

• Cláudio Pereira de Souza Neto • Gilberto Bercovici
• José Filomeno de Moraes Filho • Martonio Mont'Alverne B. Lima

Teoria da Constituição

*Estudos sobre o Lugar da Política
no Direito Constitucional*

LUMEN JURIS | editora

A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição

Gilberto Bercovici

1. Introdução

A Constituição está em crise. No caso brasileiro, a crise da Constituição de 1988 é patente,¹ embora existam autores que afirmem ser a Constituição de 1988 "nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa".² A perple-

1 Vide, por exemplo, Fábio Konder COMPARATO, "Réquiem para uma Constituição", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 20, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 5-11 e Paulo BONAVIDES, *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*, São Paulo, Malheiros, 1999. José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, intitula uma das seções de seu prefácio à 2ª edição do livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* de "Mal-Estar da Constituição e Pessimismo Pós-Moderno". Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. V-VIII.

2 Luís Roberto BARROSO, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 29, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 56. Ao contrário do que afirma Barroso, não podemos considerar que uma Constituição que sofreu mais de 30 emendas, muitas contrárias à sua própria concepção ideológica, em menos de uma década, seja a nossa Constituição mais normativa. Para a classificação "ontológica" das Constituições em normativas, nominais e semânticas, vide Karl LOEWENSTEIN, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" in Arnold J. ZURCHER (Org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, 2ª ed, New York, New York University Press, 1955, pp. 203-206 e Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 4ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2000, pp. 151-157. Para a crítica da classificação de Loewenstein, vide Marcelo NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 65-71 e do mesmo autor, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1994, pp. 95-99 e 151-153.

xidade da doutrina brasileira se acentuou com a divulgação das novas posições teóricas do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, em que revia sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de 1982, que havia fortemente influenciado as concepções de boa parte dos publicistas brasileiros.³

Mesmo assim, a teoria constitucional brasileira não modificou seus pressupostos de análise e de compreensão da Constituição. O que houve foi a incorporação da revisão de Canotilho pelos críticos liberais (ou neoliberais) da Constituição de 1988⁴ ou a tentativa de crítica desta mudança do autor português, defendendo a manutenção de sua Teoria da Constituição Dirigente como instrumento de análise da Constituição de 1988.⁵ O restante da doutrina, em sua imensa maioria, continuou a entender o dilema constitucional brasileiro dentro dos tradicionais parâme-

3 Estas mudanças estão evidenciadas nos artigos "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 15, São Paulo, RT, abril/junho de 1996, pp. 7-17; "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" in J. A. Pinto RIBEIRO (Coord.), *O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, pp. 413-422; "Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente" in Paulo Borba CASELLA (Coord.), *Mercosul: Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 205-217 e "O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida" in VVAA, *Constitución y Constitucionalismo Hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 215-225, boa parte deles refundida no Prefácio à segunda edição do livro José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. V-XXX.

4 Por exemplo, vide Diogo de Figueiredo MOREIRA Neto, "Desafios Institucionais Brasileiros" in Ives Gandra MARTINS (Coord.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira, 1997, p. 195.

5 Este é o caso de nosso artigo: Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* nº 142, Brasília, Senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 35-51.

tros da dicotomia Constituição x realidade, mantendo uma visão extremamente otimista, para não dizer ingênua, do Poder Judiciário como a grande esperança na concretização da Constituição de 1988.

Têm razão aqueles que ressaltam o fato de o direito constitucional brasileiro viver um "momento virtuoso".⁶ Nunca o Brasil produziu tantos trabalhos sobre a Constituição. Hoje possuímos uma Teoria da Constituição de nível elevado, atualizada e comparável às melhores do meio europeu. Entretanto, esta Teoria da Constituição, talvez excessivamente preocupada com as questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional em um país periférico como o Brasil.⁷ A "globalização" e o neoliberalismo apenas acentuam esta inadequação da nossa teoria constitucional. As soluções apresentadas situam-se sempre entre o instrumentalismo constitucional (basta a solução estar prevista na Constituição) e a crença no Poder Judiciário como "salvador da República", ou a adoção de concepções processuais da Constituição, limitada a um "instrumento de governo" ou a uma "carta símbolo da identidade nacional".⁸

6 Luís Roberto BARROSO. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)" *cit.*, pp. 54-57.

7 Podemos destacar como exceções a este quadro a reflexão teórica de Marcelo Neves, com sua preocupação em entender o dilema constitucional dos países periféricos, particularmente na obra de Marcelo NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne cit.*, pp. 89-94, entre outras, e as recentes abordagens de Lenio Streck, em que este autor defende a elaboração de uma Teoria da Constituição Dirigente adequada aos Países de Modernidade Tardia. Cf. Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 112-116.

8 Vide, nestes dois últimos sentidos, Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Bra-*

Ao analisarmos os autores estrangeiros, especialmente os europeus, percebemos, no entanto, uma série de questionamentos e insuficiências às suas teorias constitucionais semelhantes aos nossos: a excessiva formalização (ou normativização) do direito constitucional, os dilemas do controle judicial de constitucionalidade em uma democracia, em suma, a despolitização da Constituição. O que nos faz chegar a seguinte conclusão: a crise é, mais propriamente, da Teoria da Constituição.

Este é o objetivo deste texto: tentar traçar, historicamente, como teria surgido a crise da Teoria da Constituição e apresentar uma alternativa para a sua superação. Conscientes das limitações e omissões de um trabalho deste porte, não pretendemos ter o monopólio das soluções corretas ou verdadeiras. O que buscamos é a tentativa de abertura do diálogo, inclusive com as demais ciências sociais, para sairmos do impasse teórico em que nos encontramos.

Para tanto, nossa proposta consiste em seguir o itinerário traçado por Pedro de Vega García⁹ e, em parte, a tese levantada por Maurizio Fioravanti, sobre o duplo movimento histórico do direito público: "*doppio movimento storico del diritto pubblico moderno, dalla 'Costituzione' allo 'Stato', e dallo 'Stato' alla 'Costituzione'*".¹⁰ Segundo Fioravanti, Estado e Constituição revezam-se, historicamente, como conceitos-chave do direito público. Ao primado da Constituição e do constitucionalismo, advindos com as revolu-

sileira, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 22-23 e José Eduardo FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 32-35.

⁹ Vide o excelente artigo de Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-87.

¹⁰ Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 4.

ções liberais do século XVIII, sucedeu a primazia do Estado, e a Teoria Geral do Estado, a partir da metade do século XIX.¹¹ A crise da Teoria Geral do Estado no início do século XX fez com que o centro do estudo do direito público passasse à Constituição e à Teoria da Constituição, especialmente após o segundo pós-guerra. Neste texto, no entanto, vamos além das considerações de Fioravanti, entendendo que a crise da Teoria da Constituição será superada com uma renovada Teoria do Estado.

