente com a Antropologia, a Sociologia, a Economia etc.:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I – Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo, dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre *Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia*<sup>1</sup>.

Neste ponto, completou-se um movimento iniciado em 1994, quando foram fixadas as “diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos de Direito”, que assim dispunham sobre a formação fundamental:

<sup>1</sup> Resolução CNE/CES n. 9, de 2004, grifos meus.

Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias, que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso.

I – Fundamentais – Introdução ao Direito, Filosofia geral e jurídica, Ética (geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e *Ciência Política (com Teoria do Estado)*<sup>2</sup>.

O que ocorreu na década que medeia 1994 e 2004, portanto, foi o desaparecimento da menção à Teoria do Estado. Hoje, nem mesmo se trata de apêndice à Ciência Política.<sup>3</sup> Assim, diferentemente do que ocorre nos EUA, por exemplo, em que o curso de Direito é oferecido como pós-graduação a estudantes que já realizaram um período inicial de formação no *college*, o sentido e o conteúdo dessa formação geral no Brasil, não apenas no Direito, são algo um tanto movediço.

A discussão das relações disciplinares da Teoria do Estado com o Direito Constitucional e a Ciência Política é útil no sentido de evidenciar as particularidades de abordagens tidas predominantemente como jurídicas ou políticas e identificar pontos de conexão entre elas. Como a formação de um estudante de Direito não prescinde da apresentação à questão fundamental das relações entre o poder e o direito, esse deve ser o ponto de partida para divisar os efeitos de eventual extinção da disciplina e especular sobre o destino de seu “conteúdo essencial”.

Se se pode associar a crise da disciplina com a crise do próprio fenômeno estatal, a bibliografia evidencia a recorrência de crises do Estado, registrada em diversos momentos da história contemporânea. Periodicamente anunciadas e decantadas, em função das transformações que se vem operando no funcionamento do Estado, é fato indisputável que esse ainda detém posição central no cenário da ordenação jurídica da vida pública, como “comunidade política primária”<sup>4</sup>. O Estado, desde que a modernidade, no influxo da construção da

<sup>2</sup> Portaria MEC n. 1.886, de 1994, g.m. A disputa disciplinar é antiga, conforme crítica de Dalmo Dallari em *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 30. ed., 2011. p. 17. Em sentido contrário, o documento de avaliação da pós-graduação da área de Direito, aprovado pela Capes para o ano de 2015, alude ao crescimento da importância da Teoria do Estado, juntamente com o aumento da interdisciplinaridade nas pesquisas jurídicas.

<sup>3</sup> Cabe uma nota para ressaltar que, com as mudanças habituais na regulação educacional brasileira, não se tem muita segurança sobre a progressão dos conteúdos. Sociologia e Filosofia, vale lembrar, ganharam *status* de disciplinas obrigatórias para o Ensino Médio, com a Lei n. 11.684, em 2008.

<sup>4</sup> Neil Mac Cormick, apud Dalmo Dallari, cit., p. 17.

ordem capitalista, lhe atribuiu o a categoria-chave de conexão entre turbulência da acentuação sem p tado é ente único e peculiar no plano nacional como internacionais transformações, segue sendo definidas competências”, o que expressa

A justificativa para a permanência que pesem as modificações profundas – seria a continuada necessidade do poder com repercussões fórmulas e construções jurídicas ou sua partilha, alternância, permutas jurídicas, que integram o âmbito substanciam os mecanismos insubstituíveis de poder e seu controle numa ordem de rupturas violentas da organização

Esse temário está presente e atual, os sistemas de governo, eleitos, arriscar, como hipótese justificativa disciplina, que o problema da legalidade para o debate sobre a democracia amplitude que lhe foi sendo conferida focar também o poder nas relações formalizadas do poder e o sentido “subsumido” ao campo teórico ampliado, transcendendo o campo das relações sociais não mediadas diretamente civil no início do século XX social ocasionada pela revoluções nacionais de ordenação da relação entre poder

A pergunta que inspira esta obra da Teoria do Estado – de forma

<sup>5</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricar. Editora Juarez de Oliveira, 2004.

<sup>6</sup> Veja-se o artigo de Murilo Gaspar

ordem capitalista, lhe atribuiu o monopólio da ordem jurídica, continua sendo a categoria-chave de conexão entre os campos da política e do direito. Mesmo na turbulência da acentuação sem precedentes do fenômeno da globalização, o Estado é ente único e peculiar no estabelecimento da ordem jurídica, tanto no plano nacional como internacional. A soberania do Estado, a despeito de suas transformações, segue sendo definida pela doutrina alemã como “a competência das competências”, o que expressa a persistência do elemento jurídico<sup>5</sup>.

A justificativa para a permanência de um campo disciplinar próprio – em que pesem as modificações profundas no Estado e na relação desse com o direito – seria a continuada necessidade de descrição e análise dos temas fundamentais do poder com repercussões no mundo do direito ou, reciprocamente, das fórmulas e construções jurídicas que definem e conformam o exercício do poder ou sua partilha, alternância, perda etc. Esses temas fundamentais e construções jurídicas, que integram o âmbito de uma teoria do Estado de base jurídica, consubstanciam os mecanismos institucionais que tornam possível o exercício do poder e seu controle numa ordem institucionalizada, relativamente resguardada de rupturas violentas da organização da sociedade.

Esse temário está presente em questões contemporâneas, como a democracia, os sistemas de governo, eleitorais e partidários. Nesse sentido, seria possível arriscar, como hipótese justificadora da crise da Teoria Geral do Estado como disciplina, que o problema da legitimação do poder do Estado teria sido deslocado para o debate sobre a democracia. Este, além de mais abrangente, com a amplitude que lhe foi sendo conferida ao longo dos séculos XX e XXI, passou a focar também o poder nas relações sociais e as repercussões destas sobre a dimensão formalizada do poder no Estado. Nesse sentido, o objeto da TGE teria sido “subsumido” ao campo teórico da democracia<sup>6</sup> e esta, por sua vez, teria sido ampliada, transcendendo o campo da política para passar a abranger também as relações sociais não mediadas diretamente pelo Estado. A emergência da sociedade civil no início do século XXI, combinada com a profunda aceleração da vida social ocasionada pela revolução tecnológica, repercute sobre as formas tradicionais de ordenação da relação entre Estado e sociedade, demandando nova compreensão das relações entre poder e direito.

A pergunta que inspira este artigo diz respeito ao sentido da permanência da Teoria do Estado – de forma mais ampla que a tradicional Teoria *Geral* do

<sup>5</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 284.

<sup>6</sup> Veja-se o artigo de Murilo Gasparido e Sebastião Botto de Barros Tojal, neste volume.

Estado, conforme se verá – como disciplina na formação jurídica. Tratando-se de uma abordagem muito marcada no tempo e na história por sua origem na Alemanha da passagem do século XIX para o XX, anterior às experiências de globalização, no plano internacional, e à disseminação da democracia, com todas as suas variações, no plano nacional, o sentido do próprio fenômeno estatal teria sido a tal ponto modificado que a crise do Estado, no sentido que muito se disseminou com o advento das políticas neoliberais dos anos 1990<sup>7</sup>, teria se projetado, inevitavelmente, para o campo epistemológico. Seu caráter de síntese e justificação racional do Estado teria sido perdido e, em lugar dele, o Direito Constitucional e a Ciência Política teriam assumido parcelas de seu antigo objeto.

Contudo, esse entendimento não parece exato. A Teoria do Estado tem o papel de campo metodológico próprio para a compreensão das relações entre o direito e a política, especialmente no que se refere à criação do direito, isto é, a tradução de demandas geradas na sociedade em construções jurídicas e formalmente estruturadas, que lhes confirmam permanência e funcionamento descolado das figuras pessoais de seus criadores, conforme se analisará no texto que segue. No tópico 2, examina-se a Teoria Geral do Estado como disciplina surgida num momento específico na Alemanha e suas bases metodológicas, e se problematiza a evolução das relações entre direito e Estado ao longo do século XX, à medida que evolui este último, superada a ruptura das décadas de 1930 e 1940, com o advento do Estado social e das organizações internacionais, entes produtores de novas formas e processos jurídicos. No tópico 3, analisam-se algumas questões disciplinares, em especial as relações com o Direito Constitucional e a Ciência Política. No primeiro caso, trata-se de disciplina que se amplia e se aprofunda acentuadamente na segunda metade do século XX, com a criação das Cortes Constitucionais nos Estados europeus e a constitucionalização ampla das relações jurídicas, o que ocorrerá no Brasil com a Constituição de 1988, do que derivará, entre nós, a chamada judicialização da política. Com isso, reforça-se a superposição entre as duas disciplinas, visto o Direito Constitucional por alguns como área de renovação dos pressupostos do Direito Público. Já no caso da Ciência Política, trata-se de área que foi objeto de grande desenvolvimento no período que se segue à Segunda Guerra Mundial.

Finalmente, no tópico 4, faz-se um balanço do papel da Teoria do Estado no início do século XXI, em que as pressões sobre o Estado – integrado a uma rede

de vínculos internacionais –, pelo prover sentido de pertencimento jurídicos aptos a mediar relações inegáveis avanços de proteção e i

Uma das tarefas da Teoria das forças que movem o Estado, com política que formam a base do D diferenciação, que tornou possíveis próprias do direito. Nesse sentido dedicado à caracterização, à análise da perspectiva e dos instrumentos que nunca. Cabendo ao Direito Ciência Política a compreensão da natureza, à Teoria do Estado cabe uma da formação do Direito Público de suas crises), realizando a troca-versa, e assim integrando-os ao dial de funcionamento das insti

## 2. A Teoria do Estado como fundamental: as conexões político na base do Di

O propósito deste tópico é a disciplina Teoria Geral do Estado, para a abordagem do problema tica. Pretende-se aqui rever os p do Estado no início do século XI cia, após guerras radicais e exp Revolução Russa, o stalinismo, assim como a globalização, a ameaças da ordem capitalista, q campo epistemológico, em crise

O direito, é certo, veio pro sença ostensiva em todos os do por trás das crises institucionai namento do sistema de justiça a da política. O reverso dessa mo

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 36.

de vínculos internacionais –, pela realização de políticas públicas capazes de prover sentido de pertencimento e coesão social, demandam instrumentos jurídicos aptos a mediar relações conflituosas em escala de massa, a despeito de inegáveis avanços de proteção e integração social no século anterior.

Uma das tarefas da Teoria do Estado é compreender as conexões das várias forças que movem o Estado, considerando em especial as dimensões jurídica e política que formam a base do Direito Público. Este resulta de uma operação de diferenciação, que tornou possível a expressão da dinâmica política pelas formas próprias do direito. Nesse sentido, a existência desse campo epistemológico dedicado à caracterização, à análise e à justificação do fenômeno estatal, a partir da perspectiva e dos instrumentos de ação do direito, permanece mais atual do que nunca. Cabendo ao Direito Constitucional o direito positivo do poder e à Ciência Política a compreensão sistemática das relações entre o poder e a sociedade, à Teoria do Estado cabe um amplo espaço para a reflexão sobre problemas da formação do Direito Público a partir das tensões e dos conflitos do poder (e de suas crises), realizando a tradução destes para a linguagem jurídica e vice-versa, e assim integrando-os ao sistema conceitual que fornece o código primordial de funcionamento das instituições políticas.

## **2. A Teoria do Estado como método e seu objeto fundamental: as conexões entre o jurídico e o político na base do Direito Público**

O propósito deste tópico é investigar, no momento de estruturação da disciplina Teoria Geral do Estado, como se estabeleceram as bases metodológicas para a abordagem do problema fundamental da relação entre o direito e a política. Pretende-se aqui rever os pressupostos da criação da disciplina Teoria Geral do Estado no início do século XX, verificando-se as condições de sua permanência, após guerras radicais e experiências políticas igualmente radicais, como a Revolução Russa, o stalinismo, o fascismo e o nazismo no coração da Europa, assim como a globalização, a aceleração tecnológica, o aprofundamento das ameaças da ordem capitalista, que puseram o próprio Estado, como objeto desse campo epistemológico, em crise.

O direito, é certo, veio progressivamente se estruturando e ganhando presença ostensiva em todos os domínios da vida pública – esse é um dos aspectos por trás das crises institucionais atuais, que desafiam teorias baseadas no confinamento do sistema de justiça a limites bem demarcados em relação ao universo da política. O reverso dessa moeda é o fato de que a política, especialmente com

as várias expressões da chamada “crise de representação”, vive a perturbação do lugar e do papel reservado aos Parlamentos, a grande conquista do Estado liberal, em termos das expressões institucionais do poder. Embora esse problema não seja novo, datando de mais de um século, a crise presente alcança não só os sistemas de governo, eleitoral e partidário, instâncias de mediação da vida política em sentido estrito, mas também os entes mediadores da sociedade civil, como os sindicatos e as próprias empresas, sem falar nos mecanismos de formação da opinião pública, que, em virtude da profundidade das transformações tecnológicas, vivem uma luta diária para viabilizar sua sobrevivência diante da concorrência com novos padrões de disseminação e financiamento por meio das redes sociais.

O tema do método de conhecimento da Teoria do Estado, que aqui se pretende examinar, define a atualidade de sentido da disciplina, reafirmando-se como premissa a permanência da centralidade do Estado da organização da vida política e social baseada no direito, conquista da modernidade que está longe de ser posta em questão de maneira consequente no tempo presente, ainda que a contemporaneidade lhe confira novos matizes.

## 2.1. Método

A Teoria Geral do Estado se estrutura como disciplina, na Alemanha, no início do século XX, a partir de um trabalho de sistematização jurídica, elaborado ao longo do século precedente, depois do período da Escola Histórica, que se voltara ao direito privado, no afã de construí-lo de forma “científica”, sobre a base de um direito romano recuperado pela pandectística<sup>8</sup>. A isso se seguiu a sistematização e a organização dos conceitos que consubstanciariam o Direito Público como “estrutura de sentido”, isto é, formulação abstrata da unidade do Estado, seus elementos e modos de ação, construção sintética de conjugação entre o direito e a política.

Trata-se de um contexto histórico e político muito particular, justificado pela necessidade de conferir forma jurídica que desse suporte e unidade ao Estado alemão recém-formado, enfrentando a fragmentação e o despotismo que vigoravam até o século XIX<sup>9</sup>. Demandando um discurso justificador da unificação

<sup>8</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2. ed., 1989, caps. 1 a 3.

<sup>9</sup> “Escrever sobre o direito público alemão por volta da segunda metade do séc. XIX era uma empresa dificultada pela pluralidade de ordenamentos em virtude da fragmentação dos Estados alemães e pela incerteza sobre o futuro político da nação, depois das revoluções de

recém-estabelecida, a Alemanha pro  
no publicismo do século XX e na Te  
ápice entre o fim do século XIX e a c  
do marcada por essa carga históric

A Teoria Geral do Estado, de Ge  
publicada originalmente na Aleman  
na, em razão não apenas da ampli  
sua configuração jurídica, mas prin  
suas bases metodológicas. Para Jelli  
sistemática de método:

Os métodos antigos, méto  
método não pode satisfazer  
estão nascendo, por isso se

Na verdade, assim como em o  
de Jellinek é fruto da sistematizaçã  
cialmente da obra de Gerber, cujo  
tico de um ponto de vista exclusiv  
mente, como ocorria até então. Uma  
fundamentais do Estado, deveria co  
gicos, levando em conta a evoluçã  
nova teorização era a sistematizaçã  
dica dos fenômenos particulares e  
só ideia fundamental”<sup>11</sup>.

O que caracteriza uma discipli  
definido, combinado com um mé

1848 e, em seguida, por causa da ten  
direitos particulares de cada Estado;  
Alemanha podia-se falar também de  
nicos, que se apresentava como uma  
ao direito federal. O jurista alemão d  
ria de cada direito particular, indispe  
público comum, desejável mas não fo  
de uma antecipação da unidade naci  
*Sistema e estrutura no Direito*. São Pa

<sup>10</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría General d*  
-Buenos Aires: Editorial B de F, 200  
Editorial Albatros (1954).

<sup>11</sup> Gerber, 1852 (*Sobre o Direito Público*  
*blico Alemão*), apud Fernando de los  
cit., p. 4.

recém-estabelecida, a Alemanha produziu um arcabouço teórico que desembocou no publicismo do século XX e na Teoria Geral do Estado, cuja produção teve seu ápice entre o fim do século XIX e a queda da República de Weimar, permanecendo marcada por essa carga histórica.

A Teoria Geral do Estado, de Georg Jellinek<sup>10</sup>, erudito professor de Heidelberg, publicada originalmente na Alemanha em 1900, é marco e referência da disciplina, em razão não apenas da amplitude com que examina o fenômeno estatal e sua configuração jurídica, mas principalmente em função do estabelecimento de suas bases metodológicas. Para Jellinek, a Ciência do Estado carecia de uma obra sistemática de método:

Os métodos antigos, métodos incertos ou, melhor dito, a antiga carência de método não pode satisfazer as exigências contemporâneas; os novos métodos estão nascendo, por isso se buscam os conceitos fundamentais.

Na verdade, assim como em outros temas, também a concepção de método de Jellinek é fruto da sistematização do debate prévio na doutrina alemã, especialmente da obra de Gerber, cujo objetivo era pesquisar e expor o Direito Político de um ponto de vista exclusivamente jurídico e não filosófica ou politicamente, como ocorria até então. Uma investigação substantiva sobre os fenômenos fundamentais do Estado, deveria começar pela fixação dos princípios metodológicos, levando em conta a evolução da teoria do conhecimento. A justificativa da nova teorização era a sistematização científica, “que esclarecesse a relação jurídica dos fenômenos particulares e explicasse as instituições como fruto de uma só ideia fundamental”<sup>11</sup>.

O que caracteriza uma disciplina, para Gerber, é a existência de um objeto definido, combinado com um método estruturado. A constituição do objeto

---

1848 e, em seguida, por causa da tensão entre a Prússia e Áustria. Existiam, portanto, os direitos particulares de cada Estado; em outro lugar existia um direito federal; mas para a Alemanha podia-se falar também de um direito público comum aos vários Estados germânicos, que se apresentava como uma terceira categoria em relação ao direito particular e ao direito federal. O jurista alemão devia, portanto, escolher entre a descrição fragmentária de cada direito particular, indispensável para a prática, e a representação de um direito público comum, desejável mas não formalizado: esta última empresa tinha o valor político de uma antecipação da unidade nacional, que porém ainda não existia.” Mario Losano. *Sistema e estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, cap. XV, p. 381-410.