2. A Teoria da constituição como capítulo da teoria geral do estado

A questão do primado da Constituição, como norma fundamental do Estado, que garante os direitos e liberdades dos indivíduos, foi desenvolvida no decorrer do século XIX, especialmente pela Teoria Geral do Estado. Esta idéia foi utilizada, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, idéias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. De outro, contrapôs-se a Constituição aos poderes do monarca, limitando-os. Desta forma, a Constituição do Estado evita os extremos do poder do monarca (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do

¹¹ Sobre o apogeu da idéia de Constituição entre a metade do século XVIII e a metade do século XIX, bem como a assunção de um papel central pelo Estado a partir de 1850 na reflexão sobre o direito público, vide Michael STOLLEIS, "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution" in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 17-18 e 32.

Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado. E a Teoria da Constituição, um capítulo da Teoria Geral do Estado.¹²

A Teoria Geral do Estado é uma disciplina que, a partir da segunda metade do século XIX, com o positivismo jurídico, busca a depuração metodológica dos elementos políticos, sociais, históricos e filosóficos da análise do Estado e do direito público. Inspirados pela pandectística, os positivistas, como os alemães Carl Friedrich von Gerber e Paul Laband e o italiano Vittorio Emanuele Orlando, viam no direito privado o exemplo a ser seguido pelo direito público, buscando a adoção de uma metodologia "exclusivamente jurídica".¹³ A título ilustrativo da utilização do método do direito privado pelo direito público, destacamos o seguinte trecho do prefácio à primeira edição da obra de Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, na sua tradução francesa: "*La simple transposition de principes et de règles de droit civil dans les rapports de droit public n'est certes pas utile pour avoir une connaissance exacte de ses derniers: cette manière <<civiliste>> de traiter le droit public n'est pas convenable. Mais souvent la condamnation de la méthode <<civiliste>> cache la répugnance à traiter le droit public d'une manière <<juridi-*

12 Karl LOEWENSTEIN, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" *cit.*, pp. 196-197; Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione cit.*, pp. 144-145; Dieter GRIMM, "Der Verfassungsbegriff in historischen Entwicklung" in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 106-109 e 143-146; Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 135-139 e Michael STOLLEIS, "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution" *cit.*, pp. 19-32. Para as semelhanças e diferenças das concepções de Constituição da Teoria Geral do Estado francesa e da alemã, vide Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, reimpr., Paris, CNRS, 1962, vol. 1, pp. 65-67 e vol. 2, pp. 492-495 e 499-500.

13 Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1958, pp. 146-149.

*que>>, et, en voulant, écarter les principes de droit privé, on rejette vraiment des principes de Droit, pour les remplacer par des considérations philosophiques et politiques. Sans doute, à vrai dire, la science du droit privé a pris une telle avance sur toutes les autres disciplines du Droit que celles-ci ne doivent pas craindre de se mettre à l'école de la première, mieux développée; dans l'état actuel de la littérature de droit public et en particulier de droit public d'Empire, il y a bien moins à redouter de la voir s'inspirer trop du droit civil, que de la voir perdre tout caractère juridique et tomber au niveau de la littérature politique du journal"*¹⁴.

Gerber, originariamente um professor de direito privado, em suas obras *Ueber öffentliche Rechte* (1852) e *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), defendeu a posição de que o objeto de uma ciência do direito público deve ser apenas o direito positivo. Sua preocupação era com a construção de um sistema científico do direito público, ou seja, dotar o direito público de autonomia científica.¹⁵ Para tanto, Gerber afirma que o direito público deveria se inspirar nos métodos especificamente jurídicos do direito privado¹⁶. Além disto, a dogmática do direito público deveria ser pura, sem quaisquer elementos não-jurídicos, como história, filosofia e, especialmente, a política.¹⁷

Por sua vez, Paul Laband, autor do influente *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1ª edição de 1876), apli-

14 Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1900, vol. 1, pp. 4-5 (préface de la première édition allemande - 1876).

15 Carl Friedrich von GERBER, "Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco" in *Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 91 e 96-101.

16 Cf. Carl Friedrich von GERBER, "Sui Diritti Pubblici" in *Diritto Pubblico cit.*, p. 29.

17 Carl Friedrich von GERBER, "Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco" *cit.*, pp. 207-210. Vide também Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert cit.*, pp. 135-146 e 152; Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitu-*

cou sistematicamente para o direito público alemão, agora unificado por Bismarck, o método científico desenvolvido por Gerber.¹⁸ Com base no método do direito privado, Laband consolida o método jurídico do direito público, eliminando as investigações não dogmáticas do campo da ciência do direito público. Por meio da análise lógica dos conceitos jurídicos gerais, Laband defendeu a purificação da dogmática jurídica de considerações valorativas, especialmente políticas:¹⁹ *"Pour remplir cette tâche, il n'y a pas d'autre moyen que la logique; rien ne peut ici la remplacer; toutes les considérations historiques, politiques et philosophiques, si précieuses qu'elles puissent être en elles-mêmes, sont sans importance pour la dogmatique d'un Droit concret et ne servent trop souvent qu'à voiler le manque de travail systématique"*.²⁰

Segundo Walter Wilhelm, o método jurídico do direito público de Gerber e Laband, na realidade, tinha uma forte

tion, Paris, PUF, 1993, pp. 64-65; Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen*, Paris, Éditions Kimé, 1997, pp. 72-77 e Olivier JOUANJAN, "Carl Friedrich Gerber et la Constitution d'une Science du Droit Public Allemand" in Olivier BEAUD & Patrick WACHSMANN (Orgs.), *La Science Juridique Française et la Science Juridique Allemande de 1870 à 1918 (Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg n° 1)*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 19-22. Para uma discussão sobre a origem do método de Gerber, vide Walter PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, pp. 96-115.

18 Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert cit.*, pp. 14-15; Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 65-70 e Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen cit.*, pp. 77-80. Sobre as continuidades e descontinuidades existentes entre Gerber e Laband, vide Walter PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus cit.*, pp. 205-208.

19 Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert cit.*, pp. 7-11 e 157-158.

20 Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand cit.*, vol. 1, p. 10 (préface de la deuxième édition allemande - 1887).

implicação política. Ao eliminar os elementos valorativos e não dogmáticos da análise do direito público alemão, o que se pretendia era a legitimação do próprio Reich alemão, excluindo-se a possível crítica política como algo "não científico". Não haveria de se estranhar, portanto, o fato de a doutrina positivista, especialmente a obra de Paul Laband, ter se tornado a doutrina jurídica oficial do Império Alemão.²¹

O positivismo, embora com várias divergências, também foi o método utilizado por Georg Jellinek para elaborar sua Teoria Geral do Estado.²² Apesar de sua intenção em estabelecer e fundamentar uma teoria jurídica do Estado, Jellinek admitia a possibilidade da existência de uma teoria sociológica do Estado. Para ele, a Teoria Geral do Estado deveria se ater a dois aspectos básicos: o Estado é uma construção social e uma instituição jurídica, havendo, portanto, a possibilidade de uma doutrina sociológica e uma doutrina jurídica do Estado. A doutrina sociológica teria por objeto de estudo o "ser" do Estado, por meio dos fatos, da história, em suma, um exame "naturalista" do Estado. Já a doutrina jurídica estudaria as normas que "devem

21 Cf. Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert cit.*, pp. 152-156 e 159. Para uma posição contrária a esta interpretação de Wilhelm, vide Walter PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus cit.*, pp. 42-46 e 245. Vide também Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969, pp. 19-27 e Olivier JOUANJAN, "Carl Friedrich Gerber et la Constitution d'une Science du Droit Public Allemand" *cit.*, pp. 62-63.

22 Talvez uma das maiores divergências de Jellinek com o positivismo jurídico seja a sua concepção de "força normativa dos fatos" (*normative Kraft des Faktischen*). Sobre esta idéia, vide Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, pp. 337-344. Para as proximidades e diferenças de Jellinek em relação a Gerber e a Laband, vide Walter PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus cit.*, pp. 214-217 e 219-223. Vide também Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 70-72.

ser", normas estas diferenciadas das afirmações do "ser" do Estado enquanto fenômeno social. Não seria possível, todavia, introduzir métodos de investigação estranhos ao campo jurídico na Teoria Geral do Estado: embora se proponha a completar a concepção social de Estado, a concepção jurídica não pode ser confundida com ela.²³

Jellinek pretendeu criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade. A teoria jurídica do Estado de Jellinek, segundo Pedro de Vega, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado. O principal conceito é o do Estado como pessoa jurídica, ligado à teoria da autolimitação do Estado (*Selbstverpflichtung des Staates*). Afinal, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, submetendo-se ao direito, torna-se também sujeito de direitos e deveres.²⁴

O conceito clássico de Constituição para a Teoria Geral do Estado é o de Jellinek, que entende a Constituição como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado.²⁵ A Constituição é

23 Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 10-21, 34-42, 50-52 e 137-140.

24 Cf. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 169-173, 182-183, 367-375 e 386-387. Vide também Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp. 65-67 e 70-72.

25 Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre cit.*, p. 505. Podemos comparar o conceito de Jellinek com o do francês Carré de Malberg: "Au point de vue juridique, la base de la puissance étatique c'est le statut organique de l'État, sa Constitution; et celle-ci ne s'analyse point en un contrat entre les membres de l'État, mais elle est promulguée au nom de l'État lui-même et de l'État seul, comme un acte de sa volonté unilatérale" in Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État cit.*, vol. 1, pp. 56-57, nota 5. Para uma análise do debate alemão sobre a idéia de Constituição no século XIX, vide Dieter GRIMM, "Der Verfassungsbe-griff in historischen Entwicklung" *cit.*, pp. 109-146.

estatal, pois só é possível com o Estado. O Estado é pres-suposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos. A Constituição é um instrumento de governo, legitima procedimentalmente o poder, limitando-o. A política está fora da Constituição.²⁶ De acordo com o próprio Jellinek, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição, sendo admissíveis, no máximo, estudos jurídicos complementares aos políticos.²⁷

3. A Crise da teoria geral do estado e a teoria da constituição

A Teoria da Constituição vai se firmar no século XX,²⁸ fruto das discussões desenvolvidas no célebre "Debate de Weimar", em que opuseram-se ao positivismo jurídico, liderado por Hans Kelsen, as mais diversas propostas metodo-

26 Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 361-363; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 33-36 e 42-44 e Maurizio FIORAVANTI, "Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo" in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dallo Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 871-875. Vide também Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État cit.*, vol. 1, pp. 232-235.

27 Georg JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, reimpr., Goldbach, Keip Verlag, 1996, pp. 5-6 e 80. Sobre o fato de Jellinek, assim como a maioria dos publicistas alemães da segunda metade do século XIX, propor a separação da política do direito público, vide Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert cit.*, pp. 141-142.

28 Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione cit.*, p. 145. Vide também Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 8ª ed, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 79-81.

lógicas para a compreensão do Estado e da Constituição.²⁹ A origem destas discussões é a crise, então patente, sobre os pressupostos, método e sentido das ciências humanas, em geral, e do Direito, em particular. Esta crise, segundo Hermann Heller, fez com que se percebesse "a inadequação teórica e esterilidade prática" ("*die theoretische Unzulänglichkeit und praktische Unfruchtbarkeit*") da Teoria Geral do Estado.³⁰ A crise era, mais especificamente, da Teoria Geral do Estado.

O positivismo jurídico de Gerber e Laband esqueceu-se do substrato social do Estado, impondo o método jurídico como o único possível. Embora fosse privilegiado o rigor científico, todos os problemas concretos da Teoria do Estado foram banidos como metajurídicos. A impossibilidade de aplicação do método jurídico para Heller ficava evidente: se o método positivista fosse levado realmente a sério, tornaria impossível uma disciplina como a Teoria Geral do Estado.³¹ E foi exatamente isto que, como veremos, Hans Kelsen propôs.

29 A bibliografia sobre o debate metodológico travado durante a República de Weimar é imensa. Vide, por todos, o excelente artigo de Manfred FRIEDRICH, "Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlegendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, pp. 161-209 e Peter C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press, 1997, pp. 78-144. Sobre a crise do positivismo jurídico e a crítica ao positivismo desenvolvida durante o "Debate de Weimar", vide Walter PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus cit.*, pp. 29-36 e 240-245. Vide, ainda, Manuel GARCÍA-PÉLAYO, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 67-78.

30 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, p. 5. Vide também pp. 14-15. Sobre a concepção de "crise da Teoria do Estado" de Heller e sua posição no debate metodológico de Weimar, vide David DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pp. 167-176.

31 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pp. 8-10 e 12-13.

Jellinek teria, segundo Heller, seus méritos, ao perceber que seria impossível elaborar uma Teoria Geral do Estado sem a sociologia. No entanto, ele não seguiu seu método a contento, limitando-se a acrescentar uma teoria social do Estado à teoria jurídica do Estado. Sua obra, assim, dividiu-se em duas partes desconexas.³² Outra crítica à Teoria Geral do Estado, nos moldes propostos por Jellinek, é a sua busca de um conhecimento total do Estado. Afinal, o seu objeto é o Estado em geral, a "essência" do Estado. Esta "compreensão enciclopédica", segundo Sebastião Botto de Barros Tojal, torna-se, com a superação do método jurídico-positivista, um todo carente de unidade. Quando se alcança alguma unidade de saber científico sistematizado, esta unidade é fundamentada apenas em valores apriorísticos, ou seja, é, preponderantemente, uma unidade idealista, de conceitos abstrata e artificialmente universais. Deste modo, a Teoria Geral do Estado revela-se como uma ciência do espírito, não da realidade.³³

Quando Hans Kelsen propõe a aplicação do método jurídico positivista até as últimas conseqüências, gerando, nas palavras de Heller, uma "Teoria do Estado sem Estado" ("*Staatslehre ohne Staat*"),³⁴ a crise da Teoria Geral do Estado torna-se evidente. O debate, então, vai se dar, segundo Olivier Beaud, em torno das concepções neohegelianas e neokantianas de Estado e Constituição: entre a idéia de que a Constituição é a lei da vida política global de um Estado, ou seja, está ligada ao "ser" político do Estado e a concepção de que a Constituição é uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando liga-

32 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, p. 12.