<sup>10</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, reimpressão da tradução da 2. ed. alemã (1905), Editorial Albatros (1954).

<sup>11</sup> Gerber, 1852 (*Sobre o Direito Público*) e 1865 (*Fundamentos de um Sistema de Direito Público Alemão*), apud Fernando de los Ríos, prólogo à *Teoría General del Estado*, de Jellinek, cit., p. 4.

representa a identificação de uma unidade sintética que possa servir de princípio explicativo ou normativo a uma gama de problemas determinada. O método se apoia sobre categorias que servirão de base e núcleo epistemológico para a compreensão daquele objeto. A obra científica seria um trabalho de unificação e a disciplina se legitimaria dentro da sistemática do conhecimento quando se estabelecesse como estrutura de sentido para o entendimento do objeto<sup>12</sup>.

Hermann Heller também dedicou páginas importantes de sua Teoria do Estado, publicada postumamente em 1934, à questão do método. Trata-se da última das “grandes obras” sobre o tema, uma vez que logo depois de sua edição ganharia terreno o fenômeno do nazismo e com ele um longo hiato na produção sobre Teoria do Estado nessa linha. O redespertar do Direito Público alemão se dará num país dividido, pela segunda vez vencido numa guerra de proporções mundiais, tutelado pelas potências estrangeiras vencedoras. A edição da Grundgesetz, em 1949, inaugurará um novo momento político, em que a permanência de uma “Lei Fundamental” provisória (e não Constituição) é bastante emblemática da predominância do aspecto político e social para a solidez do Direito, em detrimento de formulações puramente conceituais. Em contraposição, a criação e o funcionamento do Tribunal Constitucional alemão, a partir de 1951, dará lugar a uma experiência nova, no contexto europeu, de atuação de uma corte com força política para apoiar a construção de uma outra realidade jurídica e institucional.

Hermann Heller aponta a necessidade imperiosa de método em face de uma (das muitas, conforme veremos) crise da Teoria do Estado, muito viva no período do entreguerras:

A necessidade de pesquisas metodológicas surge da situação em que se encontra a Teoria do Estado, do mesmo modo que a Ciência do Direito que tem nela a sua base. Quando se fala, e com razão, da crise atual da Teoria do Estado não se deve ver na mesma um fenômeno de decadência, mas ao contrário. A confusão caótica das discussões sobre temas da Teoria do Estado no após guerra alemão significa, sem dúvida, em comparação com a situação precedente e com a que atualmente reina no estrangeiro, um estágio espiritual mais elevado, e se não cabe afirmar que ela represente um renascimento científico, não se pode negar que constitui o sintoma de uma problemática mais profundamente vivida e de um sentimento mais sério para os problemas metodológicos<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Fernando de los Ríos, prólogo à *Teoria General del Estado*, de Jellinek, cit., p. 4-6.

<sup>13</sup> Heller, cit., p. 51-52.

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) além das grandes revoluções políticas e o questionamento dos fundamentos da tradição. A reflexão que se seguiu ao problema demandava clareza de métodos, uma crítica e um controle imanentes e controversos<sup>14</sup>.

O método, que condensa o interesse da ciência, para Heller se estrutura em torno do sujeito que conhece e o objeto do conhecimento; e d) o modo de fazer a ciência examinados nos itens que seguem.

## 2.2. Objeto da Teoria do Estado como ideal abstrato

Uma das questões centrais na contraposição, de um lado, entre a ciência e cada Estado como experiência política, e, de outro, a presença de categorias que permitem unificar determinado aspecto de organização e compreender os aspectos que integram as experiências.

Essa dupla abordagem corresponde a duas partes: uma Teoria Geral do Estado e uma Teoria Especial do Estado. A última se ramifica, em termos de metodologia, em duas vertentes: a primeira dedicada à pesquisa de certas formas típicas de substituições de um grupo de Estados por outro vertente, aplicada ao estudo da dualidade do Estado<sup>15</sup>.

A posição de Heller não coincide com a tradicional, em certa medida, a possibilidade

<sup>14</sup> Heller, cit., p. 52.

<sup>15</sup> Idem, ibidem.

<sup>16</sup> Dessa só restou um esquema, que me lembro, o Ministério, os Serviços Públicos, cit., prólogo do tradutor, p. 1.

<sup>17</sup> Jellinek, cit., p. 69.

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) teria tido como efeito, para Heller, além das grandes revoluções político-sociais, na Alemanha, na Itália e na Rússia, o questionamento dos fundamentos teóricos sobre a vida do Estado legados pela tradição. A reflexão que se fazia necessária para a atualização desse problema demandava clareza de método, de modo que se pudesse “levar a cabo uma crítica e um controle imanentes e chegar a uma decisão lógica no caso controverso”<sup>14</sup>.

O método, que condensa o intenso debate que se travava no campo da teoria da ciência, para Heller se estrutura nos seguintes tópicos: a) a relação entre o sujeito que conhece e o objeto do conhecimento; b) a atitude cognoscitiva; c) os modos de trabalho; e d) o modo de formação dos conceitos<sup>15</sup>. Esses aspectos serão examinados nos itens que seguem.

## 2.2. Objeto da Teoria do Estado: o Estado como experiência ou como ideal abstrato

Uma das questões centrais na definição do objeto da Teoria do Estado é a contraposição, de um lado, entre a dimensão real, contingente, do fenômeno de cada Estado como experiência político-jurídica-social única no tempo e no espaço, e, de outro, a presença de características gerais, nas diversas experiências, que permitem unificar determinado fenômeno, a que denominamos Estado, como categoria de organização e compreensão. O mesmo raciocínio se aplica a elementos ou aspectos que integram as experiências estatais específicas.

Essa dupla abordagem corresponde, na obra de Jellinek, à divisão em duas partes: uma Teoria  *Geral*  do Estado e, outra, teoria  *particular*  do Estado<sup>16</sup>. Esta última se ramifica, em termos de método, em uma vertente comparativa, voltada à pesquisa de certas formas típicas de Estados, a partir do exame de instituições de um grupo de Estados determinados (“doutrina especial”), e uma outra vertente, aplicada ao estudo de um Estado específico (“doutrina individual do Estado”)<sup>17</sup>.

A posição de Heller não coincide com essa visão, na medida em que ele rejeita, em certa medida, a possibilidade de uma Teoria  *Geral*  do Estado. “Não nos

<sup>14</sup> Heller, cit., p. 52.

<sup>15</sup> *Idem*, ibidem.

<sup>16</sup> Dessa só restou um esquema, que mencionava os seguintes temas: “o Monarca, o Parlamento, o Ministério, os Serviços Públicos, as Comunidades, as Funções do Estado”. Jellinek, cit., prólogo do tradutor, p. 1.

<sup>17</sup> Jellinek, cit., p. 69.

propomos a construir uma Teoria 'geral' do Estado, com caráter de universalidade, para todos os tempos, porque não o julgamos, em absoluto, possível.<sup>18</sup> Em lugar disso, adota uma visão realista do Estado, rejeitando como objeto "o fenômeno do Estado em geral" e optando por tratar da "específica realidade da vida estatal que nos rodeia".

A despeito desse prolegômeno, não resta dúvida sobre a contribuição de Heller para uma teoria geral, na medida em que sua obra não se limita à discussão dos problemas específicos do Estado alemão, mas realiza o exame da organização sistemática que alcança a generalidade dos Estados, coincidindo, portanto, com o âmbito da teoria geral<sup>19</sup>. Concebendo o Estado como unidade dialética, Heller explora a dualidade entre a dimensão idealista abstrata do Estado enquanto "estrutura de sentido", contraposta ao entendimento deste enquanto "formação social", isto é, segundo uma visão mais sociológica ou "realista". Voltaremos a esse ponto mais à frente.

No aspecto de fundo, permanece válida a estruturação metodológica definida por Jellinek, dividida numa teoria geral, que se incumbe das categorias aplicáveis genericamente aos Estados, e uma teoria comparativa, que englobaria o sumário agregado da coleta do trabalho empírico, ambas a subsidiar, numa via de alimentação recíproca, a análise da teoria particular de cada Estado. A Teoria do Estado seria, portanto, gênero, que abriga, como espécies, de um lado, uma abordagem mais abstrata, sistematizando numa unidade de sentido as categorias jurídicas presentes nas várias realidades estatais particulares (teoria geral), e, de outro, a teoria sobre a organização jurídico-política de um Estado específico (teoria particular), como seria, no nosso caso, a Teoria do Estado brasileiro<sup>20</sup>.

Esse debate é mais complexo do que parece, uma vez que mesmo aqueles que contestam, com base na crítica realista do Estado, a possibilidade de uma teoria geral, questionando, por exemplo, os limites da aplicabilidade de tal teoria

<sup>18</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 21-22.

<sup>19</sup> A despeito de se tratar, a *Teoria do Estado* de Heller, de obra inacabada, publicada mediante a finalização do texto por Gerhart Niemeyer, a densidade e a concatenação do capítulo I, dedicado ao método, indicam que a opção pelo realismo visava à contraposição em relação ao normativismo esvaziado da política, como era o caso da obra de Kelsen. Mas o arcabouço conceitual desenvolvido é inequivocamente aplicável aos Estados em geral, como demonstra a exemplificação adotada no capítulo.

<sup>20</sup> Vide artigos de Carolina Gabas Stuchi, sobre os limites da Teoria Geral do Estado para a compreensão do Estado brasileiro, e de Rodrigo Boldrini, sobre a experiência da disciplina Teoria do Estado Brasileiro na Faculdade de Direito da USP, ambos neste volume.

aos Estados periféricos, defendem parciais, como é o caso da referida

Não há dúvida de que se pode a soberania, num contexto geopolítico do nacional vem sendo progressiva de maior complexidade, dadas as fronteiras. Mas isso, evidentemente conceitos, nos quais se apoia tanto interna dos elementos do Estado e que se repetem em configurações

### 2.3. Ciências causais e normas ideais e tipos empírico

Ao examinar os modos de tra ciências causais, voltadas às relações que é), de ciências normativas, vol que deve ser)<sup>23</sup>. A dicotomia descri cognoscitivas, enfatiza a postura intuito de compreender o funciona intenção de prescrever novas forn blemas apontados. A observação c cimentos, que a teoria procura co mento de relações entre as regular deontológica, diz respeito a como se vincula, Estado bom, Estado ju

<sup>21</sup> FIORI, José Luis. *Para uma crítica l Constituição e estado de exceção per* Editorial, 2004. p. 166.

<sup>22</sup> STUCHI, Carolina Gabas. *Fundam soberania no Brasil*. Porto Alegre: S em *Contribuição para uma teoria n* Teoria do Estado para os Estados pe

<sup>23</sup> Jellinek, cit., p. 80.

<sup>24</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teo* Essa seria a linha dos positivistas, a outros, e, no Brasil, de Miguel Reale

<sup>25</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas, cit. Locke e Montesquieu, entre outros, e sua teoria de justiça, por exemplo.

aos Estados periféricos, defendem abordagens recortadas segundo totalizações parciais, como é o caso da referida ao “Estado latino-americano”<sup>21</sup>.

Não há dúvida de que se pode discutir o sentido de certas categorias, como a soberania, num contexto geopolítico em que a efetivação das decisões do Estado nacional vem sendo progressivamente mais limitada<sup>22</sup> ou pelo menos cercada de maior complexidade, dadas as influências crescentes do ambiente externo às fronteiras. Mas isso, evidentemente, não dispensa um arcabouço mais geral de conceitos, nos quais se apoia tanto a compreensão como a própria articulação interna dos elementos do Estado em questão, que segue determinados padrões que se repetem em configurações estatais comparáveis.

### 2.3. Ciências causais e normativas, descrição e prescrição, tipos ideais e tipos empíricos

Ao examinar os modos de trabalho da Teoria do Estado, Jellinek distingue ciências causais, voltadas às relações de causa e efeito entre os fenômenos (ou o que é), de ciências normativas, voltadas às relações entre o pensar e a ação (ou o que deve ser)<sup>23</sup>. A dicotomia descrição/prescrição, baseada nas diferentes atitudes cognoscitivas, enfatiza a postura do observador, muito distinta quando seu intuito de compreender o funcionamento das estruturas sociais se converte em intenção de prescrever novas formas de organização para a superação dos problemas apontados. A observação descritiva visa captar as reiterações de acontecimentos, que a teoria procura compreender sistematicamente, pelo estabelecimento de relações entre as regularidades e seus contextos<sup>24</sup>. Já a visão prescritiva, deontológica, diz respeito a como o Estado deve ser, a que ordem de valores ele se vincula, Estado bom, Estado justo (a questão da legitimidade)<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> FIORI, José Luis. *Para uma crítica latino-americana do Estado*, apud Gilberto Bercovici. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. São Paulo: Azougue Editorial, 2004. p. 166.

<sup>22</sup> STUCHI, Carolina Gabas. *Fundamentos para uma teoria realista do Estado. Análise da soberania no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, em versão sintética em *Contribuição para uma teoria realista do Estado brasileiro*, neste volume, sobre uma Teoria do Estado para os Estados periféricos.

<sup>23</sup> Jellinek, cit., p. 80.

<sup>24</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Essa seria a linha dos positivistas, assim como a perspectiva da obra de Maquiavel, entre outros, e, no Brasil, de Miguel Reale.

<sup>25</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas, cit., p. 12. Essa seria a linha de Kant, Hegel, Rousseau, Locke e Montesquieu, entre outros, debate que seguiria, contemporaneamente, com Rawls e sua teoria de justiça, por exemplo.

Uma outra dicotomia útil é a relativa à oposição entre os métodos de conhecimento próprios das ciências da natureza e das ciências da cultura, debate muito antigo na história da ciência, que cresceu em importância no período que se segue ao Renascimento, em virtude da procura de bases firmes para o conhecimento objetivo, fundado na razão e emancipado de fundamentos teológicos. As ciências da natureza, a partir da astronomia, fizeram o percurso que culminou no estabelecimento do método científico, com o corolário do dever de prova, combinado com a falseabilidade das hipóteses. Em resumo, o cientista é aquele que investiga, a partir de dúvidas que formula, colocando em questão o conhecimento estabelecido até então.

A transposição desse modo de organizar o trabalho científico para as ciências sociais, contudo, não é isenta de dificuldades. Considerando o método científico como relação entre o sujeito e o objeto do conhecimento, nas ciências da natureza a posição do pesquisador, em princípio, não influi em sua relação com o objeto. Um ente da natureza tem as mesmas características, independentemente das qualidades e da situação social do pesquisador<sup>26</sup>. Já nas ciências da cultura, o sujeito do conhecimento não é neutro diante de seu objeto, uma vez que ele é parte da realidade social observada.

No campo do Direito do Estado há uma dificuldade adicional, relativa ao fato de que o direito é um elemento da realidade observada, cuja produção e cujo funcionamento compõem a ontologia do Estado. O pesquisador, mesmo que não seja “operador do direito”, sempre poderá influir sobre a realidade jurídica, na condição de produtor de “doutrina”, isto é, conhecimento que repercute sobre as decisões no universo institucional em que atua o direito. Com isso, a análise do mundo jurídico é quase inevitavelmente carregada de sentido teleológico, que se confunde com a atitude prescritiva. E, sem distinguir os momentos de observação e prescrição, o jurista muitas vezes perde o senso crítico, projetando suas convicções subjetivas prévias na tela das conclusões do trabalho investigativo. Em vista disso, importante exigência de método é a fixação do ponto de observação e a explicitação deste como premissa.

Também deve ser considerada neste ponto a clássica dualidade conhecimento dedutivo-conhecimento indutivo. Esta consiste na oposição entre partir de um

<sup>26</sup> Esse dogma da neutralidade do conhecimento científico no campo das ciências da natureza vem sendo relativizado, como no caso dos estudos sobre o aquecimento global, em que há pontos de partida distintos (como os céticos, que, por não acreditarem na hipótese proposta, tendem a não considerar dados estatísticos que, ao ver de outros, prestam-se exatamente a comprová-la).

modelo geral para explicar situações a partir de casos específicos para, em seguida, definidos, estabelecer generalizações a partir da anterior, na medida em que trata o Estado, por suas características gerais de tempo ou espaço, ou, por o concreto de Estado, determinada pelo conhecimento do Estado, essa dualidade grega e, conforme história Heller, o ideal de Estado, que se persegue através dos estudos de experiências concretas.

Com isso se vincula em Sócrates a imagem ideal de um Estado através de filósofos continuadores, o que Platão faz, nesse sentido, a Metafísica política, assim sendo a predominante da sua República o melhor<sup>27</sup>.

Aristóteles teria dado o salto de um envolvimento sistemático da empiria para a coleção de constituições:

Isto não significa que tenha como último propósito de conhecimento objetivo após haver recolhido dados naturais, um extenso material para a realidade empírica, que se objetiva deontológico. [...] veio a ser o fundador da Ciência também a explicação social da sociedade e, neste sentido, Atenas às lutas políticas e sociais. E nem mesmo descuida o conhecimento da Teoria da Política, visto que a atenção às ordenações relacionais.

Mas, segundo Jellinek, dado o caráter jurídico, os resultados estão con-

<sup>27</sup> Heller, cit., p. 32.

<sup>28</sup> Idem, ibidem.

modelo geral para explicar situações particulares (dedução) e, inversamente, partir de casos específicos para, uma vez agrupados estes, segundo critérios definidos, estabelecer generalizações (indução). Essa dualidade tem relação com a anterior, na medida em que trata da possibilidade de conhecer um ente, o Estado, por suas características gerais e abstratas, aplicáveis a contextos diversos de tempo ou espaço, ou, por oposição, tomando por base uma experiência concreta de Estado, determinada histórica e territorialmente. Em relação ao conhecimento do Estado, essa dualidade é tão antiga quanto a filosofia política grega e, conforme historia Heller, compreende a oposição entre um modelo ideal de Estado, que se persegue tanto na filosofia quanto na prática política, e os estudos de experiências concretas:

Com isso se vincula em Sócrates, necessariamente, o problema de delinear a imagem ideal de um Estado perfeito com o que veio a criar-se, para inumeráveis continuadores, o modelo de uma Filosofia moral do Estado. [...] O que Platão faz, nesse sentido, é também, fundamentalmente, Ética política e Metafísica política, assim como Filosofia da História do Estado. A questão predominante da sua República continua sendo a do Estado ideal, moralmente o melhor<sup>27</sup>.

Aristóteles teria dado o salto da especulação lógica e metafísica ao desenvolvimento sistemático da empiria na política, especialmente com base em sua coleção de constituições:

Isto não significa que tenha renunciado ao conhecimento do Estado melhor, como último propósito da ciência, mas que trata de conseguir este último objetivo após haver recolhido, de modo análogo ao que se faz nas ciências naturais, um extenso material de fatos que lhe permite conhecer perfeitamente a realidade empírica, que levará em conta para a determinação do último objetivo deontológico. [...] Ao estudar mais de cem constituições históricas, veio a ser o fundador da Ciência histórico-descritiva da Política. Nele ressuma também a explicação sociológica dos fenômenos estatais pelas transformações da sociedade e, neste sentido, atribui as inovações na organização política de Atenas às lutas políticas e sociais entre nobres e plebeus, entre pobres e ricos. E nem mesmo descuida os ingredientes científico-jurídicos de uma ampla Teoria da Política, visto que a sua crítica das constituições presta também atenção às ordenações relativamente permanentes do Estado<sup>28</sup>.

Mas, segundo Jellinek, dado o caráter dedutivo prevalecente nas pesquisas jurídicas, os resultados estão contidos nas proposições afirmadas *a priori*, de

<sup>27</sup> Heller, cit., p. 32.

<sup>28</sup> Idem, ibidem.

modo que a inconsistência ou inexatidão dessas proposições resulta em concepções errôneas, muito pobres ou em contradição com a teoria do Direito Público<sup>29</sup>.

Consciente da dificuldade de apreender teoricamente um objeto tão diverso como as variadas realidades estatais, Jellinek propõe o uso dos tipos para a estruturação da pesquisa em ciências sociais. O tipo é uma abstração sobre uma pluralidade de fenômenos, a partir de critérios de representação fixados pelo pesquisador; a unificação de notas entre exemplares individuais satisfaz “a necessidade sintética de resolver em uma unidade a pluralidade dos fenômenos”<sup>30</sup>. Para Jellinek, trata-se da “expressão da mais perfeita essência do gênero”, que pode ser representada de modo platônico, como “a ideia que vive além e só de modo imperfeito pode realizar-se em um indivíduo ou, conforme Aristóteles, como força ativa que cria e dá força ativa aos exemplares individuais de um gênero”<sup>31</sup>.

O conceito de tipo ideal ocupa o pensamento filosófico desde a Grécia, como em Platão, para quem esse seria o fim de toda especulação política, até a contemporaneidade, passando pela escolástica da Idade Média, com um valor essencialmente teleológico, isto é, referido ao dever ser. As utopias são modalidades de tipos ideais.

Já o tipo empírico consiste no mero agrupamento de indivíduos com base numa representação comum (exemplos de Jellinek: crianças, idosos, profissões, classes sociais, uma nação). “O tipo empírico se diferencia fundamentalmente do tipo ideal porque nele não há a exigência de expressar um ser objetivo que transcenda a experiência.”

Assim, com o uso dos tipos, explorando identidades e analogias por um trabalho de comparação que vai do concreto ao abstrato e deste novamente ao concreto, o estudo dos vários Estados em particular se adapta à pluralidade indefinida de fenômenos do real e reduz a fragilidade do conhecimento associado às transformações sociais<sup>32</sup>. No caso da ciência do Estado, os critérios de agrupamento poderiam estar em situações sociais análogas, mesmo patamar de desenvolvimento histórico e condições semelhantes, que produzem formações políticas comparáveis<sup>33</sup>.

Nesse ponto, Jellinek dialoga com Max Weber, cuja obra também se vale dos tipos, manifestando sua concordância com aquele quanto à “objetividade do

<sup>29</sup> Jellinek, cit., p. 71-72.

<sup>30</sup> Jellinek, cit., p. 102.

<sup>31</sup> Jellinek, cit., p. 95.

<sup>32</sup> Jellinek, cit., p. 91 e 97.

<sup>33</sup> Jellinek, cit., p. 97.

conhecimento social e político, em ideal, um ideal do ser e não do dev

Hermann Heller registra a p observando a importância desse m cimento mais consistente do fenô

## 2.4. Facticidade e validade jurídica

A dicotomia mais importan como realidade social ou como es sões fática e jurídica, que estão na e idealistas.

No primeiro caso, o conheci rativa histórica, observação dos fa ência do Estado em concreto, afe aspecto central são as normas e privilegia-se a dimensão formal, generalizável, seus elementos e s arquitetura<sup>35</sup>.

Heller reconhece a dupla dim realista, de cunho sociológico; a T da realidade e não ciência do espír

Não a concebendo, como se d salidade para todos os tempos, H do Estado e determinar o seu sent cia normativa, “pois não se trata no ser o querer que há de formar

Nesse sentido, seria “ciência c seria investigar: a) como podem r dadas; e b) como podem realizar -sociais dominantes<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Jellinek, cit., p. 100.

<sup>35</sup> Jellinek, cit., p. 63. “[...] é preciso dist causa.”

<sup>36</sup> Heller, cit., p. 131.

<sup>37</sup> Heller, cit., p. 134.

<sup>38</sup> Heller, cit., p. 39-40.

conhecimento social e político, enquanto se considere o tipo empírico como um ideal, um ideal do ser e não do dever ser, um ideal lógico e não ético”<sup>34</sup>.

Hermann Heller registra a precedência de Jellinek na utilização dos tipos, observando a importância desse método para que se pudesse passar a um conhecimento mais consistente do fenômeno do Estado.

#### 2.4. Facticidade e validade: formação social ou estrutura jurídica

A dicotomia mais importante na Teoria do Estado é a relativa ao Estado como realidade social ou como estrutura jurídica, o que remete às suas dimensões fática e jurídica, que estão na base da distinção entre abordagens realistas e idealistas.

No primeiro caso, o conhecimento da dimensão social realiza-se pela narrativa histórica, observação dos fatos e análise das relações subjacentes à experiência do Estado em concreto, afeita aos métodos da sociologia. No segundo, o aspecto central são as normas e instituições jurídicas que moldam o Estado; privilegia-se a dimensão formal, valorizando-se as características desse objeto generalizável, seus elementos e suas relações internas, que conformam a sua arquitetura<sup>35</sup>.

Heller reconhece a dupla dimensão do Estado, mas opta por uma abordagem realista, de cunho sociológico; a Teoria do Estado é sociologia e como tal, ciência da realidade e não ciência do espírito. Além disso, é ciência cultural, não natural.

Não a concebendo, como se disse, como teoria geral, com caráter de universalidade para todos os tempos, Heller lhe atribui o papel de investigar a função do Estado e determinar o seu sentido<sup>36</sup>. Mas a Teoria do Estado não é uma ciência normativa, “pois não se trata de opor ao ser um dever ser, mas de descobrir no ser o querer que há de formar o futuro”<sup>37</sup>.

Nesse sentido, seria “ciência de estruturas, não ciência histórica”. Sua função seria investigar: a) como podem nascer objetivos políticos de situações políticas dadas; e b) como podem realizar-se aqueles objetivos nas condições histórico-sociais dominantes<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Jellinek, cit., p. 100.

<sup>35</sup> Jellinek, cit., p. 63. “[...] é preciso distinguir o efeito do Estado na vida social do Estado como causa.”

<sup>36</sup> Heller, cit., p. 131.

<sup>37</sup> Heller, cit., p. 134.

<sup>38</sup> Heller, cit., p. 39-40.

Para Heller, a Teoria do Estado é ciência auxiliar da ciência do Direito, que se acha mais perto da política, com o intento de compreender o Estado segundo amplas conexões, como as originadas da divisão de trabalho. Nesse ponto, retorna a discussão sobre a atitude cognoscitiva, também proposta por Jellinek, que divide a ciência em três tipos: narrativa (descritiva), explicativa (teórica) e de aplicação (prática). A ciência descritiva do Estado seria basicamente histórica. Já a ciência teórica ocupa-se dos princípios fundamentais do Estado (parte geral) e, como vimos, da comparação entre as instituições específicas dos Estados ou da análise de um Estado determinado (“doutrina particular”)<sup>39</sup>. Por fim, a política, em sentido estrito, se ocupa da aplicação prática desses conhecimentos:

A política é a ciência prática do Estado ou ciência aplicada, isto é, aquela que estuda o modo como o Estado pode alcançar determinados fins e que considera os fenômenos da vida do Estado do ponto de vista teleológico como um ponto de referência, um critério para julgar os fatos e as relações. A doutrina do Estado contém essencialmente juízos de mero conhecimento, enquanto o conteúdo da política é formado por juízos de valoração. [...] <sup>40</sup>

Em resumo, a ciência do Estado se ramifica conforme os métodos, voltados ao conhecimento do Estado enquanto construção social (sociologia do Estado) ou enquanto instituição jurídica (Direito Público). E se completa com a política, enquanto ciência prática, “arte” voltada ao futuro, ao dever ser, ou ciência empírica<sup>41</sup>. E a base disso é o reconhecimento dos papéis e lugares específicos do pensamento teórico, da formulação conceitual e da política, como plano da ação prática, embora haja um campo comum a ambos, relativo às teorias da justificação e dos fins do Estado<sup>42</sup>.

Heller critica Jellinek, entre outros, por essa separação entre a dimensão estática da “ordem estatal em repouso”, objeto da Teoria do Estado e do Direito Público, a quem caberia a investigação e proposição dos conceitos básicos da

<sup>39</sup> Jellinek, cit., p. 63.

<sup>40</sup> Jellinek, cit., p. 72-76.

<sup>41</sup> A abordagem adotada presentemente ainda segue esse esquema básico, dividindo-se em três vertentes: uma filosofia do Estado, que se ocupa da justificação do Estado, com referência a fins e valores éticos; uma sociologia do Estado, cujo interesse é a dimensão fática, realista, dedicada à análise das forças que sustentam e movem o Estado; e uma vertente jurídica, cujo centro de interesse é a conformação normativa do fenômeno estatal. Dallari, cit., p. 18.

<sup>42</sup> “As normas jurídicas, salvo nos casos limites, são incontestáveis. As regras políticas não, porque não podem alcançar um valor de universalidade pois todos os fins concretos, políticos, sejam relativos ou metafísicos, estão submetidos às crenças ou opiniões dos indivíduos e partidos.” Jellinek, cit., p. 81.

política, e a prática da política como toda outra forma de at quanto se renova de modo co trata de complementação ent Jellinek, mas da inseparabili do objeto<sup>43</sup>. [...] O ente Estado, somos nós mesmos<sup>44</sup>.”

Nesse sentido, Heller reje entre a Teoria do Estado volt política, dirigida essencialmer seria a fixação de critérios par fazer a descrição, a interpretaç

A chave da teoria de Hel dialética<sup>46</sup>, a “articulação do de Hegel, com a contribuiçã a “análise dialética da totali pelo real<sup>47</sup>”. Da dualidade en estrutura de sentido (dimens na experiência estatal concre decisão e ação”.

## 2.5. Estado e Direito

A Teoria do Estado de H de seus principais interlocutor Em termos teóricos, Heller re Teoria do Estado esvaziada d Schmitt, que nega a normati

<sup>43</sup> Heller, p. 78.

<sup>44</sup> “Quem desejar descobrir o ser de vontade e de valores que se seu futuro. Toda representação de maneira constantemente r determinado poder de vontade cit., p. 79-80.

<sup>45</sup> Heller, cit., p. 22.

<sup>46</sup> “Toda teoria que prescind da de ou subjetividade, desconhe silha já no seu ponto de partid

<sup>47</sup> Heller, cit., p. 132.

política, e a prática da política. “Tal distinção é [...] inaceitável porque o Estado, como toda outra forma de atividade política, só existe como instituição enquanto se renova de modo constante por meio da ação humana. [...]”. Não se trata de complementação entre dimensões teórica e prática, como entendia Jellinek, mas da inseparabilidade entre elas. “Não é possível separar o sujeito do objeto<sup>43</sup>. [...] O ente Estado, como acontecimento humano cujo sujeito-objeto somos nós mesmos<sup>44</sup>.”

Nesse sentido, Heller rejeita também a separação por um critério temporal entre a Teoria do Estado voltada à compreensão do passado e do presente, da política, dirigida essencialmente ao futuro. Quanto à Ciência Política, seu papel seria a fixação de critérios para a seleção dos fatos com base nos quais se possam fazer a descrição, a interpretação e a crítica consistentes dos fenômenos políticos<sup>45</sup>.

A chave da teoria de Heller é o entendimento do Estado como totalidade dialética<sup>46</sup>, a “articulação do todo social”, baseada na concepção de totalidade de Hegel, com a contribuição metodológica do materialismo histórico, isto é, a “análise dialética da totalidade da vida social”, com um “singular respeito pelo real<sup>47</sup>”. Da dualidade entre formação social (dimensão realista, fática) e estrutura de sentido (dimensão filosófica, axiológica), surge a síntese, baseada na experiência estatal concreta; o Estado como uma “unidade organizada de decisão e ação”.

## 2.5. Estado e Direito

A Teoria do Estado de Heller encontra em estágio de maturidade as obras de seus principais interlocutores, tanto Jellinek como Carl Schmitt e Hans Kelsen. Em termos teóricos, Heller rebate o normativismo de Kelsen, que resulta numa Teoria do Estado esvaziada do elemento político, assim como o decisionismo de Schmitt, que nega a normatividade e reduz o elemento jurídico do fenômeno

<sup>43</sup> Heller, p. 78.

<sup>44</sup> “Quem desejar descobrir o ser do Estado terá por força que levar em conta as comunidades de vontade e de valores que se atualizam no presente do Estado, e além disso referir-se ao seu futuro. Toda representação presente da estrutura do Estado, cuja atualização se realiza de maneira constantemente renovada, nasce unicamente do fato de considerarmos um determinado poder de vontade, perante os demais, como o formador do futuro [...]” Heller, cit., p. 79-80.

<sup>45</sup> Heller, cit., p. 22.

<sup>46</sup> “Toda teoria que prescindia da alternativa direito ou poder, norma ou vontade, objetividade ou subjetividade, desconhece a construção dialética da realidade estatal e é, por isso, falsa já no seu ponto de partida.” Heller, cit., p. 325.

<sup>47</sup> Heller, cit., p. 132.

estatal, ambas as abordagens consistindo em simplificações que se valeriam da supressão ou diminuição de um dos polos na relação dialética.

Quanto ao debate de método na Teoria do Estado, Heller destaca a importância da contribuição de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, especialmente diante da carência de outra metodologia satisfatória<sup>48</sup>. Embora a rejeite integralmente, entende que a sistematização da obra do positivismo do século XIX teria sido necessária no processo de diferenciação do direito em relação à política. Sua principal crítica refere-se à redução do Estado a uma construção jurídica, a identidade entre Estado e Direito, de que resultaria a definição do Estado como “ordem jurídica soberana”<sup>49</sup>.

Heller critica o propósito inconfessado de Jellinek de “salvar a separação entre a Teoria do Estado e a política”, realizado por Kelsen como o “sonho da época, ou seja, a eliminação radical do político da Teoria do Estado”<sup>50</sup>, levada mais longe ao “transformar o Estado em uma ordem normativa ideal [...] ao tornar absolutas [...] as formas jurídicas, privadas, no possível, de conteúdo”<sup>51</sup>. Ainda que Kelsen, na leitura de Heller, não pretendesse expungir a Teoria do Estado do político, mas sim do estatal, como decorrência de sua tendência liberal, antissocialista<sup>52</sup>, o resultado teria sido “paradoxalmente, uma Teoria do Estado sem Estado, totalmente emancipada do político”<sup>53</sup>.

Um grave problema da “teoria pura” é suprimir a compreensão do processo de criação do direito e a discussão sobre suas fontes, em que participam e interagem forças políticas, jurídicas e sociais. O direito, para Heller, é criador de poder, na medida em que a situação de obediência espontânea ao sistema normativo, sintetizada no conceito de legitimidade, indica a aceitação dos comandos; a validade da norma é definida mais pelos seus destinatários do que pelos seus emissores<sup>54</sup>. E, nesse ponto, há afinidade com a afirmação de Jellinek, para quem “toda construção e modificação do Direito procede primariamente do conhecimento do que há antes e atrás do Direito”<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> Heller, cit., p. 53.

<sup>49</sup> Kelsen, cit., p. 562.

<sup>50</sup> Heller, cit., p. 78.

<sup>51</sup> Heller, cit., p. 78.

<sup>52</sup> Heller, cit., p. 79.

<sup>53</sup> Idem, ibidem.

<sup>54</sup> Heller, cit., p. 302.

<sup>55</sup> Jellinek, cit., p. 75. “[...] todo processo da vida do Estado, todos os princípios de sua ordem jurídica, foram antes de nascer objeto de reflexões políticas; todo ato realizado pelo Estado, todo direito que se afirma, produz efeitos políticos. [...] Política e Direito não podem confundir-se em momento algum, sendo preciso que conservem seus limites respectivos;

Heller relaciona os termos “normalidade social, e “normativo” sendo uma conexão entre a observação da estabilidade social. Ao referir-se à normalizadora do normativo”<sup>56</sup>, da validade das relações sociais e a segurança se pudesse aplicar a um caos.<sup>58”</sup>

E numa crítica a Kelsen, “a compreensão do sentido da normalidade”; nesse território por meio de uma norma (ordenação unitária, normada)

Para Heller, a chave da compreensão do político e jurídico da criação do direito dialética.

Enquanto se contraponha ambos, o direito ao poder de modo cabal nem o esperado por conseguinte, tampouco caráter de criador de poder jurídica normativa nem poder que tem o poder do Estado relação entre este e o Estado da nem em uma irreduzível considerada como uma realidade paradas e admissão de caos

Outro aspecto importante prático é a consideração da existência de sociedade. Jellinek entende que o direito, mas o mais importante, na realidade, expresso ou tácito, do direito

mas não é possível fazer investigação do que é possível politicamente; se não o Direito Político se desviaria por causa puramente escolástica, alheia à vida” Heller, cit., p. 298, e Jellinek, cit., p. 299. Heller, cit., p. 299. Heller, cit., p. 301. Heller, cit., p. 299. Heller, cit., p. 231.

Heller relaciona os termos “normal”, isto é, correspondente a determinada regularidade social, e “normativo”, ou seja, relativo a regras jurídicas, estabelecendo uma conexão entre a observância persistente das disposições jurídicas e a estabilidade social. Ao referir-se à “força normativa do normal fático” e à “força normalizadora do normativo”<sup>56</sup>, destaca a importância recíproca da previsibilidade das relações sociais e a segurança jurídica<sup>57</sup>. “Não existe norma alguma que se pudesse aplicar a um caos.”<sup>58</sup>

E numa crítica a Kelsen, “a Constituição real não é mero dever ser, mas ser, no sentido da normalidade”; nesse intento de uma normalização geral para o território por meio de uma normação central reside a essência do Estado moderno (ordenação unitária, normada de um modo planejado, desde um centro)<sup>59</sup>.