33 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pp. 25-26; Hermann HELLER, *Staatslehre*, 6ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pp. 12-14 e 75-81 e Sebastião Botto de Barros TOJAL, *Teoria Geral do Estado: Elementos de uma Nova Ciência Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 9-10, 14-16 e 136-140.

34 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pp. 15-24.

da ao "dever ser" do Estado. Em suma, a Constituição é entendida como regime político-social do país (idéia defendida por autores das mais diversas tendências ideológicas, cujas origens estão em Hegel, passando por Ferdinand Lassalle e Lorenz von Stein) ou entende-se a Constituição limitada ao texto constitucional, regulando os comportamentos dos agentes estatais (idéia defendida pelo neokantismo e o normativismo positivista).³⁵

A crise da Teoria Geral do Estado vai gerar a discussão, a nosso ver, de três grandes propostas para sua superação. Todas descartam a continuidade da Teoria Geral do Estado "enciclopédica", nos moldes consagrados por Georg Jellinek. Duas propostas vão substituir a velha Teoria Geral do Estado pela nova Teoria da Constituição. De um lado, a visão da Constituição exclusivamente como norma jurídica (Kelsen). De outro, as Teorias Materiais da Constituição, vistas agora como algo mais do que uma simples norma jurídica, mas como lei global da vida política do Estado e da sociedade (Schmitt e Smend). Finalmente, a terceira proposta busca a renovação metodológica completa da Teoria Geral do Estado, que deveria ser substituída pela Teoria do Estado como ciência da realidade (Heller).

No "Debate de Weimar", a crítica mais comum que se fez a Hans Kelsen foi a de ser o último representante do "labandismo", o ápice da tradição jurídica positivista.³⁶ Esta crítica se fundamenta na radicalização que Kelsen faz do positivismo, ao igualar a Teoria Geral do Estado à Teoria Geral do Direito. Para Kelsen, o Estado é um sistema de normas, assim, não pode ser mais do que o ordenamento

35 Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 75-85. Vide também Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 359-368.

36 Vide, por todos, Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pp. 15-16. Vide também Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 72-73.

jurídico. As relações entre o Estado e o direito significam, para Kelsen, identidade entre ambos, ao identificar o Estado com o ordenamento jurídico positivo. Sendo o Estado o próprio ordenamento jurídico, a Teoria do Estado passa a ser possível enquanto disciplina jurídica, coincidindo com a Teoria do Direito³⁷. Dentro de sua teoria, Kelsen, ainda, isola o Estado (=ordenamento) da política, pois a política é a doutrina do Estado justo, ideal, distinguindo-se da Teoria do Estado, que é a doutrina do Estado possível, concreto e real, que é o direito positivo.³⁸

Há, no entanto, alguns autores, como Maurizio Fioravanti, que vêem em Kelsen não a continuidade, mas a ruptura com a tradição positivista oitocentista. Ruptura configurada com sua primeira grande obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, em que Kelsen elabora uma série de críticas à "doutrina dominante" na Teoria Geral do Estado.³⁹ Discordamos deste ponto de vista, pois as grandes críticas que Kelsen faz à "doutrina dominante" são dirigidas não à escola positivista de Gerber e Laband, mas a Georg Jellinek, como iremos destacar adiante.⁴⁰

37 Hans KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, reimpr. da 2ª ed, Aalen, Scientia Verlag, 1962, pp. 86-91 e Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993, pp. 16-18, 52-54 e 74-76.

38 Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 27-28, 44-45 e 80. Sobre as ligações entre a teoria política e a Teoria Geral do Estado em Kelsen, vide Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen cit.*, pp. 20-26.

39 Maurizio FIORAVANTI, "Kelsen, Schmitt e la Tradizione Giuridica dell'Ottocento" in *La Scienza del Diritto Pubblico cit.*, vol. 2, pp. 610-626 e 653. Vide também Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen cit.*, pp. 71-72. Sobre a revisão crítica dos postulados do positivismo jurídico efetuada por Kelsen, vide Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp. 72-75.

40 Sobre a proximidade entre as críticas a Jellinek feitas por Kelsen com as elaboradas por Laband, vide Walter PAULY, *Der Methodenwandel im*

Kelsen afirma que a conceituação de Estado e direito como entes distintos gera, como consequência, a distinção entre uma teoria sociológica e uma teoria jurídica do Estado, conforme Jellinek havia proposto. Isto tornaria a Teoria Geral do Estado contraditória, pois o Estado seria objeto de duas ciências totalmente distintas, com dualidade de métodos e diversidade de finalidades e questionamentos. Para solucionar esta problemática, Kelsen destaca como específico do Estado, do ponto de vista jurídico, o fato de este ser um sistema de normas. Assim, a existência objetiva do Estado seria a própria validade objetiva das normas que constituem a ordem estatal.⁴¹

Pelos mesmos motivos que tornariam impossível uma teoria sociológica do Estado e uma teoria jurídica do Estado coincidentes sobre o mesmo objeto, Kelsen critica a teoria da autolimitação do Estado elaborada por Jellinek. A idéia do Estado se autolimitar pelo seu próprio direito, segundo Kelsen, é contraditória, pois cria uma dualidade entre Estado e direito que não é possível na Ciência do Direito. Afinal, o Estado não pode ser limitado pelo seu ordenamento jurídico, pois são ambos a mesma coisa, o Estado é o ordenamento jurídico.⁴²

No estudo do "Debate de Weimar", centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre

deutschen Spätkonstitutionalismus cit., pp. 222-223. Para uma exposição das relações entre Kelsen e Jellinek (de quem o primeiro foi, por certo período, aluno), vide Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen cit.*, pp. 81-85.

41 Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, reimpr. da 2ª ed., Aalen, Scientia Verlag, 1960, pp. XVI-XXII (prefácio à 2ª edição, de 1923); Hans KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff cit.*, pp. 105-106 e 114-132 e Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 6-7, 14-15 e 19-21.

42 Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre cit.*, pp. XVI-XXII (prefácio à 2ª edição, de 1923) e pp. 395-412; Hans KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff cit.*, pp. 132-140 e Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 74-76.

Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição.⁴³ Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a "força normativa dos fatos", mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta.⁴⁴

Segundo Kelsen, a estrutura hierárquica do processo de criação do direito termina em uma norma fundamental que fundamenta a unidade do ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética, não positivada, portanto, não é determinada por nenhuma norma superior do direito positivo. Esta norma fundamental é a "Constituição em sentido lógico-jurídico" (*Verfassung im rechtslogischen Sinne*), que institui um órgão criador do direito, um grau inferior que estabelece as normas que regulam a elaboração da legislação. Este órgão é a Constituição propriamente

43 No mesmo sentido, vide Pedro de Vega GARCÍA: "Se había refugiado el positivismo jurídico en una Teoría General del Estado abstracta e intemporal que le había permitido, por una parte, ocultar los grandes problemas políticos y sociales de la realidad histórica, y, por otra, prescindir de la lógica del Estado Constitucional tal y como fue planteada en los procesos revolucionarios burgueses. De alguna manera lo que hace Kelsen es reaccionar contra esse doble abandono. Es verdad que su teoría pura del Derecho y del Estado sigue presentándose en términos de abstracción y atemporalidad, y que su concepción de la democracia como método y como respeto a las reglas de juego de los distintos intereses sociales, continúa apareciendo como una doctrina avalorativa y neutral. Pero no lo es menos que sus rectificaciones a la lógica jurídica del positivismo clásico (con la crítica, por ejemplo, a la distinción entre ley formal y material), y la eliminación arbitraria de las identidades entre pueblo y Estado, le iban a permitir convertirse en pionero y protagonista de ese singular cambio histórico que supuso el paso de la razón de Estado a la razón de Constitución" in Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp.74-75.

44 Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 80-81.

te dita, ou "Constituição em sentido jurídico-positivo" (*Verfassung im positivrechtlichen Sinne*).⁴⁵

O conteúdo da Teoria Geral do Estado, para Kelsen, é o estudo dos problemas referentes à validade e produção da ordem estatal, ou seja, do ordenamento jurídico. Estes problemas de criação do ordenamento jurídico (criação do direito e fundamentação da unidade do ordenamento), como vimos antes, são compreendidos sob o conceito de Constituição. Desta forma, para Hans Kelsen, a Teoria Geral do Estado coincide com a Teoria Geral da Constituição ("*so bedeutet Allgemeine Staatslehre auch eine allgemeine Verfassungslehre*").⁴⁶

Apesar das considerações de Kelsen, demonstrando a passagem da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição, a primeira obra sistemática que entende a Teoria da Constituição como um ramo próprio da teoria geral do direito público é a *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição), de Carl Schmitt, publicada em 1928. O objetivo declarado de Schmitt é o de oferecer uma obra sistemática das questões de teoria constitucional tratadas incidentalmente pelo Direito Constitucional (*Staatsrecht*) e pela Teoria Geral do Estado. A necessidade de um tratamento próprio destas questões é destacado por Carl Schmitt, ao criticar o positivismo jurídico que teria deslocado as questões fundamentais do direito político para a Teoria Geral do Estado. Nesta disciplina as questões da teoria constitucional não seriam tratadas adequadamente, situadas entre as teorias políticas em geral e os temas filosóficos, históricos e sociológicos abarcados pelos teóricos do Estado. Com a Teoria da Constituição, Schmitt busca superar a divisão, gerada pelo positivismo normativista, entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Po-

45 Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 248-250.

46 *Idem*, pp. 45-46.

lítica, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional.⁴⁷

De acordo com a Teoria da Constituição de Carl Schmitt, a Constituição, em sentido absoluto, poderia ter quatro significados distintos. Desta forma, a Constituição em sentido absoluto é a concreta maneira de ser da unidade política existente, ou seja, o Estado não tem uma Constituição que regula a forma e o funcionamento da vontade estatal, mas o Estado é a própria Constituição. Outro significado possível é o da Constituição como forma de governo, designando como o Estado é, não como deve ser. Finalmente, é possível, seguindo Rudolf Smend, entender a Constituição como o princípio ativo de um processo dinâmico de constante formação e renovação da unidade política (teoria da integração).⁴⁸ Estes três significados de Constituição em sentido absoluto não reduzem a Constituição à uma simples norma jurídica,⁴⁹ estando ligados à visão da Constituição como o regime político-social de um determinado Estado.

A Constituição só é válida, para Carl Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A norma vale porque está positivamente ordenada em virtude de uma vontade existente. A unidade

47 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. XI-XIV (prefácio). Vide também Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts" in *Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 348-349, 351-355 e 365-366 e Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 58-61 e 74-75.

48 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 4-7.

49 O quarto significado de Constituição em sentido absoluto é o entendimento, rejeitado por Schmitt, da Constituição como um sistema de normas supremas. A Constituição se limitaria a algo normativo, a prescrever o dever-ser, convertendo o Estado em um ordenamento jurídico que tem sua norma fundamental na Constituição. Vide Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 7-9 e 55.

e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado⁵⁰. Se a Constituição for considerada apenas no seu sentido formal, como Constituição escrita, ela está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso, o conceito de Constituição é relativizado, perdendo o seu significado objetivo.⁵¹ Para Schmitt, um conceito de Constituição só é possível se este for distinto da noção de lei constitucional. Este conceito é a Constituição em sentido positivo, surgida mediante ato do poder constituinte, que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política.⁵²

A Constituição, portanto, vale em virtude da vontade política existente tomada pelo poder constituinte. As leis constitucionais, ao contrário, valem com fundamento na Constituição. Toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente. A essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica. Fundamentando toda normatização existe uma decisão política do poder constituinte.⁵³

O conceito de Constituição do Estado de Direito, segundo Schmitt, é um conceito ideal de Constituição. O processo histórico de formação das Constituições modernas favoreceu este conceito, idealizado no século XVIII, que entende como Constituição apenas aquelas que garantem as liberdades burguesas. A consequência disto, em sua opinião, é a retirada do político da teoria e prática constitucionais. Deste modo, Schmitt afirma que o Estado de Direito só pode integrar uma parte da Constituição total do Estado. A outra parte da Constituição total é a que contém

50 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 9-10.

51 *Idem*, pp. 16 e 18-20.

52 *Idem*, pp. 20-22.