Para Heller, a chave da compreensão do balanço entre os componentes político e jurídico da criação do direito está, como não poderia deixar de ser, na dialética.

Enquanto se contraponha, sem espécie alguma de mediação dialética entre ambos, o direito ao poder de vontade do Estado, não se poderá compreender de modo cabal nem o específico do direito nem o característico do Estado e, por conseguinte, tampouco a relação que existe entre um e outro. [...] Sem o caráter de criador de poder que o direito acarreta não existe nem validade jurídica normativa nem poder estatal; mas sem o caráter de criador de direito que tem o poder do Estado não existe positividade jurídica nem Estado. A relação entre este e o Estado não consiste nem em uma unidade indiferenciada nem em uma irreduzível oposição. Pelo contrário, essa relação deve ser considerada como uma relação dialética, isto é, “como relação das esferas separadas e admissão de cada polo no seu oposto”<sup>60</sup>.

Outro aspecto importante presente nas origens da Teoria Geral do Estado é a consideração da existência de múltiplos centros de produção do direito na sociedade. Jellinek entende que o Estado não é o único órgão da produção do direito, mas o mais importante, na medida em que é a ele que cabe o reconhecimento, expresso ou tácito, do direito autônomo das associações, assim como do

---

mas não é possível fazer investigações eficazes de Direito Público sem um conhecimento do que é possível politicamente; se não tiver em conta essas considerações fundamentais, o Direito Político se desviaria por caminhos perigosos e se converteria em uma disciplina puramente escolástica, alheia à vida e ao conhecimento do real.” Jellinek, cit., p. 72-76.

<sup>56</sup> Heller, cit., p. 298, e Jellinek, cit., p. 337 e ss.

<sup>57</sup> Heller, cit., p. 299.

<sup>58</sup> Heller, cit., p. 301.

<sup>59</sup> Heller, cit., p. 299.

<sup>60</sup> Heller, cit., p. 231.

direito consuetudinário. A fonte última do direito não é o Estado, mas a “ciência comum de uma existência social”<sup>61</sup>.

Para Jellinek, a doutrina do Estado e seu método repousavam sobre uma percepção clara da irreduzibilidade desse fenômeno a qualquer das disciplinas necessárias à sua análise e compreensão. Frisando a distinção entre os componentes jurídicos e os demais elementos presentes na configuração do Estado, observa que a clareza metodológica requeria um movimento, no campo das ciências sociais, análogo ao empreendido nos séculos anteriores para as ciências naturais, no sentido da criação de uma lógica “sistemática, compreensiva de todas as questões difíceis”, que abarcasse, neste campo, a pesquisa em História, Economia Política, Sociologia e Estatística, além da chamada “Doutrina do Estado”<sup>62</sup>. Embora à época não se fizesse uso do termo, trata-se de uma abordagem que reconhece a necessária interdisciplinaridade<sup>63</sup>.

## 2.6. Ciência da observação e ciência de conceitos

Um dos papéis da Teoria do Estado é a elaboração e sistematização de um universo conceitual que represente, em termos jurídicos, as relações oriundas do mundo do poder. Para Jellinek, a ciência teórica do Estado é uma “ciência de conceitos”<sup>64</sup>, o que significa dizer que o caráter sistemático que se possa atribuir ao conjunto de relações jurídicas nesse campo se deve muito ao trabalho de construção jurídica, capaz de orientar a produção e a aplicação do direito com vista à coerência interna do conjunto<sup>65</sup>.

Dentre esses conceitos, destacam-se como importantes expressões de conexão entre os mundos jurídico e político os de personalidade jurídica e representação política.

<sup>61</sup> Gierke, apud Ríos, p. 21.

<sup>62</sup> Jellinek, cit., p. 86.

<sup>63</sup> A respeito da situação da Teoria do Estado em relação às ciências sociais, ver Sebastião Botto de Barros Tojal. *Teoria Geral do Estado. Elementos de uma nova ciência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>64</sup> Jellinek, cit., p. 75.

<sup>65</sup> Fabio Comparato destaca o papel da pandectística alemã do século XIX, que, na falta de um texto unificado de legislação para comentar – como ocorria com os juristas franceses diante do Código Civil de 1804, a quem só era dado limitado espaço de exegese – desenvolveu “um dos trabalhos criativos mais notáveis de toda a história do pensamento jurídico”. Graças ao método de construção jurídica desenvolvido em conjunto por Gerber e Jhering, quando se formou o Estado alemão, já havia “a sistematização de um autêntico direito público, comum a todos os países da cultura alemã”. Prefácio a Friedrich Müller. *Quem é o povo. A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 9-11.

A personalidade jurídica do Estado Público, cuja formulação se deu como pessoa moral e, incorporada por Savigny anos antes, passa a definir-se, em termos de direitos e obrigações, em um plano de relações idealizado o qual agrega os seus interesses e trata-se de uma vontade abstrata da vontade geral<sup>67</sup>.

O poder público é definido como um organismo ético, consciência jurídica, denotação mecânica e artificiosa de vontade, graças ao Estado, em coletividade de indivíduos querendo ou, em outros termos, querendo a personalidade jurídica<sup>68</sup>. Combina-se o poder do povo enquanto comunidade política com a vontade do Estado não é como um organismo pressupostos, mas recebe sua existência; o jurídico é o modo de existência do direito, não é uma essência criada mediante a vontade da ordem jurídica deste<sup>69</sup>.

Essa noção implica a instituição deslocando-se o centro da vida política para o Estado. É o que torna possível a existência dos governos.

<sup>67</sup> A Gerber deve-se também a noção de personalidade jurídica, designar, de forma genérica, a administração jurídica e orientados pelo Direito do poder. Ríos, cit., p. 6. No mesmo sentido, Fernando de los Ríos destaca a parte da teoria da personalização do Estado completamente distinto da evolução do Estado-trust, o “Estado como relação jurídica fechada arquitetonicamente”.

<sup>68</sup> Ríos, cit., p. 5. Essa proposição de Jhering em *Teoria Social*: “Aquele que ousa empreender suas próprias forças para lhe dar outro uso sem socorro alheio”.

<sup>69</sup> Gerber, apud Ríos, cit.

A personalidade jurídica do Estado é uma das noções fundadoras do Direito Público, cuja formulação se deve inicialmente a Gerber, que propõe o Estado como pessoa moral e, incorporando a noção de relação jurídica cunhada por Savigny anos antes, passa a definir as iniciativas do Estado como relações jurídicas, em termos de direitos e obrigações<sup>66</sup>. Formaliza-se, com isso, a existência de um plano de relações idealizado ou metafísico, instância superior aos indivíduos, que agrega os seus interesses e traduz em termos jurídicos a ideia contratualista abstrata da vontade geral<sup>67</sup>.

O poder público é definido como força ética comum, poder de vontade de um organismo ético, consciência que o povo tem de si mesmo, não uma coordenação mecânica e artificiosa de vontades particulares. “O povo se converteu, graças ao Estado, em coletividade jurídica, consciente de si mesma e capaz de querer ou, em outros termos, que o povo se eleva mediante o Estado, a personalidade jurídica”<sup>68</sup>. Combina-se, nessa construção jurídica, a instituição do povo enquanto comunidade política e sujeito jurídico. No Estado de Direito, a vontade do Estado não é como no direito privado, absoluta e desprovida de pressupostos, mas recebe sua direção e limite do fundamento ético de sua existência; o jurídico é o modo como o poder se exterioriza. O sujeito, em sentido jurídico, não é uma essência ou uma substância, mas uma capacidade criada mediante a vontade da ordem jurídica, “o poder de querer do Estado é o direito deste”<sup>69</sup>.

Essa noção implica a institucionalização e despersonalização do poder, deslocando-se o centro da vida pública da pessoa do governante para a figura do Estado. É o que torna possível, na prática, imputar responsabilidade aos governos.

<sup>66</sup> A Gerber deve-se também a noção de poder público, incorporada ao léxico corrente para designar, de forma genérica, a administração pública ou o governo como entes definidos juridicamente e orientados pelo Direito para a realização de atos e funções que pressupõem o poder. Ríos, cit., p. 6. No mesmo sentido, Mario Losano., op. cit.

<sup>67</sup> Fernando de los Ríos destaca a particularidade da teoria nascente, que, embora inspirada na teoria da personalização do Estado e do poder comum de Hobbes, trilhou um caminho completamente distinto da evolução inglesa, em que, segundo Blackstone, o que há é o Estado-trust, o “Estado como relação entre órgãos supremos, não como unidade jurídica fechada arquetonicamente”. *Commentaries*, 1765, apud Ríos, cit., p. 3.

<sup>68</sup> Ríos, cit., p. 5. Essa proposição de Gerber retoma a afirmação de Rousseau no *Contrato Social*: “Aquele que ousa empreender a instituição de um povo deve destituir o homem de suas próprias forças para lhe dar outras que lhe sejam estranhas e das quais não possa fazer uso sem socorro alheio”.

<sup>69</sup> Gerber, apud Ríos, cit.

Na aula inaugural proferida na Universidade de Pisa em 1910, com o sugestivo título de “A crise do Estado moderno”<sup>70</sup>, Santi Romano enaltece a elaboração conceitual da personalidade jurídica do Estado como construção que sintetiza um movimento político:

Estupenda criação do direito [...] que, fruto de um longo e seguro processo histórico, deu vida a uma grandeza social [...] maior que qualquer outra e mais que qualquer outra ativa e potente. [...] Nenhum monarca e nenhuma assembleia [...] poderá repetir a famosa frase de Luis XIV: ‘o Estado sou eu’ [...]<sup>71</sup>.

O Estado é um ente em si, que reduz à unidade os vários elementos que compõem, mas não se confunde com nenhum deles e assim ultrapassa a existência dos indivíduos, “se elevando acima dos interesses não gerais, temperando-os e harmonizando-os, colocando-se na condição de cuidar não apenas das gerações presentes, mas também das futuras, ligando em uma íntima e ininterrupta unidade de tempo, de ação, de fins, de momentos e energias diversas, das quais é expressão típica e compreensiva”<sup>72</sup>.

Mas se a construção da personalidade jurídica foi uma inovação importante na relação entre o direito e o poder, no plano das conexões entre o direito e a sociedade, o conceito fundamental é o de representação política, que expressa uma perspectiva menos idealizada do fenômeno do Estado, incorporando diferenças e conflitos.

A questão crítica do problema da representação reside na idealização de povo herdada do Direito natural; o dilema da unidade do Estado oculto sob uma concepção de povo como massa de pessoas sem oposições. Confrontando essa visão, as novas formas de estrutura social subjacentes ao progresso da organização dos trabalhadores e à eclosão das revoluções socialistas, seriam, para Santi Romano, os maiores fatores da “crise do Estado”<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> ROMANO, Santi. *Lo Stato moderno e la sua crisi*. In *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 5-26.

<sup>71</sup> “A despersonalização do poder público, ou melhor, a personificação do poder por meio do Estado, concebido como pessoa: eis o princípio fundamental do direito público moderno, uma pessoa imaterial, mas real; uma entidade não fictícia e imaginária, mas que mesmo sem corpo, consegue, por meio de delicados e maravilhosos dispositivos jurídicos, formar, manifestar e impor uma vontade própria; não sombra nem espectro, mas verdadeiro princípio de vida, operante, se não por meio de um organismo, no sentido estrito do termo, com subsídio em um conjunto de instituições apresentadas e harmonizadas com esse escopo.” Santi Romano, cit., p. 8.

<sup>72</sup> Santi Romano, cit., p. 7.

<sup>73</sup> “[...] a melhora das condições econômicas, a difusão da opinião pública e do espírito crítico e questionador, o alargamento da cultura, o jornal diário, a facilidade de reunião

A representação política nas  
Inglaterra, isto é, num ordenam  
classes. Da forma como é regulada,  
seria uma ficção e nunca teria da  
tação entre eleitos e eleitores, rest  
um sentido negativo, isto é, de co  
assim – mesmo diante do sentime  
e reconhecendo a existência de “si  
força objetiva do direito é desafia  
fato – Santi Romano considerava  
esse estado de coisas como contrá

Mas não resta dúvida de qu  
entre a política e o direito e, por  
Ciência Política e o próprio direi  
da Teoria da Democracia, de fo  
modelos de democracia e trabal  
pectos<sup>75</sup>. Ainda assim, esse é um  
estratégias baseadas nos mecanis  
superar os “mediócrs expedien  
da intensificação das comunicaç  
e sociais a ela associadas.

## 2.7. O Estado social e seu

Na passagem do século XIX  
contribuição ao Direito Público  
transformação, após os acontec  
guerra franco-prussiana e a comu  
que terminou em banho de sang  
manha e a instauração da 3ª Rept  
de 1875. Com o fim da Primeira  
vimentos de trabalhadores assur  
nacional, com a Revolução Russ

e associação, os contatos provoca  
operários em torno das máquinas,  
sedentária e é potente meio de apro

<sup>75</sup> Santi Romano, cit., p. 9.

<sup>76</sup> Como é o caso dos “modelos de den

A representação política nasceu e ganhou sua fisionomia característica na Inglaterra, isto é, num ordenamento que assumia a divisão da sociedade em classes. Da forma como é regulada, no entanto, com seus “mediócras expedientes”, seria uma ficção e nunca teria dado vida a uma verdadeira relação de representação entre eleitos e eleitores, restando ao princípio democrático representativo um sentido negativo, isto é, de contraposição ao princípio aristocrático. Ainda assim – mesmo diante do sentimento de algo ao mesmo tempo vital e inatingível e reconhecendo a existência de “situações degeneradas ou corrompidas”, em que força objetiva do direito é desafiada pela “potência arbitrária” das situações de fato – Santi Romano considerava um grande progresso que se pudesse definir esse estado de coisas como contrário à ordem jurídica<sup>74</sup>.

Mas não resta dúvida de que esse é um tema privilegiado para o diálogo entre a política e o direito e, portanto, para a Teoria do Estado. É certo que a Ciência Política e o próprio direito vêm realizando essa discussão, no âmbito da Teoria da Democracia, de forma ampla, com base no exame empírico de modelos de democracia e trabalhos comparativos sobre os mais variados aspectos<sup>75</sup>. Ainda assim, esse é um tema que comportaria grande ampliação de estratégias baseadas nos mecanismos combinados da política e do direito, para superar os “mediócras expedientes”, que permanecem como regra, a despeito da intensificação das comunicações e de todas as transformações tecnológicas e sociais a ela associadas.

## 2.7. O Estado social e seu direito: coerção e colaboração

Na passagem do século XIX para o XX, a França também prestou grande contribuição ao Direito Público em formação. O país passava por profunda transformação, após os acontecimentos de 1870-1871 – a derrota do país na guerra franco-prussiana e a comuna de Paris, experiência revolucionária radical, que terminou em banho de sangue –, que culminaram com a unificação da Alemanha e a instauração da 3ª República francesa, a partir das leis constitucionais de 1875. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a tensão se acentua, e os movimentos de trabalhadores assumem inédito protagonismo político – no plano nacional, com a Revolução Russa, em 1917, e a criação da União Soviética; no

e associação, os contatos provocados pelo trabalho industrial moderno, que agrega os operários em torno das máquinas, a rapidez dos meios de comunicação, que aboliu a vida sedentária e é potente meio de aproximação [...]” Santi Romano, cit., p. 22.

<sup>74</sup> Santi Romano, cit., p. 9.

<sup>75</sup> Como é o caso dos “modelos de democracia” de Arendt Lipjhart e David Held, entre outros.

plano internacional, com o surgimento das organizações internacionais, inaugurado pela Organização Internacional do Trabalho, no mesmo ano. Diversificam-se as formas políticas, os partidos adquirem papel mais dinâmico e amadurece a organização da sociedade a partir do mundo do trabalho (sindicatos e associações). Pressionado pela alteração do jogo de forças políticas, o aparato jurídico-institucional demonstra a necessidade de reinventar seus instrumentos e atualizar sua fundamentação, como no caso da disputa conceitual entre a soberania nacional e a soberania popular.

Também para Carré de Malberg o sentido do Estado se põe em questão, mas é interessante observar que sua Teoria Geral do Estado<sup>76</sup>, publicada em Paris, em dois volumes, em 1920 e 1922, diferentemente de suas congêneres alemãs, não se apoia sobre um capítulo específico de método ou fundamentação.

Carré de Malberg vislumbra uma organização do Estado não mais fundada exclusivamente num princípio de domínio e coerção<sup>77</sup>. A visão de um Direito público “saneado” para os novos tempos, ainda que apoiada sobre uma leitura desastrosamente equivocada sobre o período que viria<sup>78</sup>, cogitava da substituição dos regimes de coerção, baseados em relações de mando e submissão, por um regime de colaboração. Faria sentido seguir concebendo a soberania como dominação – pergunta-se – diante de formas institucionalizadas de colaboração, tais como a (então) nova conformação da representação política, a atribuição de voz e a participação às minorias, com a adoção da representação proporcional e a expansão do sufrágio?

A fórmula da colaboração, baseada em uma concepção revista de cidadania, seria um desafio. No plano das instituições, a manifestação dessa dimensão “colaborativa” do Estado seriam as eleições – que vinham ganhando importância, como resultado das lutas pela ampliação do sufrágio – e o próprio fortalecimento do regime parlamentar, isto é, “a subordinação da atividade legislativa e governamental à vontade, não somente dos corpos eleitos, mas também e definitivamente do próprio corpo eleitoral, [que] implicam uma participação

<sup>76</sup> MALBERG, Carré de. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. O título original da obra é *Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel français*.

<sup>77</sup> MALBERG, Carré de, cit., p. 7. O autor adota a expressão *puissance publique* como um qualificativo do poder, influenciado pela incidência do Direito. Embora a tradução literal de *puissance* seria *potência* (no sentido de força), a expressão mais usual em português costuma ser *poder público*.

<sup>78</sup> A afirmação de Carré de Malberg é ilustrativa da fragilidade preditiva das ciências sociais. Vislumbrava ele, no começo da década de 1920, para ser violentamente desmentido na década seguinte, que “nas relações do Estado com seus povos, os regimes de força de potestade imperativa parecem irrevogavelmente proscritos”. Carré de Malberg, cit., p. 8.

continuamente crescente de todo de o andamento dos negócios público proporcional em diversos países minorias, evolução jurídica que c

O poder estatal não parecia dência. Talvez possa resultar Estado encontra precisam do mesmo modo que reti energia ou desenvolvê-la e entende, pois, como uma j cie de abandono do poder ço maior, dirigida pelo E coesão de sua unidade or medida a potestade estata

Uma outra tendência antecij Estado seria a multiplicação e exte produziria uma “dulcificação” e u com maior intromissão do Estado como em matéria de regulamenta

Inovações legislativas import são de serviços estatais, como a leg da velhice e outras. Surge o Estad François Ewald, trata-se de um tip do o modelo liberal nem como tra ada em medidas de abrandament como uma nova entidade positiv espaço político com uma lógica in

As práticas jurídicas do Estad termo utilizado pelos liberais do :

<sup>79</sup> Malberg, p. 10. As referências deste t

<sup>80</sup> Malberg, cit., p. 16.

<sup>81</sup> Malberg, cit., p. 9.

<sup>82</sup> Incluamos nesse rol as situações desi de bem-estar social, Welfare state, ac

<sup>83</sup> EWALD, François. *The concept of* (Gunter Teubner, ed.). New York/B

<sup>84</sup> Observe-se que não se trata de “direi do artigo 6º da Constituição Federal, jurídica peculiar ao Estado social.

continuamente crescente de todos os cidadãos na ação diretriz da qual depende o andamento dos negócios públicos”<sup>79</sup>. Além disso, a adoção da representação proporcional em diversos países dava novo sentido à representação das minorias, evolução jurídica que correspondia à nova força da opinião pública.

O poder estatal não parece chamado a entrar tão logo em uma fase de decadência. Talvez possa resultar em um aumento da própria colaboração. Pois o Estado encontra precisamente nesta colaboração um recurso que lhe permite, do mesmo modo que retira suas forças do povo, aumentar sua potência em energia ou desenvolvê-la em extensão. O requerimento para colaborar não se entende, pois, como uma pura concessão feita aos cidadãos, como uma espécie de abandono do poder, mas que contém também a demanda de um esforço maior, dirigida pelo Estado a seu povo com o fim de obter uma maior coesão de sua unidade orgânica e, por conseguinte, de fortificar na mesma medida a potestade estatal da nação<sup>80</sup>.

Uma outra tendência antecipada em relação à dimensão colaborativa do Estado seria a multiplicação e extensão de suas tarefas no campo econômico, que produziria uma “dulcificação” e uma transformação no regime do poder estatal, com maior intromissão do Estado em campos regidos pela liberdade individual, como em matéria de regulamentação econômica<sup>81</sup>.

Inovações legislativas importantes da época mudam o panorama da provisão de serviços estatais, como a legislação de acidentes do trabalho, a de proteção da velhice e outras. Surge o Estado social, com suas múltiplas variações<sup>82</sup>. Para François Ewald, trata-se de um tipo de Estado que não se configura nem segundo o modelo liberal nem como transição para um futuro Estado socialista, baseada em medidas de abrandamento da injustiça e dureza do Estado liberal, mas como uma nova entidade positiva, com “as coordenadas de um novo tipo de espaço político com uma lógica interna própria”<sup>83</sup>.

As práticas jurídicas do Estado social<sup>84</sup>, que tipificam o Estado-providência (termo utilizado pelos liberais do século XIX para criticar os projetos dos refor-

<sup>79</sup> Malberg, p. 10. As referências deste tópico foram extraídas do Prólogo, p. 7-18.

<sup>80</sup> Malberg, cit., p. 16.

<sup>81</sup> Malberg, cit., p. 9.

<sup>82</sup> Incluíamos nesse rol as situações designadas pelas expressões Estado providência, o Estado de bem-estar social, Welfare state, aqui utilizados como sinônimos.

<sup>83</sup> EWALD, François. The concept of social law. In *Dilemmas of law in the welfare state* (Gunther Teubner, ed.). New York/Berlin: Walter de Gruyter, 1988, p. 40-75; p. 40.

<sup>84</sup> Observe-se que não se trata de “direitos sociais”, remetendo a algo similar ao rol constante do artigo 6º da Constituição Federal, mas do direito social, entendido como a estruturação jurídica peculiar ao Estado social.

mistas sociais) consubstanciam “a formação de um novo sistema jurídico, tanto do ponto de vista das fontes como de sua lógica e modos de aplicação”. Trata-se de uma alteração da visão sobre o contrato social, não mais concebido como uma relação entre o soberano e indivíduos autônomos, de onde emerge um Estado com poderes limitados para a garantia dos contratos. Na racionalidade do direito do Estado social, o todo tem uma existência independente das partes e as partes não assumem mais obrigações sem a mediação do todo – que não é mais o Estado, mas a Sociedade<sup>85</sup>. Há um “processo de socialização”, em que a sociedade atua nas relações entre os indivíduos, desempenhando papéis de regulação, mediação ou redistribuição.

Não se trata de um direito do trabalho ou da seguridade social, ramos que poderiam ser disciplinados com a aplicação do direito tradicional, mas do aparecimento de um outro tipo de racionalidade jurídica, que afeta o conjunto das disciplinas jurídicas e que é representada, por exemplo, pelo direito dos acidentes, direito do consumidor, direito ambiental, e no plano internacional, pelo direito do desenvolvimento, conectado com a nova ordem econômica internacional. Em resumo, o advento do direito do Estado social opera uma modificação profunda, comparável àquela representada pelos direitos subjetivos no século XIX<sup>86</sup>. O embate entre visões políticas se traduz em visões jurídicas, a disputa entre as concepções liberal e social do direito, e importa a transformação da racionalidade política e governamental<sup>87</sup>.

O atributo social passará a estar indissociavelmente vinculado aos temas do Estado e do Direito, mesmo quando, no final do século XX, seu modo característico de atuação for posto em questão. O declínio do protagonismo dos trabalhadores como força organizada na sociedade, após a derrota dos sindicatos no governo Margareth Thatcher, no Reino Unido (1979-1990), e o governo Reagan, nos EUA (1981-1989), marca o retraimento da atuação política responsável pelas experiências mais consequentes da social-democracia e da estabilidade social proporcionada pelo Estado de bem-estar (plano Beveridge, reforma da saúde etc.). A partir daí e com a queda do muro de Berlim, em 1989, e o fim da União Soviética, desaparece o contraponto na geopolítica do capitalismo financeiro mundial e têm início as políticas neoliberais dos anos 1990. Indaga-se Ewald, então:

<sup>85</sup> Em maiúscula no original.

<sup>86</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. O conceito de Direito social e racionalidades em conflito: Ewald contra Hayek. In *Ensaios de Teoria do Direito* (Ronaldo Porto Macedo Jr.). São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>87</sup> Ewald, cit., p. 40 e 41.

O que é a crise do Estado socialmente? O declínio dos gastos em serviços sociais? Não apenas isso, mas a concentração de riqueza em poucos membros das sociedades modernas de Estado<sup>88</sup>.

Por fim, as transformações tecnológicas da internet e da telefonia móvel, com o declínio das indústrias produtivas tradicionais, com o declínio dos serviços. Em paralelo, ocorre um aumento da concentração de riqueza em poucos membros das sociedades modernas de Estado<sup>88</sup>. As crises do século XX, entram em crise, com a crise de 2008.

Em face dos seus efeitos persistentes, o Conselho de Estado do Collège de France, em 2013:

Domina a dimensão tecnológica do trabalho herdada da revolução digital gerada pela revolução digital. A ordem jurídica precisa estabelecer fronteiras comerciais para reconhecer os direitos. O Estado social ainda está em crise e precisa dar lugar a outros arranjos institucionais.

No mesmo ano, o Conselho de Estado do Collège de France, em 2013, buscando refletir sobre o Estado. Essa crise estaria relacionada com a crise da Europa, que implicariam um caráter exclusivo, mas inclusivo, abrangendo todos os níveis. No movimento de convergência com a revisão dos direitos nacionais e a abertura com outros agentes que editam a multiplicação de formas de intervenção.

<sup>88</sup> Ewald, cit., p. 40.

<sup>89</sup> Alain Supiot. *Grandeur et misère de l'État*. Leçons inaugurales du Collège de France. Disponível em: < <http://books.openedition.org/cefr/1111> >

<sup>90</sup> Disponível em: < <http://www.conseil-etat.fr/Dossier-Ou-va-l-Etat> >. Acesso em: 14-2

O que é a crise do Estado social? O fato de, devido à crise econômica, o crescimento dos gastos em seguridade social se acelerarem, enquanto a renda declina? Não apenas isso, mas, mais profundamente, a consciência de que nós, membros das sociedades desenvolvidas, estamos vivendo em um novo tipo de Estado<sup>88</sup>.

Por fim, as transformações tecnológicas do final do século, com a disseminação da internet e da telefonia móvel, provocaram a reorganização de formas produtivas tradicionais, com o declínio da indústria e o crescimento da economia de serviços. Em paralelo, ocorre um aumento de produtividade sem precedentes, basicamente apropriado pelas camadas favorecidas, traduzindo-se em vertiginosa concentração de riqueza. As classes médias, que haviam sido o esteio do século XX, entram em crise, com a precarização das relações de trabalho. Sucede a crise de 2008.

Em face dos seus efeitos persistentes, observa Alain Supiot, na aula inaugural do Collège de France, em 2013:

Dominar a dimensão tecnológica supõe adaptar as formas jurídicas de organização do trabalho herdadas do mundo industrial aos riscos e oportunidades geradas pela revolução digital. Dominar a dimensão comercial supõe conceber uma ordem jurídica internacional que vede o uso da abertura de fronteiras comerciais para fugir dos deveres de solidariedade inerentes ao reconhecimento dos direitos econômicos e sociais.

O Estado social ainda está em condição de assegurar esse domínio ou deve dar lugar a outros arranjos institucionais?<sup>89</sup>.

No mesmo ano, o Conselho de Estado francês promove o seminário *Où va l'État?*<sup>90</sup>, buscando refletir sobre os motivos e o alcance de mais uma crise do Estado. Essa crise estaria relacionada às transformações no âmbito da União Europeia, que implicariam um caráter “permeável” da soberania, não mais exclusiva, mas inclusiva, abrangendo o transnacional e a governança em vários níveis. No movimento de convergência jurídica por que passa a União Europeia, com a revisão dos direitos nacionais, o Estado estaria em declínio, em concorrência com outros agentes que editam normas, e em fragmentação, em vista da multiplicação de formas de intervenção pública e da pluralização de suas fontes.

<sup>88</sup> Ewald, cit., p. 40.

<sup>89</sup> Alain Supiot. *Grandeur et misère de l'État social*. Paris: Fayard, Collège de France, coleção Leçons inaugurales du Collège de France, 2013, especialmente do item 31 em diante. Disponível em: <<http://books.openedition.org/cdf/2249>>. Acesso em: 14-2-2017.

<sup>90</sup> Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/Dossier-Ou-va-l-Etat>>. Acesso em: 14-2-2017.

Além disso, teria perdido a “exorbitância” – expressão que no direito administrativo francês conota as prerrogativas próprias do Poder Público, regime jurídico especial, derogatório do direito comum – e com isso teria se tornado um ente como os outros, impotente, enfraquecido e deslegitimado, abalado em seu crédito, na confiança; a dimensão mítica do Estado teria descido do pedestal.

O Estado contemporâneo, varrido pelos movimentos de reforma do Estado, estaria profundamente perturbado, demandando a recuperação da filosofia do Estado, que possa responder ao que ele encarna, ao que porta e ao que subsistiria o “Leviathan democrático”<sup>91</sup>.

Ainda assim, se afirma que o Estado é uma das forças de unidade do povo. Da tradição do Estado de polícia ao Estado social, segue como um projeto fundado na transcendência do indivíduo, no interesse geral, no bem comum, na vontade geral ou, para Hegel, um projeto racional comum próprio de uma comunidade histórica. O Estado é necessário para pensar e viver a coesão social, a economia, a ecologia, dando sentido e coerência à inserção de cada nação no mundo. É ele quem pode pôr em marcha a vontade, dotando um povo de consciência de sua razão histórica, sua razão de ser (*sense e puissance*). Também é o Estado a cabeça, o responsável por prover uma visão estratégia de longo prazo, em perspectiva, a articulação com um projeto político, no sentido de um projeto de vida, contra a ditadura do imediato, um projeto comum próprio à sociedade, que pretende traçar seu próprio caminho<sup>92</sup>.

Constata-se a influência marcante da sociologia política na França, rivalizando com a filosofia política. A França tradicionalmente teve um desenvolvimento próprio sobre as questões do Estado e da Administração Pública. Não só porque se trata do berço do direito administrativo, mas também em virtude de outras influências que produziram uma visão particular sobre a função social do Estado, como a sociologia de Durkheim e a obra de Leon Duguit, que define o Estado como um prestador de serviços públicos, não com o caráter administrativo que chegou até nós, mas com sentido político de integração social<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> SAUVÉ, Jean Marc. *Estado, expressão da nação: um objeto filosófico e uma construção histórica*. Conferência proferida no Colóquio OÙ va l'État, em Paris, Conselho de Estado, em 16-10-2013.

<sup>92</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>93</sup> Em suas *Leçons de Droit Public General*, Duguit recusa conferir grande consideração ao método, exigindo dele apenas: objetividade, aplicação de raciocínio lógico-dedutivo apenas como instrumento de descoberta e rejeição aos conceitos *a priori*, que integrariam a “metafísica ou a religião”. Adverte, no entanto, que isso não significa descartar a busca de um Direito ideal ou a possibilidade de hierarquia de valores sociais, mas que esse ideal é dado pela realidade e consiste na solidariedade social (p. 34-36).

As noções de regulação social e condicionamentos sobre a necessidade de abandonar as questões estruturantes ou deveria ser? Em lugar disso, pergunta pública, a partir de uma “cartografia dos empirismos baseados na sociologia e”, resultou em conhecimento sofisticado (ambiente etc.), mas sem profundidade como resposta a questões fundamentais de serviços” é perder o elemento de populacionais, qual seria o papel do conhecimento? Além disso, se os serviços (educação para o trabalho) não funcionam, a dificuldade em se justificar<sup>95</sup>.

A evolução do Estado seria um processo de construção do Estado-nação correspondente ao pós-nacional, ao qual se seguiria um terceiro momento de construção do Estado, ultrapassado, mas com sentido político de integração social.

Mas seria necessária uma deontologia da redução das desigualdades que resultaria em coesão, ao qual é necessário, embora muito rica enquanto crítica, a capacidade de construção conceitual de um Estado aberto à sociedade, com as competências necessárias ao exercício da participação, mediante a formação de agenda político, instrumentar

### 3. Algumas questões de futuro

#### 3.1. Teoria do Estado e Direito

Ao longo do século XX, as transformações foram acompanhadas de questões discursivas e teóricas.

<sup>94</sup> Jacques Caillosse, *idem*.

<sup>95</sup> Bruno Le Maire e Alain Richard, *idem*.

<sup>96</sup> Jacques Caillosse, *idem*.

As noções de regulação social e governabilidade teriam gerado novos questionamentos sobre a necessidade da Teoria do Estado. Com isso, teriam sido abandonadas questões estruturantes sobre o Estado: o que ele é, o que poderia ou deveria ser? Em lugar disso, pergunta-se hoje: o que o Estado produz? A ação pública, a partir de uma “cartografia das políticas públicas”, orientadas a trabalhos empíricos baseados na sociologia, que apresentariam o Estado “tal como ele é”, resultou em conhecimento sofisticado sobre cada setor (cultura, indústrias, ambiente etc.), mas sem profundidade sobre as grandes questões do Estado ou como resposta a questões fundamentais<sup>94</sup>. Entender o Estado como um “guichê de serviços” é perder o elemento de identidade. Diante do problema dos fluxos populacionais, qual seria o papel do Estado em relação aos sentimentos de pertencimento? Além disso, se os serviços (proteção e segurança, justiça, polícia, educação para o trabalho) não funcionam ou são ineficientes, o Estado passa a ter dificuldade em se justificar<sup>95</sup>.

A evolução do Estado seria um movimento dialético, cujo momento inicial seria o de construção do Estado-nação, seguido por um momento de antítese, correspondente ao pós-nacional, ao transnacional e ao cosmopolitismo, ao qual se seguiria um terceiro momento de síntese, em que se vê a capacidade de resiliência do Estado, ultrapassado, mas que permanece<sup>96</sup>.

Mas seria necessária uma deontologia do Estado, voltada à transparência, à redução das desigualdades que resultaram da globalização, a um projeto de viver coletivamente, de coesão, ao qual é preciso dar consistência. O problema é que, embora muito rica enquanto crítica, a sociologia do Estado não tem a mesma capacidade de construção conceitual que a abordagem formal do direito. A construção de um Estado aberto à sociedade e aos cidadãos, recentrado sobre as competências necessárias ao exercício de sua missão e suficientemente preparado para a participação, mediante formas juridicamente potentes, é algo à espera de agendamento político, instrumentalização normativa e teoria consistente.

### 3. Algumas questões de fronteiras disciplinares

#### 3.1. Teoria do Estado e Direito Constitucional

Ao longo do século XX, as turbulências em relação ao Estado e suas crises são acompanhadas de questões disciplinares entre a Teoria Geral do Estado e o

<sup>94</sup> Jacques Caillosse, *idem*.

<sup>95</sup> Bruno Le Maire e Alain Richard, *idem*.

<sup>96</sup> Jacques Caillosse, *idem*.

Direito Constitucional, resultantes da imposição, por governos autoritários, de ideologias sobre o conteúdo ensinado, a demonstrar o peso do pensamento jurídico sobre a operação institucional do Direito.

Isso ocorreu na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conforme relata Dalmo Dallari ao narrar o processo de criação da disciplina Teoria Geral do Estado<sup>97</sup>. No Estado Novo, quando o Prof. Sampaio Dória, catedrático de Direito Constitucional, recusou-se a lecionar como conteúdo da disciplina a Constituição baixada pela ditadura varguista em 1937, sob o argumento de que não se tratava de uma verdadeira constituição, dada a supressão da soberania popular, isso ensejou a demissão do docente, disfarçada de processo de “modernização” consistente no desdobramento da cadeira em duas: Direito Constitucional e Teoria do Estado.