53 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 20-25.

a decisão sobre a forma de decisão política. Assim, na sua opinião, a separação de poderes e os direitos fundamentais não fariam parte do conteúdo político essencial da Constituição.⁵⁴ Na opinião de Böckenförde, a separação de poderes e os direitos fundamentais não são elementos políticos no sentido schmittiano, pois relativizam e limitam a unidade política do Estado: eles não criam a unidade política do Estado, mas são garantidos por ela.⁵⁵

Independentemente destas considerações de cunho teórico, não podemos ignorar, também, que, com a sua Teoria da Constituição, Carl Schmitt tem um objetivo político muito claro: criticar a Constituição de Weimar.⁵⁶ Esta crítica de Schmitt à Constituição de Weimar vai mais longe no texto *Legalidade e Legitimidade (Legalität und Legitimität)*, de 1932. Neste trabalho, Schmitt afirma que, dentro do texto formal da Constituição de Weimar, existem, na realidade, duas Constituições materiais distintas: a primeira parte da Constituição (a parte organizacional, relativa à organização do Estado e dos poderes) e a segunda parte (a parte substancial, sobre os direitos e deveres dos alemães) seriam duas Constituições distintas, unidas apenas formalmente. Esta oposição de duas Constituições dentro do mesmo texto constitucional, um texto de compromisso, seria a causa da crise política permanente da República de Weimar. A solução proposta por Carl Schmitt era o abandono da primeira parte da Constituição de Weimar (parlamentarismo, república, democracia, federalismo) e a

54 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 37-41, 125-128 e 219-220.

55 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts" *cit.*, pp. 353-355.

56 Cf. Olivier BEAUD, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pp. 94-96, 101-108 e 113. Para uma posição contrária a esta interpretação, vide Pasquale PASQUINO, "Schmitt à Weimar", *Revue Française de Science Politique*, vol. 43, nº 4, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, agosto de 1993, pp. 704-705.

adoção de uma "Constituição alemã" a partir da parte substancial da Constituição de Weimar (a segunda parte). No entanto, para isso, a parte substancial deveria ser devidamente expurgada de suas contradições e "compromissos dilatatórios" (mais especificamente os direitos sociais e a ordem econômica). A Constituição de Weimar deveria ser, assim, substituída por uma "Contra-Constituição" (*Gegenverfassung*), cujos princípios básicos estariam na proteção das instituições tradicionais alemãs (notadamente propriedade privada, casamento e liberdade religiosa) por meio das "garantias institucionais" (*institutionelle Garantien*).⁵⁷

No mesmo ano de publicação da Teoria da Constituição de Carl Schmitt, 1928, Rudolf Smend publicou o seu livro *Constituição e Direito Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, em que a "Teoria da Integração" era apresentada como alternativa ao positivismo jurídico.⁵⁸ Para Smend, a crise da Teoria Geral do Estado,⁵⁹ causada

57 Para a argumentação aqui apresentada, vide, Carl SCHMITT, "Legalität und Legitimität" in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 293-312 e, especialmente, o capítulo III de Olivier BEAUD, *Les Derniers Jours de Weimar: Carl Schmitt face à l'Avènement du Nazisme*, Paris, Descartes & Cie., 1997, pp. 75-96, obra sobre a qual fundamentamos grande parte desta exposição. Vide também David DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy cit.*, pp. 80-83. Para uma análise e crítica da concepção schmittiana de "garantias institucionais" vide, além dos textos anteriores, Gilberto BERCOVICI, "Entre Institucionalismo e Decisionismo", *Novos Estudos* nº 62, São Paulo, CEBRAP, março de 2002, pp. 191-192.

58 Smend já havia iniciado o desenvolvimento da "Teoria da Integração" em um texto de 1923, em que critica as teorias formalistas do Estado, por ignorarem a dimensão política e defende as formas de governo como fator de integração política. Cf. Rudolf SMEND, "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform" in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 84-88.

59 Sobre a posição de Smend em relação à crise da Teoria Geral do Estado, vide Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze cit.*, pp. 121-123.

pela linha formalista de Jellinek e Kelsen, só seria superada pela metodologia das ciências do espírito, a partir da obra de Theodor Litt. Para tanto, o enfoque não seria mais dado a partir do indivíduo ou do Estado, isoladamente, mas, num sistema de influências mútuas, o modelo interpretativo deveria ser uma espécie de fluxo circular e contínuo, em que os seus membros (Estado, indivíduo etc.) estivessem em constante inter-relação entre si e com o todo social.⁶⁰ De acordo com Smend, o objeto da Teoria do Estado é o Estado enquanto parte da realidade espiritual, que se caracteriza por um processo de atualização funcional, por um contínuo processo de configuração social.⁶¹ Esse processo de renovação constante, que é o núcleo substancial da dinâmica do Estado é a integração. O Estado existe unicamente por causa e na medida em que se faz imerso neste processo de auto-integração.⁶²

Em sua Teoria da Integração, Smend desenvolve uma Teoria da Constituição, tornando a Constituição o ponto de referência, no lugar da tradicional Teoria Geral do Estado.⁶³ Do conceito de Constituição elaborado por Smend,⁶⁴ pode-

60 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 123-135.

61 "O Estado existe e se desenvolve exclusivamente neste processo de constante renovação e permanente revivescência; ele vive, para utilizarmos aqui a célebre caracterização de Nação de Renan, de um plebiscito que se renova a cada dia". Cf. Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 136.

62 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 136-139.

63 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 274. O objeto da "Teoria da Integração" não é o Estado em si, mas o Estado sob o ponto de vista normativo, sob a Constituição. A "Teoria da Integração" é uma Teoria da Constituição, mas com elementos de Teoria do Estado como premissas. Cf. Peter BADURA, "Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975)", *Der Staat*, vol. 16, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pp. 311-312 e Manfred FRIEDRICH, "Rudolf Smend, 1882-1975", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 112, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pp. 12-13.

64 "A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de in-

mos perceber que o aspecto relevante, para ele, não é o da normatividade da Constituição, mas sua realidade integradora, permanente e contínua. A Constituição é uma ordem integradora, graças aos seus valores materiais próprios. Além disto, ao se constituir como um estímulo, ou limitação, da dinâmica constitucional, estrutura o Estado como poder de dominação formal.⁶⁵

Para a compreensão da Constituição, é necessária a inclusão, no texto escrito, das forças sociais. A Constituição deve levar em conta todas as motivações sociais da dinâmica política, integrando-as progressivamente. Para Smend, o dinamismo político-social não poderia ser abarcado, na sua totalidade, pelos dispositivos constitucionais, mas pela elasticidade e capacidade transformadora e supletiva de sua interpretação. E, nesta interpretação, os princípios constitucionais são fundamentais, pois definem o Estado como ente concreto, fixando suas características territoriais e políticas.⁶⁶

Distintamente de Schmitt e Smend, para superar a crise da Teoria Geral do Estado, a proposta de Heller é a da Teoria do Estado como ciência da realidade.⁶⁷ O objeto de investigação passa a ser a função do Estado dentro da realidade social concreta, rejeitando-se a idéia de que o Estado é invariável, constante ao longo do tempo. Heller parte do pressuposto de que não se pode construir uma Teoria Geral do Estado, com critério de universalidade para todos os tempos e situações. O Estado deve ser entendido

tegração. A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo". Cf. Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 189.

65 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 190-193 e 195-196.

66 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 188-192, 238-242 e 260-262.

67 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 56-62 e 75-81.

historicamente, vinculado às relações político-ideológicas e de poder, que o conformam.⁶⁸ Além disto, o Estado deve ser entendido como um objeto de estudo dinâmico, não estático, pois, existe apenas enquanto se renova constantemente pela ação humana.⁶⁹ O conhecimento do Estado está, em suma, ligado intrinsecamente à política.⁷⁰

Para Hermann Heller, todo conhecimento sobre o Estado deve partir do pressuposto de que a vida estatal inclui sempre aquele que a investiga, que pertence a ela de um modo existencial e nunca pode abandoná-la. O Estado nunca é um objeto estranho àquele que o estuda. Um dos grandes equívocos dos autores positivistas (Gerber, Laband, Jellinek e Kelsen) foi o de ignorar a problemática política de seu tempo, acreditando ser possível uma total emancipação do conhecimento científico sobre o Estado da realidade histórico-social.⁷¹

A Teoria do Estado deve dar a devida importância ao direito, mas transcende ao método jurídico do positivismo, pois necessita das demais ciências sociais (política, sociologia, filosofia, economia, história). Portanto, para Heller, a Teoria do Estado é impossível como dogmática jurídica.⁷² Apesar disto, Hermann Heller não desvaloriza a importância da Constituição para a Teoria do Estado,⁷³ mas não propõe a sua substituição pela Teoria da Constituição, como

68 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 12-14 e 124.

69 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, p. 69. Vide também *idem*, pp. 225-230 e 282.

70 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 66-75 e 282.

71 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 36-42, 60-62 e 68-71.

72 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pp. 24-30. Sobre a importância do direito para a Teoria do Estado, vide Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 207-225, especialmente pp. 220-225.

73 Haja vista a constante defesa da Constituição de Weimar feita por Heller em praticamente todos os seus trabalhos. Por exemplo, vide Hermann HELLER, "Freiheit und Form in der Reichsverfassung" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. pp. 371-377.

fizeram Carl Schmitt, Rudolf Smend e, de certo modo, Hans Kelsen.

De acordo com a teoria de Hermann Heller, toda Constituição estatal, a Constituição política total, tem dois conteúdos parciais: a Constituição não normada e a normada e, dentro desta, a normada juridicamente e a extra-juridicamente. Segundo Heller, não podem ser completamente separados o dinâmico e o estático, a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição. A Constituição não normada é apenas um conteúdo parcial da Constituição total. A normalidade tem sempre que ser reforçada e completada pela normatividade. Sobre a infra-estrutura da Constituição não normada, e influenciada, essencialmente, por esta infra-estrutura, ergue-se a Constituição normada.⁷⁴

Para Heller, seguindo Lassalle, existe a Constituição real, que todo Estado possui a qualquer tempo, composta pelas relações reais de poder que se dão em um país.⁷⁵ A Constituição juridicamente normada, todavia, também é expressão das relações de poder, não uma mera formação normativa de sentido, separada da realidade social. Segundo Heller, compete à Teoria do Estado demonstrar como a Constituição real do Estado moderno tornou praticamente necessária uma Constituição jurídica objetivada.⁷⁶ A Constituição jurídica objetivada, distinta da Constituição política total do Estado, é, na realidade, a normação do processo de renovação contínua da Constituição política total, por isso, ela é constantemente atualizada pelos homens.⁷⁷

A unidade da organização estatal é condicionada pela estrutura sistemática de sua ordenação, tanto real como normativa. Todos os habitantes estão submetidos, mediata

74 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 282-285.

75 *Idem*, pp. 281-282 e 292-293.

76 *Idem*, pp. 294-295 e 297-299.

77 *Idem*, p. 304.

ou imediatamente, à unidade fundamental de decisão e devem contribuir para a unidade de ação central. Deste modo, o Estado precisa de uma Constituição normativa, entendida como a ordenação consciente da realidade social segundo um plano, idéia consagrada pelas revoluções liberais.⁷⁸

O Estado, para Heller, é uma "unidade na pluralidade" (*"Einheit in der Vielheit"*) e, em sua opinião, é a questão desta "unidade na pluralidade" o problema que implica todos os outros na Teoria do Estado. Segundo Heller, a grande preocupação da Teoria do Estado deveria ser estudar "unidade na pluralidade", ao invés de se ater a perspectivas unilaterais e absolutizantes.⁷⁹ Na opinião de Angelo Abignente, tanto Heller, quanto Kelsen, tentaram, com um conceito de Estado de Direito, evitar a solução de Jellinek, que cindia o Estado em uma esfera normativa do direito e outra factual do poder e da política. Mas, ao contrário de Kelsen, que engloba tudo na esfera normativa do direito, Heller concebe as duas esferas em uma unidade real no Estado.⁸⁰

Heller, inclusive, elabora, em 1929, a expressão "Estado Social de Direito" (*sozialer Rechtsstaat*). Na sua concepção, a maneira de se evitar o fascismo era desenvolver o Estado de Direito até as últimas conseqüências, garantindo um mínimo de solidariedade. A ampliação da democracia era contraposta à alternativa, cada vez mais defendida por determinados setores, de implantação de uma ditadura fascista na Alemanha. Para Heller, o Estado Social de Direito superaria o positivismo e rematerializaria, ou seja,

78 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 305-309.

79 Hermann HELLER, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pp. 29-30.

80 Angelo ABIGNENTE, "Il Contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al Dibattito Weimariano su Diritto e Stato", *Quaderni Fiorentini - per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* n.º 21, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 248-249.

aproximaria da realidade, o Estado. O Estado Social seria, também, um passo a mais na democratização do Estado. Com a democracia social, amplia-se a esfera democrática para regulação dos setores econômicos, com a ordem econômica e social colocada à disposição da vontade popular, democraticamente manifestada. A garantia da existência digna por meio da homogeneização social está, também, diretamente vinculada à democracia. Segundo Hermann Heller, a sobrevivência do regime democrático depende do êxito da relativa homogeneidade social, sob pena de se transformar em uma ditadura disfarçada dos setores privilegiados. Apenas no Estado Social de Direito seria possível a composição dos inúmeros interesses antagônicos existentes na sociedade, viabilizando a inclusão da população no processo democrático.⁸¹

A ascensão do nazismo, em 1933, encerrou o "Debate de Weimar" e as discussões sobre a crise da Teoria Geral do Estado.⁸² Das três grandes correntes apresentadas,

81 Hermann HELLER, "Rechtsstaat oder Diktatur?" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 445-449 e 451-462, especialmente pp. 448-451, e Hermann HELLER, "Politische Demokratie und soziale Homogenität" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 427-431.