Conforme García de Enterría, situação semelhante teria acontecido na Espanha franquista, entre 1937 e 1978, quando teria ocorrido um “eclipse” do Direito Constitucional, que coincide com o questionamento da democracia liberal, sua justificação e eficácia e, ao mesmo tempo, da significação e do método de seus grandes juristas representativos<sup>98</sup>. Com isso, teria se abalado temporariamente a unidade do Direito Público (que era facilitado na Alemanha, justamente em virtude da existência de uma “disciplina ponte, o *Staatsrecht*”) com consequências sobre alguns outros temas, como a teoria das fontes do Direito, em que “esse silêncio teve um valor ético”<sup>99</sup>.

Essa turbulência teria repercutido no campo epistemológico, com a influência de Duverger, que propôs a “falaz alternativa” entre ciências jurídicas e ciências políticas e sociais, produzindo como efeito no Direito francês a “nebulosa enciclopédica”, a “hidra de mil cabeças”. Para García de Enterría, a disputa entre os campos jurídico e não jurídico não procede, uma vez que as disciplinas materiais e não normativas não podem pretender substituir os conceitos próprios do Direito, nem, sobretudo, o inevitável funcionalismo social, que a este e só a este resta cumprir<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Vide Dalmo Dallari. *A Teoria Geral do Estado no curso de Direito. História e perspectivas*, neste volume.

<sup>98</sup> ENTERRÍA, García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985. p. 20-21.

<sup>99</sup> ENTERRÍA, García de., cit., Carl Schmitt personificaria essa posição, embora com o final da Segunda Guerra Mundial tenha buscado “reabilitar” a ciência jurídica, antes condenada, com a edição de um livro sobre a regra do método jurídico, especialmente em Savigny, com a ideia de que a última fonte do Direito é a ciência jurídica.

<sup>100</sup> ENTERRÍA, García de., cit., p. 26.

Passada a vaga totalitária, com Constitucional. A introdução de Comitês nacionais se combina com os tratados, tanto no plano nacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

Com o novo sentido da Constituição organiza em torno de sua aplicação, com a magistratura e o Ministério Público se aparelha no sentido de tornar verdade de Justiça, os direitos fundamentais relação entre o direito e a política.

A explosão dos direitos fundamentais de serem compreendidos e processo inovação da segunda metade do século inclusive de estruturas seculares, com o constitucional de 2005, quando separamos os Lordes, com funções jurisdicionais

A plasticidade das disposições das em regras e princípios de texto construção jurídica. Seu maior atributo dignidade humana, convertida em objetivo e, com isso, conectar-se simultaneamente moral que expressa a auto-ordenação do Estado.

Na estrutura jurídica dos direitos princípios, legatários em certa medida “reito”, que compunham a parte geral de sentido para a sociedade, conformados mais que uma mera diretriz para o que a maioria da comunidade jurídica seu espírito”<sup>101</sup>.

A isso podemos acrescentar a definição dos direitos fundamentais de tal importância que não caber

<sup>101</sup> Heller, cit., p. 303.

Passada a vaga totalitária, com o pós-guerra redefine-se o papel do Direito Constitucional. A introdução de Cortes Constitucionais com grande poder nos âmbitos nacionais se combina com um novo sentido para os direitos fundamentais, tanto no plano nacional como no âmbito internacional, sob o pálio da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948 e da Organização das Nações Unidas (ONU).

Com o novo sentido da Constituição e todo o conjunto institucional que se organiza em torno de sua aplicação, compreendendo os Tribunais Constitucionais, a magistratura e o Ministério Público e mais Defensorias Públicas, e tudo o que se aparelha no sentido de tornar verdadeiramente exigíveis, no âmbito do sistema de Justiça, os direitos fundamentais, desenha-se uma nova configuração da relação entre o direito e a política.

A explosão dos direitos fundamentais e sua juridicidade, isto é, a capacidade de serem compreendidos e processados pelo sistema jurídico é talvez a grande inovação da segunda metade do século XX, que determinou a reorganização inclusive de estruturas seculares, como a da Inglaterra, que foi levada à reforma constitucional de 2005, quando separou a Corte Constitucional da Câmara dos Lordes, com funções jurisdicionais no Parlamento desde a modernidade.

A plasticidade das disposições que tratam de direitos fundamentais, baseadas em regras e princípios de textura aberta é, sem dúvida, uma engenhosa construção jurídica. Seu maior atributo é referir-se a uma categoria moral, a dignidade humana, convertida em centro axiológico do sistema de direito positivo e, com isso, conectar-se simultaneamente ao sistema jurídico e ao sistema moral que expressa a auto-ordenação da sociedade, não estabelecida pela autoridade do Estado.

Na estrutura jurídica dos direitos fundamentais estão, como se sabe, os princípios, legatários em certa medida dos tradicionais “princípios gerais de direito”, que compunham a parte geral do Direito Civil e serviam como referência de sentido para a sociedade, conforme já observava Heller: os princípios são “algo mais que uma mera diretriz para o legislador futuro, [...] são as únicas normas que a maioria da comunidade jurídica conhece [...], as únicas realmente vivas no seu espírito”<sup>101</sup>.

A isso podemos acrescentar um efeito político específico, relacionado à definição dos direitos fundamentais como “contramajoritários”, isto é, direitos de tal importância que não caberia a “maiorias ocasionais” (isto é, às forças

<sup>101</sup> Heller, cit., p. 303.

políticas, expressas pelos filtros da representação política, da atuação dos partidos, das regras do processo legislativo etc.) dispor sobre eles (Alexy). A evolução desse tema, com a centralidade dos direitos fundamentais e sua carga de indeterminação – associada à ampliação das possibilidades e do alcance político da atividade de interpretação jurídica e ao poder dos detentores dessa competência –, tem levado a certos limites que evidenciam a necessidade de volta aos fundamentos do Direito Público.

Mas essa disputa não se limita ao âmbito dos direitos nacionais. Uma das formas assumidas pela globalização tem sido a produção e disseminação de padrões jurídicos multi ou supranacionais. Com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, tem início um movimento importante de internacionalização das relações jurídicas. O século XX verá a criação da Sociedade das Nações, logo após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, e seu malogro, dez anos depois, quando o Congresso dos Estados Unidos, a despeito da paternidade da ideia pelo Presidente Woodrow Wilson, se negará a ratificar a adesão do país àquela organização. Após a Segunda Guerra Mundial, a ideia é retomada e se cria não apenas a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1946, mas, no bojo desta, uma formidável série de organismos, que gerarão debates e consensos sobre diversas políticas, produzindo orientações com significativa adesão dos Estados-membros. A primeira destas e talvez a mais ilustrativa é a Organização Mundial da Saúde (OMS), criada em 1947.

A partir daí, as organizações internacionais passarão a dividir com os Estados a cena no plano das relações supranacionais. Nem sempre se destaca a renovação que essas organizações proporcionaram no processo de produção do direito, que passa, em primeiro lugar, a contar com uma fonte, se não no sentido formal, no sentido político, exógena ao Estado, e, em segundo lugar, a se estruturar de modo inteiramente diverso do tipo normativo clássico mais conhecido, a lei geral e abstrata produzida pelo Parlamento nacional. A OMS passa a produzir uma série de diretivas e diretrizes internacionais, que orientarão os Estados nacionais, com a aceitação destes, tanto na fixação de orientações como no estabelecimento dos mecanismos, procedimentos e critérios valorativos para acompanhar a realização das políticas naquele campo determinado.

Na esteira desse movimento, multiplicaram-se as organizações internacionais, até mesmo no sistema da ONU, ligados com maior ou menor proximidade à temática da proteção dos direitos humanos. No sistema do comércio internacional, cria-se a Organização Mundial do Comércio, a OMC, em 1995, como resultado das discussões em torno do GATT, que se estendiam desde 1947. Amplifica-se a tensão entre o global e o local e com ela a crítica do descolamento

entre o poder real de fazer e a atribuição. Para Zigmunt Baumann, o poder, desconhece fronteiras, enquanto a prática circunscrita aos espaços institucionais, carecendo de um “agente eficaz” para as transformações que se fazem.

Dessa multiplicidade de entes e funções do direito, questões sobre as relações de autoridade que lhes correspondem das novas formas de regulação jurídica “consentida”, pelos quais os Estados supranacionalmente ou, em alguns casos, diante de organismos internacionais.

Cumprindo-se o que havia anteriormente, o *droit souple*, o “direito flexível”, cuja aceitação de seus termos pelos partidos é por coerção. Este foi tema de publicação no ano de 2013, na qual se destaca a influência no universo jurídico, o que decorre de uma autoridade nacional também em relação ao uso quando se passa a referir o *soft power* a importância da influência como alterada para o interesse contemporâneo no cumprimento das normas e qualidade da regulamentação organizativa do Estado está diretamente relacionada à produção das regras jurídicas.

<sup>302</sup> “Uma tendência marcante do nosso tempo é a perda do verdadeiro poder, capaz de determinar a mobilidade cada vez menos restringida da fronteira territorial. Todas as instituições políticas até aqui teimosamente locais, praticam o poder de forma abandonada pelas autoridades competentes; o cerne da crise atual do processo político reside na ausência de um agente efetivo capaz de servir a qualquer conjunto de valores coletivos.” Zigmund Baumann, *A política*, cit.

<sup>303</sup> “O Estado ideal é aquele que menos pressiona o povo.” Malberg, cit., p. 9.

<sup>304</sup> Etude Annuelle 2013: Le droit souple. Diptyque. Paris: Avis-Publications/Etudes-Publication. Acesso em: 21-2-2017.

entre o poder real de fazer e a atribuição formal de produzir os atos decisórios. Para Zigmunt Baumann, o poder, isto é, a capacidade de agir, cada vez mais desconhece fronteiras, enquanto a política ou a capacidade de decidir, permanece circunscrita aos espaços institucionais concebidos sob a matriz do Estado nacional, carecendo de um “agente efetivo” que possa exercer a ação e coordenação para as transformações que se fazem necessárias<sup>102</sup>.

Dessa multiplicidade de entes decorre a diversificação das fontes de produção do direito, questões sobre as relações entre as normas dos múltiplos níveis e a base de autoridade que lhes corresponde, surgindo demandas de coordenação das novas formas de regulação jurídica. Passam a atuar mecanismos de “indução consentida”, pelos quais os Estados adotam voluntariamente modelos criados supranacionalmente ou, em alguns casos, de “coerção tolerada”, de Estados fracos diante de organismos internacionais.

Cumprindo-se o que havia antecipado Carré de Malberg, ganha espaço o *droit souple*, o “direito flexível”, cuja aplicação se baseia predominantemente na aceitação de seus termos pelos participantes da relação jurídica<sup>103</sup>, mais que na coerção. Este foi tema de publicação especial do Conselho de Estado francês no ano de 2013, na qual se destaca a influência das relações internacionais sobre o universo jurídico, o que decorre de transformações ocorridas no âmbito internacional também em relação ao uso da força, desde o período da guerra fria, quando se passa a referir o *soft power*, em lugar do *hard power*, a conotar a importância da influência como alternativa ao poder tradicional. A justificativa para o interesse contemporâneo no assunto reside na política de simplificação de normas e qualidade da regulamentação, uma vez que a recuperação da capacidade organizativa do Estado está diretamente ligada ao aumento de participação social na produção das regras jurídicas<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> “Uma tendência marcante do nosso tempo é a crescente separação entre poder e política: o verdadeiro poder, capaz de determinar a extensão das opções práticas, flui e, graças à sua mobilidade cada vez menos restringida, tornou-se virtualmente global, ou melhor, extra-territorial. Todas as instituições políticas existentes (elegíveis, representativas) continuam até aqui teimosamente locais, praticamente *glebae adscripti*. Não fosse a tarefa de agendamento abandonada pelas autoridades do Estado territorial, seria de qualquer forma ineficiente; o cerne da crise atual do processo político não é tanto a ausência de valores [...] quanto a ausência de um agente efetivo o bastante para legitimizar, promover, instalar e servir a qualquer conjunto de valores ou qualquer agenda de opções consistente e coerente.” Zigmund Baumann, *A política*, cit., p. 80.

<sup>103</sup> “O Estado ideal é aquele que menos precisa usar de seu poder para obter o concurso de todo o povo.” Malberg, cit., p. 9.

<sup>104</sup> Etude Annuelle 2013: Le droit souple. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2013-Le-droit-souple>>. Acesso em: 21-2-2017.

A intensidade desse movimento de participação é nova na história ocidental. O fim do século XX viu as grandes conferências da ONU e seus programas de ação, que patrocinaram o discurso da ampliação das capacidades institucionais, conferindo protagonismo aos indivíduos e organizações da sociedade civil, o chamado “ativismo societal”. Ali estão sendo gestados novos modos de produção do direito, que pressionam pelo surgimento de novas formas e institucionalidades jurídicas, tanto no âmbito da sociedade como desta com o Estados.

Mas o grande desafio à Teoria do Estado tem vindo da consolidação da União Europeia, que demanda mecanismos jurídicos de integração tanto dos Estados europeus entre si como desses com a sociedade que resulta desse amalgamento, mergulhada nos valores e processos da democracia. A respeito disso, buscando base teórica para a compreensão das novas configurações, no contexto da discussão sobre uma possível Constituição europeia, Canotilho indaga-se: “precisará a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado?”<sup>105</sup>. E responde que, a despeito de a “velha” teoria do Estado influenciada pela *Staatsrechteslehre* alemã se revelar hoje “desprovida de atratividade teórica, dogmática e metódica”, as transformações globais ou no âmbito da União Europeia nos obrigam à “recuperação teórica e política” da categoria Estado<sup>106</sup>.

Os dilemas da constitucionalização da Europa geram duas questões principais. A primeira, a inadequação dos modelos de Estado federal ou confederação às categorias disponíveis no acervo da Teoria do Estado. A segunda, as deficiências do conceito de povo necessário a fundamentar uma construção político-jurídica cujo cerne é princípio democrático<sup>107</sup>.

Curiosamente, para Canotilho, as qualidades teóricas do conceito-categoria Estado são apregoadas pelos críticos do déficit da teoria da Constituição, para os quais essa carece da “consciência profunda” da identidade e unidade do Estado (e da Nação)” e seria uma perda deixar de operar com essa categoria. Num contexto em que a estabilidade

é confrontada com um conjunto de fenômenos de especial sensibilidade política – crescente internacionalização da ordem jurídica, supranacionalização politicamente integradora, privatização e descentralização da administração e tarefas do Estado –, compreender-se-á que o novo paradigma seja, afinal, o velho: o ‘Estado como paradigma’. Só o Estado pode funcionar

<sup>105</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Precisar a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado? In *Brançosos e interconstitucionalidade*, p. 227-244.

<sup>106</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, cit., p. 242.

<sup>107</sup> Passa a desenvolver um raciocínio baseado na obra *Staal arguments (Estado como argumento)*, de Christoph Möllers. Heidelberg: Morh Sieberg, 2011.

como categoria político-o  
pria aos limites da integra

Entretanto, Canotilho entend  
Estado além de não ser um conceit  
ção, muito menos o será no plano  
União Europeia, sobretudo depois

torna arcaico o esquema ce  
cer compreensões jurídicas  
tipo organizativo (‘União  
diferente do ‘Estado federa  
preferente de normas de or  
de, do grau mais elevado d  
titucionalismo a vários níve  
um ‘estatalismo a vários ní  
ainda servir como conceit  
tornou-se também uma cat  
termos directos e imediatos  
e jurídico-políticos<sup>110</sup>.

Um problema particularment  
relação ao Estado, que provocou  
Paolo Comanducci, é o problema d  
corre da importância adquirida pela  
a ampliação do uso das normas inf  
namento do “legicentrismo”<sup>111</sup>.

Jo Eric Khushal Murkens, profes  
apresenta posição semelhante à de C  
tivo título: “O futuro do Direito do Est  
Partindo de uma decisão judicial  
distintos pontos de vista dos juízes q

<sup>108</sup> Canotilho, cit., p. 230.

<sup>109</sup> Canotilho, cit., 231.

<sup>110</sup> Canotilho, cit., p. 231-232.

<sup>111</sup> A relação entre o Estado e o direito no  
nismo da criação do direito nacional e  
direito criado pelo Estado é direito nac  
lidade e proeminência da lei em relaça  
Uma defesa do positivismo metodol  
Paulo: Editora Método, 2008. p. 339-3

<sup>112</sup> MURKENS, Jo Eric Khushal. The futu  
fication? *The Modern Law Review*, vol

como categoria político-ontológica capaz de fornecer substantividade própria aos limites da integração política europeia<sup>108</sup>.

Entretanto, Canotilho entende que “o conceito apriorístico-ontológico de Estado além de não ser um conceito operatório no campo da teoria da constituição, muito menos o será no plano da Constituição Europeia”<sup>109</sup>. Isso porque a União Europeia, sobretudo depois do Tratado de Maastricht (1992),

torna arcaico o esquema conceitual do Estado que se revela incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas de um novo fenotipo organizativo (‘União Europeia de Estados’ ou ‘associação de Estados’ diferente do ‘Estado federal’ e da Confederação), aos problemas da aplicação preferente de normas de ordenamentos diferentes, da interconstitucionalidade, do grau mais elevado de proteção dos direitos fundamentais etc. O ‘constitucionalismo a vários níveis’ (*multilevel constitutionalism*) nunca poderá ser um ‘estatalismo a vários níveis’. A conclusão a tirar é a de que o ‘Estado’ pode ainda servir como conceito de enquadramento de esquemas políticos, mas tornou-se também uma categoria a que cada vez menos se pode recorrer, em termos directos e imediatos, para resolver problemas jurídico-constitucionais e jurídico-políticos<sup>110</sup>.

Um problema particularmente agudo no contexto da União Europeia em relação ao Estado, que provocou a “crise do estadocentrismo”, na opinião de Paolo Comanducci, é o problema da identidade e hierarquia das fontes, que decorre da importância adquirida pelas convenções internacionais, combinada com a ampliação do uso das normas infralegais, o que gerou também o redimensionamento do “legicentrismo”<sup>111</sup>.

Jo Eric Khushal Murkens, professor de Direito da London School of Economics, apresenta posição semelhante à de Canotilho, num artigo de 2007, com o provocativo título: “O futuro do Direito do Estado: dominância, morte ou desmistificação?”<sup>112</sup>. Partindo de uma decisão judicial sobre o tratado de Maastricht, confronta os distintos pontos de vista dos juízes que atuaram no caso. De um lado, perspectiva

<sup>108</sup> Canotilho, cit., p. 230.

<sup>109</sup> Canotilho, cit., 231.

<sup>110</sup> Canotilho, cit., p. 231-232.

<sup>111</sup> A relação entre o Estado e o direito no estadocentrismo se caracteriza pelo duplo reducionismo da criação do direito nacional exclusivamente pelo Estado e, reciprocamente, todo direito criado pelo Estado é direito nacional. Já o legicentrismo se caracteriza pela “centralidade e proeminência da lei em relação às demais fontes do direito”. Paolo Comanducci. Uma defesa do positivismo metodológico. In *Teoria do Direito Neoconstitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 339-352.

<sup>112</sup> MURKENS, Jo Eric Khushal. The future of Staatsrecht: Dominance, Demise or Demystification? *The Modern Law Review*, vol. 70, n. 5 (sep., 2007), p. 731-758.

nacional, baseada no *Staatsrecht* ou Direito do Estado, sustentada por um ex-juiz da Corte Constitucional alemã; de outro, uma posição euro-cêntrica, baseada no Direito Constitucional, defendida por ex-juizes da Corte Europeia de Justiça. O argumento baseado na Teoria do Estado sustenta que a constituição é atributo de uma ordem estatal e que, carecendo a União Europeia de legitimação direta, seja dos “povos da Europa” ou do “povo europeu”, faltaria a ela a legitimação e o poder de inovação jurídica próprios de um Estado constitucional<sup>113</sup>. O raciocínio do lado oposto, no sentido de que a noção de constituição poderia ser aplicada a uma entidade supraestatal, baseada em estruturas organizacionais compreensíveis pelos cidadãos, é completado pela existência de dispositivos nas constituições nacionais prevendo a transferência do exercício de poderes próprios do Estado para a União Europeia, sob as condições fixadas no texto da Constituição<sup>114</sup>.

Citando Dieter Grimm, observa Murkens que a Constituição estrutura o processo político, orienta o público e provê estabilidade social e política não por si mesma, mas atuando sobre pré-requisitos sociais que ela não pode mais garantir sozinha. A Constituição retira legitimidade não de um texto independente de conteúdo, mas de pressupostos sociais e de uma cultura política<sup>115</sup>. O Estado, considerado não como subsistema da sociedade, nem uma “unidade jurídica”, mas um corpo animado que organiza o poder político e dele tira vida, é uma organização de poder, direito e autoridade. E como preexiste em relação à ordem constitucional, mesmo que ela ou a ordem política venham a ser alteradas, o Estado permanece<sup>116</sup>. Em conclusão, sustenta que embora o Direito do Estado tenha historicamente fornecido a interpretação dominante sobre o Direito Público, o Direito Constitucional desmistificou o Estado. Teria havido uma mudança paradigmática do Estado para a Constituição, motivada pelo “mau uso” histórico (*historical misuse*) do Estado, a mudança da independência para a interdependência dos Estados, a pluralização interna e a integração externa, além do compromisso com os direitos humanos.

Para permanecer atual, o Direito do Estado deveria reexaminar o Estado como conceito central, levando em conta as formas modernas do constitucionalismo e da integração europeia. Assim, desde que a Teoria do Estado não se

<sup>113</sup> Murkens, cit., p. 732.

<sup>114</sup> Murkens, cit., p. 732.

<sup>115</sup> Murkens, cit., p. 746-747. Cita Habermas, para quem a condição de povo não é dada como identidade coletiva preexistente, mas se adquire no processo democrático, ainda que sob a crítica da dessubstancialização da ideia de soberania popular e sua dispersão em processos deliberativos.

<sup>116</sup> Murkens, cit., p. 745. A referência é Carl Schmitt e seu conceito do político.

aferre ao modelo do Estado nacional (e com ele o Direito do Estado) não compete com um paradigma mais abstrato de ordem jurídica.” E no lugar do constitucionalismo “moralmente reflexivo” retoricamente num vago campo epistêmico termina fugindo do dilema essencial das instituições políticas não a moral, campo igualmente aberto a

A recuperação do histórico de fontes que embasam este estudo denota a continuidade pressionando por enfrentar os desafios. Os dilemas de integração do Estado são justamente porque não há solução essencialmente constitucional. São dilemas da ordem das instituições jurídico-políticas. Não é o caso de Schmitt, mas da produção originária do direito como formula o institucionalismo jurídico (as normas”), seguindo os termos do “conceito” de Heller e Jellinek.

O fato é que mesmo na hipótese de supraestatal, isso não derruba os fundamentos do Estado, ao contrário, os fortalece, unificando a disciplina em grande medida pelo exercício do poder, as relações territoriais e a unidade de sentido e ação.

As relações entre a Teoria do Estado brasileiro têm notas distintas, visto serem bastante diversos dos problemas da integração europeia.

Isso pode ser ilustrado pela polêmica “Rever ou Romper”<sup>117</sup>, por Joaquim José

<sup>117</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever a Constituição? Defesa de um constitucionalismo crítico. *Itinerários dos discursos*. Almedina, 2008, p. 101-129. O conteúdo das alterações, da 2ª edição da obra do mesmo autor. Coimbra, 2000.

afere ao modelo do Estado nacional, o campo estará aberto para ela. O Estado (e com ele o Direito do Estado) não estaria morto, apenas desmistificado. “Ele compete com um paradigma mais aberto, que tem a constituição como eixo da ordem jurídica.” E no lugar do constitucionalismo liberal democrático, um constitucionalismo “moralmente reflexivo”, propõe Murkens. Assim, colocando-se retoricamente num vago campo epistêmico-político “antiliberal”, a proposta termina fugindo do dilema essencial da Teoria do Estado, ao indicar como fundamento das instituições políticas não mais as relações sociais ou históricas, mas a moral, campo igualmente aberto a disputas de preenchimento semântico.

A recuperação do histórico de “crises do Estado” registrada nas diversas fontes que embasam este estudo demonstra que a dinâmica de evolução da sociedade continua pressionando por formas jurídico-políticas adequadas aos seus desafios. Os dilemas de integração da União Europeia se apresentam como tais, justamente porque não há solução estabelecida no direito positivo ou no direito constitucional. São dilemas da ordem da criação do Direito, da produção de instituições jurídico-políticas. Não da exceção, nos termos propostos por Carl Schmitt, mas da produção originária do direito, a partir de suas fontes sociais, como formula o institucionalismo jurídico (“o direito são as normas e o que põe as normas”), seguindo os termos do “dilema essencial” apresentado por Hermann Heller e Jellinek.

O fato é que mesmo na hipótese de estar em formação de uma nova entidade supraestatal, isso não derruba os fundamentos metodológicos da Teoria do Estado, ao contrário, os fortalece, uma vez que os principais dilemas da origem da disciplina em grande medida permanecem: o povo como fonte de legitimação do poder, as relações territoriais e a formação de uma ordem jurídico-política, como unidade de sentido e ação.

As relações entre a Teoria do Estado e o Direito Constitucional no contexto brasileiro têm notas distintas, visto que os desafios da situação nacional são bastante diversos dos problemas da integração europeia.

Isso pode ser ilustrado pela polêmica originada com a publicação do artigo “Rever ou Romper”<sup>117</sup>, por Joaquim Gomes Canotilho, a respeito de sua tese, de 1982, sobre a Constituição dirigente, em referência à Constituição portuguesa

<sup>117</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever a Constituição dirigente ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 101-129. O conteúdo do artigo corresponde ao prefácio, com algumas alterações, da 2ª edição da obra do mesmo autor, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, 2000.

de 1976. O texto original da Constituição de 1976, de cunho marcadamente socialista, foi sendo modificado ao longo das sucessivas revisões de 1993 e 1998, à medida que a dinâmica política daquele país foi processando a polarização partidária no âmbito das instituições políticas definidas no texto constitucional. Ocorre, então, a revisão do “dirigismo constitucional”, expressa nos seguintes termos: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo for entendido como normativismo constitucional, revolucionário, capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”<sup>118</sup>.

Ante a reação de juristas brasileiros, que questionaram a revisão do autor, Canotilho se pronuncia, profundamente convencido de sua retratação, seja porque não reconhece autoridade em nenhum grupo para ser o sujeito da Constituição (o MPLA, as Forças Armadas), seja porque não vê sentido em permanecer vinculado à sua posição anterior<sup>119</sup>. Quanto ao Brasil, observa, citando Marcelo Neves, que o problema é a incompletude das tarefas próprias da política. Mas o fato é que para os juristas brasileiros a Constituição continuou sendo vista como dirigente. Isso porque, com base nessa concepção, se conferia à Constituição uma espécie de força própria, que dispensaria a mobilização de forças políticas para a realização das disposições contidas no texto. A Constituição dirigente seria uma proteção, uma blindagem contra o mundo da política, corrompido e difícil de operar.

O esvaziamento do conteúdo político do Direito Constitucional não seria, portanto, aquele tradicionalmente associado ao positivismo tradicional, de índole liberal-individualista, contrária à “soberania popular”<sup>120</sup>. Esse esvaziamento decorreria, paradoxalmente, de uma pretensa garantia política a essa mesma “soberania popular”.

O que tem se visto no Brasil, a partir daí, é o ocultamento da disputa sobre as questões próprias da política (Parlamento, partidos, eleições), na qual poderiam aflorar as tensões entre as diferentes forças do espectro político. Com isso, a Constituição e sua aplicação ocuparam parte do espaço da dinâmica política, levando-a aos tribunais e instituições do sistema de justiça (Ministério Público, autoridade policial etc.). A disputa político-judicial que está na base da crise brasileira de 2016-2017 é expressão desse deslocamento do jogo político para a

<sup>118</sup> MIRANDA, Jacinto Nelson de. (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, apresentação.

<sup>119</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 131-162.

<sup>120</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15-18.

manipulação de medidas jurídicas e j prazo, benefícios em delações sem p dade da dimensão objetiva do direit tiva das instituições jurídicas fica ta

A crítica rasa ao positivismo ten as instituições. E o resultado é o prec da articulação coletiva. Sem um per da conjugação das dimensões polít análise ou reflexão abstrata da aplica de melhoria institucional e do sentic

### 3.2. Teoria do Estado e ciênc

As dificuldades de delimitação do e da Ciência Política são muito g dos objetos respectivos em cada con

Além disso, como se viu, a Tec raízes e experimentação histórica re área de influência<sup>122</sup>. Mesmo no caso Estado confere uma feição peculiar :

Na Inglaterra, Estados Unidos listas de Herold Laski e Robert Dah posições teóricas, como a de teoria c órica se desenvolveu, completament como figura de unificação jurídica a em governo, não em Estado, sem cer

<sup>121</sup> “O significado do Estado é algo que nã rar em uma definição acadêmica. Na r dade e a mutabilidade, espacial e temp abarcar a matéria de um dos múltiplos relativismo de qualquer conceito de Est conjunto, partindo dos múltiplos aspe conforme mudam as perspectivas.” *Isamientos de su análisis politológico*. Madr 2010. p. 25.

<sup>122</sup> “[...] em outros países, praticamente in ‘Teoria do Estado’. Aquilo que os alemã do Estado’ corresponde à teoria da den os americanos e para os franceses às ‘ Estado.’” Fleiner-Gerster, cit., p. 12-13.

manipulação de medidas jurídicas e judiciais. Aí se veem prisões preventivas sem prazo, benefícios em delações sem parâmetros, enfim, eventos ligados à debilidade da dimensão objetiva do direito, sem a qual a função organizativa e protetiva das instituições jurídicas fica também irremediavelmente enfraquecida.

A crítica rasa ao positivismo tem resultado em inépcia jurídica no trato com as instituições. E o resultado é o predomínio da visão individualista em prejuízo da articulação coletiva. Sem um pensamento teórico estruturado que dê conta da conjugação das dimensões política e jurídica, sem distinguir prescrição de análise ou reflexão abstrata da aplicada, dificilmente se evoluirá numa estratégia de melhoria institucional e do sentido de coesão do Estado brasileiro.

### 3.2. Teoria do Estado e ciência política

As dificuldades de delimitação de métodos e propósitos da Teoria do Estado e da Ciência Política são muito grandes, também em vista da mutabilidade dos objetos respectivos em cada contexto histórico e social<sup>121</sup>.

Além disso, como se viu, a Teoria Geral do Estado é uma disciplina com raízes e experimentação histórica relativamente delimitadas à Alemanha e sua área de influência<sup>122</sup>. Mesmo no caso da França, a forte presença da sociologia do Estado confere uma feição peculiar à produção teórica no campo.

Na Inglaterra, Estados Unidos e suas áreas de influência, as teorias pluralistas de Herold Laski e Robert Dahl, o funcionalismo de Parsons e outras proposições teóricas, como a de teoria de sistemas de David Easton, outra visão teórica se desenvolveu, completamente apartada da descrição e análise do Estado como figura de unificação jurídica adotada pela Teoria Geral do Estado. Fala-se em governo, não em Estado, sem centralidade às noções de soberania e persona-

<sup>121</sup> “O significado do Estado é algo que não pode reduzir-se a um único conceito ou se encerrar em uma definição acadêmica. Na realidade, isso se explica por si mesmo: a complexidade e a mutabilidade, espacial e temporal, dos fenômenos estatais. O conceito só pode abarcar a matéria de um dos múltiplos e imprevisíveis aspectos. Disso deriva o inevitável relativismo de qualquer conceito de Estado. Só se pode obter uma imagem aproximada do conjunto, partindo dos múltiplos aspectos que vão se revelando ao redor de um objeto, conforme mudam as perspectivas.” Isensee apud Arthur Benz. *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. p. 25.

<sup>122</sup> “[...] em outros países, praticamente inexistente uma disciplina científica própria designada ‘Teoria do Estado’. Aquilo que os alemães, os austríacos ou os suíços chamam ‘teoria geral do Estado’ corresponde à teoria da democracia ou à teoria do governo para os ingleses ou os americanos e para os franceses às ‘instituições políticas’, mais raramente à ‘teoria do Estado’.” Fleiner-Gerster, cit., p. 12-13.

lidade jurídica do Estado. “Evitando o conceito de Estado, a Ciência Política não apenas marcou distância da antiga Teoria do Estado, mas também reagiu ao fato de que nas sociedades modernas a política também tem lugar fora do Estado”<sup>123</sup>. No pluralismo, as teorias e modelos da ação coletiva, dos grupos de interesse e das políticas públicas substituem a mística do Estado por questões pragmáticas relativas à agregação de interesses e aos processos decisórios. Ganham relevo os grupos de interesses e a competição e cooperação entre eles ou com as instituições estatais, e outros temas relacionados, como as organizações não governamentais e o terceiro setor, as negociações e contratos coletivos no âmbito laboral e as disputas no movimento social. Política e Estado se desconectam, na opinião de Arthur Benz, quando a Ciência Política se emancipa da teoria marcadamente jurídica do Direito Político. Além disso, assume-se que a política ocorre também fora das instituições estabelecidas, “à margem das competências e hierarquias formais”<sup>124</sup>.

No Brasil, desde a década de 1960, teria havido um deslocamento cognitivo, pelo qual se deixa de tratar do Estado “de forma generalista, como uma entidade monolítica”, passando paulatinamente a uma “produção mais empiricamente referida e que se recusa a tematizar o Estado de forma globalizante”<sup>125</sup>. Isso seria resultado tanto de maior especialização na produção científica da Ciência Política como de “crescente penetração e legitimidade intelectual do ideário liberal”<sup>126</sup>. A área de políticas públicas seria tributária desse movimento, sob forte influência norte-americana, especificamente das correntes do progressivismo e do reformismo republicano, referidos ao *good government*, segundo o qual os problemas do governo numa democracia estável poderiam ser equacionados pelo uso do conhecimento social.

Outro aspecto a destacar em relação ao desenvolvimento das áreas de políticas públicas, da escolha pública e da opinião pública/comportamento eleitoral

<sup>123</sup> Benz, cit., p. 18.

<sup>124</sup> Benz, cit., p. 17.

<sup>125</sup> MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In Sérgio Miceli (Org.) *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo/Brasília: Editora Sumaré/Anpocs/Capes, 2002. p. 59-99.

<sup>126</sup> “É curioso observar que a recente difusão e popularização da expressão política pública, em escala internacional, pode ser vista como concomitante de processos de democratização e de institucionalização liberal. Lowi (1994, p. 8) observou que ‘a expressão política pública é um termo engenhoso que reflete a interpenetração entre o governo liberal e a sociedade, insinuando a existência de uma flexibilidade e reciprocidades maiores do que permitem alguns sinônimos unilaterais, tais como leis, estatutos, édito e semelhantes’. Essa difusão reflete novos valores na cultura política relativos à publicização de decisões e à noção da esfera pública como distinta da esfera estatal.” Melo, cit., p. 65.

na ciência política americana é a que deve em parte à compatibilidade dessas afeições à economia, “a nova language

Mas é importante registrar a conexão com o direito; mesmo nos traços ausente. Na pesquisa teórica no campo disciplinar por excelência –, isso está nas principais coletâneas de sistemas ele mesmo, autor consagrado no campo. *Theories of the Policy Process* o capítulo de políticas públicas, alegando como razões, pelo peso excessivo conferido a estágios tem um viés muito legalista, te a aprovação e implementação de

As dificuldades para o diálogo entre tem sua recíproca no universo da Ciência políticos correntes sobre as limitações de a falta de modelos e tipologias como temas e focos de análises no campo. O Estado segue tendo o papel de prove reflexão mais aprofundada, nutrida tual mais abstrato possibilita.

<sup>127</sup> LOWI, Theodore. *O Estado e a ciência estudamos*. Boletim Informativo e Biblioteca de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências, 2º semestre de 1994..

<sup>128</sup> Curiosamente, a heurística das fases é retida esquema explicativo, a despeito de ser mais porque o modelo do ciclo de fases Sabatier sintetiza a descrição de uma política of policymaking, problems are conceptualized, governmental institutions formulate alternative solutions get implemented, evaluated and implemented, tais como a ausência de causalidade entre etapas e a supersimplificação do esquema. Ainda a comunicação com o mundo jurídico para a interdisciplinar para a compreensão da política. In Paul Sabatier (Coord.) *Better theories*. In Paul Sabatier (Coord.) Westview Press, 2007. p. 3-20.

<sup>129</sup> ARRETCHE, Marta. *Dossiê agenda de política*. fev. 2003.

na ciência política americana é a questão disciplinar, já que esse crescimento se deve em parte à compatibilidade desses temas com abordagens quantitativas mais afeitas à economia, “a nova linguagem do Estado, em substituição ao direito”<sup>127</sup>.

Mas é importante registrar a dificuldade de realizar a interdisciplinaridade com o direito; mesmo nos trabalhos que a enaltecem, este é um grande ausente. Na pesquisa teórica no campo das políticas públicas – multi e interdisciplinar por excelência –, isso está documentado. Paul Sabatier, autor de uma das principais coletâneas de sistematização de referenciais teóricos na área e ele mesmo, autor consagrado no campo, retirou da 2ª edição de seu livro *Theories of the Policy Process* o capítulo sobre o modelo mais conhecido, o ciclo de políticas públicas, alegando considerá-lo muito elementar e, entre outras razões, pelo peso excessivo conferido ao elemento jurídico. “A heurística dos estágios tem um viés muito legalista, de cima para baixo, cujo foco é tipicamente a aprovação e implementação de um texto de lei”<sup>128</sup>.

As dificuldades para o diálogo entre política e direito no ambiente jurídico tem sua recíproca no universo da Ciência Política. Além disso, um dos diagnósticos correntes sobre as limitações dos estudos de políticas públicas aponta para a falta de modelos e tipologias como um dos problemas por trás da dispersão dos temas e focos de análises no campo<sup>129</sup>. Isso nos leva a entender que a Teoria do Estado segue tendo o papel de prover as categorias analíticas que abastecem a reflexão mais aprofundada, nutrida de comparações que só um acervo conceitual mais abstrato possibilita.

<sup>127</sup> LOWI, Theodore. *O Estado e a ciência política ou como nos convertemos naquilo que estudamos*. Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Rio de Janeiro, n. 38, 2º semestre de 1994..

<sup>128</sup> Curiosamente, a heurística das fases é retirada do livro por se entendê-la ultrapassada como esquema explicativo, a despeito de ser referida como “abordagem de livro-texto”. Ainda mais porque o modelo do ciclo de fases é tão consagrado que a primeira frase do livro de Sabatier sintetiza a descrição de uma política pública com referência a ele: “In the process of policymaking, problems are conceptualized and brought to government for solution; governmental institutions formulate alternatives and select policy solutions; and those solutions get implemented, evaluated and revised”. Evidentemente, há outros argumentos, tais como a ausência de causalidade entre as fases, a imprecisão da sequência de fases e a supersimplificação do esquema. Ainda assim, é significativo o bloqueio desse canal de comunicação com o mundo jurídico para o desenvolvimento de uma base metodológica interdisciplinar para a compreensão das políticas públicas. Paul Sabatier, *The need for better theories*. In Paul Sabatier (Coord.), *Theories of the policy process*. Cambridge: Westview Press, 2007. p. 3-20.

<sup>129</sup> ARRETCHE, Marta. *Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas*. RBCS, vol. 18, n. 51, fev. 2003.

#### 4. A permanência da Teoria do Estado como método de articulação das teorias jurídica e política

As crises do Estado e da Teoria Geral do Estado já se habituou aquele que fez desse campo uma escolha de estudo. Possivelmente como reflexo disso, é relativamente escassa a produção bibliográfica específica sobre a Teoria do Estado. Os principais livros-textos da disciplina, tanto no Brasil como no âmbito estrangeiro, têm em geral mais de vinte anos.

Uma das razões para isso estaria, possivelmente, no “mau uso histórico” a que aludia Murkens, como ilustra a Teoria Geral do Estado do suíço Fritz Fleiner-Gerster, de 1980, que se refere ao Estado como objeto desacreditado pela história, em virtude das experiências autoritárias do século XX<sup>130</sup>. Ainda assim, para Fleiner-Gerster, como para muitos outros, mantém-se o papel de síntese da Teoria do Estado, cabendo-lhe a compreensão sistemática de informações e conceitos presentes em pesquisas de diversas matrizes, dispersas entre dados empíricos e análises de fenômenos parciais, para construir “uma visão mais precisa das grandes relações”<sup>131</sup>.

Olivier Jouanjan e Eric Malin, em artigo de 2012, são céticos quanto a essa possibilidade, considerando-a atrelada a um passado cujas bases desapareceram.

Que sentido pôde ter e pode ter ainda hoje ‘fazer teoria geral do Estado’?

A expressão, banalizada, é preciso reconhecer, não inspira mais grandes obras, aquelas belas totalidades que, pelo prisma do sujeito pensante, restituem a complexidade de um objeto à sua sistematicidade – e assim o simplificam por voltar ao elementar. Os autores das grandes obras que portam esse nome não são numerosos: Jellinek, Carré de Malberg, Kelsen, Heller, dentre os maiores. O movimento, tão promissor, iniciado no final do séc. XIX, se perde nos anos

<sup>130</sup> “Escrever uma teoria do Estado após Auschwitz, após o comunismo radical dos Khmer vermelhos no Cambodja, em uma época de totalitarismo, na qual os adversários políticos são torturados e os homens são degradados e aniquilados sem razão, não é uma tarefa fácil. O entusiasmo com o Estado, que tomou conta dos cidadãos das nações europeias em virtude das conquistas da Revolução Francesa e do nacionalismo do século XIX, já está definitivamente encerrado. Já não é possível erigir uma Teoria do Estado com base na crença no Estado que marcou as épocas precedentes, porque muitos homens padeceram e ainda hoje padecem sob o jugo dos Estados iníquos.” FLEINER-GERSTNER, Fritz. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1. A 1ª edição da obra é de 1980, e a 2ª, de 1994.

<sup>131</sup> “A especialização avançou de tal modo nos dias atuais, que muitos cientistas perderam a capacidade de perceber grandes relações. O que falta é a busca de uma síntese que aprofunde a compreensão das grandes relações. Devemos nos esforçar para frutificar os inúmeros resultados obtidos graças às pesquisas individuais das ciências modernas especiais, a fim de adquirir uma visão mais precisa das grandes relações. Esta é a tarefa específica da Teoria do Estado.” Fleiner-Gerstner, cit., p. 2.

30. Depois da Segunda Guerra da teoria geral do Estado. A g cujos fundamentos seriam cl plas expressões: teoria da cor ração, teoria da integração e torno do qual, entretanto, se – o Estado e seu traje de gala

As razões apontadas para as “destoam do quanto apontado, resum ção e da concorrência entre ordens ju ficado particularmente agudo no co tação” do Estado, que, assumindo regulação econômica e social, não ontologicamente suas funções, imp objeto o Estado social, o Estado redi que vencer o “desvio rumo à Ciência

Finalmente, ao tratar do “pós-t permanece a necessidade de uma sist institucional da vida pública, ainda lugar ocupado, talvez, pela teoria da nos originais daquele, para tornar-se c O vocabulário modificou-se.

O governo, muito unilateral a lei cede um pouco a múltipl ciação e deixa um espaço m muito soberana, é substituíd cepção diferente do quadro i ria geral da federação, teoria g

<sup>132</sup> JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Eric. *Le futur de l'Etat*. Journées en l'honneur de Carré de Malberg. n. 8, set. 2012. Disponível em: <<http://journées-de-l-etat-entre-passe-et-avenir-journees.org/>>. Acesso em: 21-10-2016.

<sup>133</sup> Jouanjan e Maulin, cit. Os autores referem-se ao artigo de Gaspardo e Tojal, neste

<sup>134</sup> Ver o artigo de Gaspardo e Tojal, neste mesmo número. <sup>135</sup> Jouanjan e Maulin, cit. No mesmo número seriam os possíveis sucessores da Teoria do Estado suscitadas pela União Europeia (que seria a federação ou da integração), aventa- Après les Théories Générales de l'État:

30. Depois da Segunda Guerra Mundial, não sobra, por assim dizer, mais nada da teoria geral do Estado. A grande obra de sistematização do direito público, cujos fundamentos seriam claramente expostos, parece se estiolar em múltiplas expressões: teoria da constituição, teoria da democracia, teoria da federação, teoria da integração etc. Um conceito se encontra disseminado, em torno do qual, entretanto, se poderia pensar na unidade do direito público – o Estado e seu traje de gala – a soberania<sup>132</sup>.

As razões apontadas para as “mutações” da Teoria Geral do Estado não destoam do quanto apontado, resumindo-se aos problemas da internacionalização e da concorrência entre ordens jurídicas, o que, como vimos, tem um significado particularmente agudo no contexto europeu. Além disso, há uma “dilação” do Estado, que, assumindo a defesa dos direitos fundamentais e a regulação econômica e social, não apenas multiplica, mas também modifica ontologicamente suas funções, implicando que a Teoria do Estado tome por objeto o Estado social, o Estado redistribuidor e o Estado regulador, além de ter que vencer o “desvio rumo à Ciência Política”<sup>133</sup>.

Finalmente, ao tratar do “pós-teoria do Estado”, os autores entendem que permanece a necessidade de uma sistematização do pensamento sobre o quadro institucional da vida pública, ainda que o centro dela não seja mais o Estado, lugar ocupado, talvez, pela teoria da democracia<sup>134</sup>, que alargou muito os contornos originais daquele, para tornar-se democracia local ou internacional ou “social”. O vocabulário modificou-se.

O governo, muito unilateral – muito estatista, talvez – torna-se governança; a lei cede um pouco a múltiplos mecanismos de regulação fundados na negociação e deixa um espaço maior às acomodações e à *soft law*. A derrogação, muito soberana, é substituída pela acomodação (razoável, talvez). Uma concepção diferente do quadro institucional da vida pública se evidencia na teoria geral da federação, teoria geral da integração, teoria geral da constituição<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Eric. Introduction. La théorie de l'État entre passé et avenir. Journées en l'honneur de Carré de Malberg. *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n. 8, set. 2012. Disponível em: <<http://juspoliticum.com/article/Introduction-La-theorie-de-l-Etat-entre-passe-et-avenir-Journees-en-l-honneur-de-Carre-de-Malberg-549.html>>. Acesso em: 21-10-2016.

<sup>133</sup> Jouanjan e Maulin, cit. Os autores referem o caso de Georges Burdeau, na França.

<sup>134</sup> Ver o artigo de Gaspardo e Tojal, neste volume.

<sup>135</sup> Jouanjan e Maulin, cit. No mesmo número dessa revista, em artigo comentando quais seriam os possíveis sucessores da Teoria Geral do Estado, talvez pela dimensão das questões suscitadas pela União Europeia (que sem dúvida responde também pela demanda de teorias da federação ou da integração), aventa-se a criação de um “direito global”. Mikhail Xifaras. *Après les Théories Générales de l'État: le Droit Global?*

Em artigo de 2009, com o provocativo título de “Em defesa da *Staatslehre*” Martin Loughlin, professor da London School of Economics, sustenta a permanência da *Staatsrecht*, também com base num conceito de governo esvaziado em parte do papel coercitivo. Diferenciando as noções de soberania e governo, entende a primeira como um conceito de origem absolutista, de base jurídica, que expressa a autonomia da esfera política e envolve as tarefas de produção da lei (*making laws*), enquanto o governo, evidentemente sobre uma fundamentação constitucional, é responsável pela produção de políticas (*making policies*).

Entretanto, existe uma outra tarefa que se tornou ubíqua no governo moderno, que é a formulação e implementação de políticas públicas para a promoção do bem comum. Para a realização dessa tarefa, os governos criaram grandes serviços civis, policiais e militares, desenvolveram meios poderosos de regular a vida econômica, estabeleceram amplos esquemas de provisão de saúde, educação, seguridade e bem-estar social e desenvolveram capacidade de elevar as rendas tributárias dos cidadãos para suportar os custos dessas políticas. [...] A função governamental de políticas públicas (*policy making function of government*) é fundada no tipo diferente de poder que aquele da *potestas*: é a *potentia*, a capacidade real do governo de decidir sobre as coisas. [...] Assim, para serem bem-sucedidos (isto é, poderosos), os governos devem ser capazes de formular e implementar políticas eficiente e eficazmente, e para isso eles necessitam do apoio dos cidadãos. Dados os recursos materiais que os governos modernos adquiriram, admite-se o uso da força na realização dessas políticas. Mas isso, além de consumir muitos recursos, é em geral inefetivo; a geração de um sentimento de solidariedade (isto é, legitimidade) é um meio muito mais eficaz de exercer *potentia*<sup>136</sup>.

O papel da Teoria do Estado permanece, não resta dúvida, para examinar e explicar as fontes do poder do Estado e suas relações com a sociedade civil – a conexão social-estatal, apontada por Heller, permanece “o maior enigma da cultura”<sup>137</sup>. Cabe atualizá-la enquanto método de compreensão das relações entre o direito e a política.

Num momento de intensas transformações da sociedade, com a crise das formas de mediação tradicionais, explicita-se o estranhamento em relação às estruturas do Estado insuficientes para satisfazer suas aspirações e expressar alguma forma de articulação em totalidades. É importante construir no mundo do direito categorias de representação cognitiva e prática, de modo a tornar

<sup>136</sup> LOUGHLIN, Martin. In defence of *Staatslehre*. *Der Staat* (publicada por Duncker & Humblot GmbH), vol. 48, n. 1 (2009), p. 1-27 (p. 23-24).

<sup>137</sup> Heller, cit., p. 63-64. Essa definição se aplica também às criações culturais, cuja existência e sentido não dependem de ser vividas pelos homens.

possíveis novos modos de organização das relações entre o Estado e a sociedade. Como dito por Martin Loughlin, “o conceito de Estado se manifesta”<sup>138</sup> entre o poder e o direito, análises teóricas e representação cognitiva de normas e instituições são as peças da Teoria do Estado.

## Referências bibliográficas

- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Jorge Zahar Editor, 2000.
- BENZ, Arthur. *El Estado moderno*. F. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Weimar*. São Paulo: Azougue Editor, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Soberania e Constituição*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- BOOKBINDER, Paul. Hermann Heller. *Review*, vol. 62, n. 3, summer 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. P. Teoria do Estado? In “Branquinhos” e a Teoria do Estado. *Revista de Direito Constitucional e das Políticas Públicas*, vol. 1, n. 1, p. 1-10, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. 2ª reimpressão da 2. ed. em espanhol. Madrid: Alianza, 1980.
- CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Landucci Ortale, 2000.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado político*. Horizonte: Editora Forum, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo. *Uma defesa da Teoria do Estado Neoconstitucional*. São Paulo: Editora

<sup>138</sup> Loughlin, op. cit., p. 7.

possíveis novos modos de organização jurídica, isto é, novas configurações institucionais das relações entre o Estado, o universo político e a sociedade.

Como dito por Martin Loughlin, o Estado é um “esquema de inteligibilidade” e o “Direito Político ou *Staatsrecht*, o direito que constitui a autoridade das instituições produtoras do direito no Estado [...] é a forma por meio da qual o conceito de Estado se manifesta”<sup>138</sup>. Observar criticamente práticas de contato entre o poder e o direito, analisá-las, produzir a sua condensação em esquemas teóricos e representação cognitiva, traduzi-la em modelos jurídicos, em que as normas e instituições são as peças básicas, esse permanece o campo de trabalho da Teoria do Estado.

### Referências bibliográficas

- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BENZ, Arthur. *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. São Paulo: Azougue Editorial, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Soberania e Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- BOOKBINDER, Paul. Hermann Heller versus Carl Schmitt. *International Social Science Review*, vol. 62, n. 3, summer 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Precisar a Teoria da Constituição europeia de uma Teoria do Estado? In *“Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 227-244.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. Tradução de José Lion Depetre. 2ª reimpressão da 2. ed. em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo. Uma defesa do positivismo metodológico. In *Teoria do Direito Neoconstitucional*. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 339-352;

<sup>138</sup> Loughlin, op. cit., p. 7.

- DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.
- DUGUIT, Léon. *Leçons de Droit Public General*. Paris: Éditions la Mémoire du Droit, 2000.
- FLEINER-GERSTER, Thomas, com a colaboração de Peter Hänni. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FRANCE. Conseil d'État. *Étude annuelle 2013*. Le droit souple, n. 64. Paris: La Documentation Française, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GROSSI, Paolo. O Direito entre poder e ordenamento. In Paulo Grossi (Org.). *O Direito entre poder e ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 93-136.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2005, reimpressão da tradução da 2. ed. alemã (1905), Editorial Albatros (1954).
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEHMAN, Edward W. The Theory of the State versus the State of Theory. *American Sociological Review*, vol. 53, n. 6, dec. 1988, p. 807-823.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no Direito*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli, vol. 1, São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LOUGHLIN, Martin. In defence of Staatslehre. *Der Staat* (publicada por Duncker & Humblot GmbH), vol. 48, n. 1, 2009. p. 1-27.
- MURKENS, Jo Eric Khushal. The future of Staatsrecht: dominance, demise or demystification? *The Modern Law Review*, vol. 70, n. 5, set. 2007, p. 731-758.
- RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*. Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. São Paulo: Manole, 2013.
- ROMANO, Santi. Lo Stato moderno e la sua crisi. In Lo Stato moderno e la sua crisi. *Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 5-26.
- SABATIER, Paul. The need for better the policy process. Cambridge: Westview F
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. zonte: Del Rey, 2009.
- SPITZ, Jean-Fabien. L'État social et la Vezinat (Orgs.). *L'État Recomposé*. Paris
- STUCHI, Carolina Gabas. *Fundamentos Soberania no Brasil*. Porto Alegre: Serg
- SUPIOT, Alain. *Grandeur et misère de l* coleção Leçons inaugurales du Collège
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Teoria Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WILLKE, Helmut. The Tragedy of the S Polycentric Society. *ARSP: Archiv für Rosophy of Law and Social Philosophy* (pu 1986. p. 455-467.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Es* por Karin Praefke-Aires Coutinho. Lis

- SABATIER, Paul. The need for better theories. In Paul Sabatier (Coord.). *Theories of the policy process*. Cambridge: Westview Press, 2007. p. 3-20.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SPITZ, Jean-Fabien. L'État social et la mondialisation. In Patrick Le Galès e Nadège Vezinat (Orgs.). *L'État Recomposé*. Paris: PUF, 2014. p. 30-46.
- STUCHI, Carolina Gabas. *Fundamentos para uma Teoria Realista do Estado*. Análise da Soberania no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.
- SUPIOT, Alain. *Grandeur et misère de l'État social*. Paris: Fayard, Collège de France, coleção Leçons inaugurales du Collège de France, 2013.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Teoria Geral do Estado*. Elementos de uma Nova Ciência Social. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WILLKE, Helmut. The Tragedy of the State: Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* (publicada por Franz Steiner Verlag), vol. 72, n. 4, 1986. p. 455-467.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed., tradução da 12. ed. alemã, de 1994, por Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.