82 Devemos ressaltar, no entanto, que o debate sobre a crise da Teoria Geral do Estado não foi limitado à Alemanha. Na Itália, por exemplo, apenas com a obra de Costantino Mortati, *La Costituzione in Senso Materiale*, de 1940, a Constituição passa a ser a categoria central do direito público, com o papel de compor a unidade entre os pólos Estado e sociedade. Cf. Pietro COSTA, *Lo Stato Immaginario: Metafore e Paradigmi nella Cultura Giuridica Italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 305-315. Para Mortati, os elementos formais são insuficientes para determinar as características essenciais da Constituição, que deve ser qualificada sob o aspecto material. A Constituição não é uma norma pré-existente ao Estado, ou pressuposta, mas é emanada pelas forças político-sociais dominantes, historicamente determinadas, que garantem, também, a observância de seus limites. Vide Costantino MORTATI, *La Costituzione in Senso Materiale*, ristampa, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 5-15 e 201-206. Estas forças políticas dominantes são a fonte jurídica primigênia, que determina o surgimento do ordenamento jurídico e lhe conferem unidade, sendo denominadas, por Mortati, Constituição originária, ou mate-

apenas uma se tornaria preponderante, mas somente depois do final da Segunda Guerra. A Teoria da Constituição seria, efetivamente, a substituta da Teoria Geral do Estado.

4. A constituição substituindo o estado?

As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial,⁸³ são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo consuetudinário é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a "ordem jurídica fundamental da comunidade"

rial. A Constituição originária não é uma Constituição no sentido sociológico, mas é, também, jurídica, caso contrário, para Mortati, não poderia emanar normas jurídicas. Ela é a fonte de validade e posituação da Constituição formal, ou jurídica, mas não é seu pressuposto ou substrato, pelo contrário, a Constituição material engloba, também, a Constituição formal. E esta relação entre o Direito Constitucional e as forças sociais que o sustentam faz com que as forças políticas garantam a vigência e a observância da Constituição formal, visando a concretização de determinados fins. Cf. *Idem*, pp. 53, 74-87, 124-129 e 202-203. A Constituição material permanecia, para Mortati, mesmo depois que a Constituição jurídica fosse instaurada, ambas influenciando-se mutuamente, embora a Constituição material sempre devesse prevalecer. A principal função da Constituição material seria garantir a manutenção dos fins essenciais do Estado, que o identificam perante os outros Estados, mesmo com mudanças no texto constitucional ou de direção política. Vide *Idem*, pp. 115-124 e 182-200. Em suma, para Mortati, a essência da Constituição também não está na sua juridicidade, mas nas determinações das forças político-sociais dominantes, particularmente os partidos políticos, que compunham a Constituição material.

83 Sobre as Constituições surgidas no momento imediatamente posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, vide Carl J. FRIEDRICH, "The Political Theory of the New Democratic Constitutions" in Arnold J. ZURCHER (org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II cit.*, pp. 13-35 e Karl LOEWENSTEIN, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" *cit.*, pp. 191-193 e 199-201.

("die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens"), ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional.⁸⁴ O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, segundo Fioravanti, era o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição.⁸⁵

A idéia da Constituição como totalidade, ressaltando-se o seu caráter dinâmico (não garante apenas uma ordem estática), "politiza" o conceito de Constituição, que não se limita mais à sua normatividade.⁸⁶ Esta concepção, elaborada, como vimos, por autores como Schmitt, Smend e Mortati, dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais (ou programáticas) do pós-guerra. A Teoria Material da Constituição permite compreender, a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a Constituição em sua conexão com a realidade social), o Estado Cons-

84 Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 10-11; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung" *cit.*, pp. 47-52; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, p. 189; Maurizio FIORAVANTI, "Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo" *cit.*, pp. 875-884 e Norbert WIMMER, *Materiales Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien/New York, Springer-Verlag, 1971, pp. 14-18.

85 Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione cit.*, p. 144. Sobre a concepção de "Estado de Partidos" ("Parteienstaat"), vide a exposição de Gerhard LEIBHOLZ, "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit" in *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3ª ed, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1966, pp. 249-271.

86 Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 80-81.

titucional Democrático. Propõe-se, portanto, a levar em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação.⁸⁷

As funções da Constituição podem ser sintetizadas, para Hans Peter Schneider, em três dimensões: a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida).⁸⁸ Acrescentaríamos, ainda, a estas três funções, a função simbólica, exposta por Marcelo Neves.⁸⁹ Todas estas funções são interligadas, condicionando-se mutuamente. O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. A Constituição só pode ser ple-

87 Hans Peter SCHNEIDER, "La Constitución - Función y Estructura" in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-37, 39 e 43; Norbert WIMMER, *Materiales Verfassungsverständnis cit.*, pp. 73-75 e Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 77-83 e 115-119.

88 García-Pelayo entende a Constituição como, simultaneamente, parte integrante do ordenamento jurídico, da ordem estatal (organização do Estado) e da estrutura política (modo concreto de existência política de um povo, com seus valores e princípios políticos). Cf. Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 100-103.

89 Há, segundo Marcelo Neves, três tipos principais de legislação simbólica: a confirmação de valores sociais pelo legislador; a legislação-álibi, que produz confiança no sistema jurídico-político, no governo e no Estado, ao satisfazer expectativas imediatas, legislando sem concretizar as medidas tomadas e a fórmula de compromisso dilatório, que adia a solução dos conflitos. A constitucionalização simbólica também rejeita a concepção da inexistência ou irrelevância social da legislação carente de eficácia normativa. As disposições simbólicas têm efeitos sobre a política: retiram pressões do sistema político, diminuindo as tensões sociais, entre outros. Vide Marcelo NEVES, *A Constitucionalização Simbólica cit.*, pp. 33-42, 51-52, 86-90 e 132.

namente compreendida em sua totalidade. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político: do, sobre e para o político.⁹⁰

As críticas às novas teorias constitucionais não demonstraram a surgir, especialmente do campo conservador do espectro político. Todas têm um ponto em comum, além da condenação aos dispositivos sociais (ou "programáticos"): ressaltam o desapareço da Teoria Material da Constituição pela normatividade, ou seja, reforçam a idéia da Constituição como norma jurídica, distribuidora de competências e limitadora do poder estatal.

Para autores como Ernst Forsthoff, a Constituição é uma lei, portanto, deve ser interpretada como tal. Sua estabilidade e função dependem disto.⁹¹ No mesmo sentido, o francês Georges Burdeau afirma que a Constituição, cuja razão de ser é a limitação do poder estatal, é, jurídica e politicamente, criadora de ordem e unidade. Por isso, a natureza da Constituição é estática, pois limita-se a consolidar o resultado de um equilíbrio momentâneo entre as forças políticas de um país.⁹²

A crítica conservadora afirma, ainda, existir uma antinomia entre Estado de Direito e Estado Social, refletindo a idéia de que a Constituição representa apenas uma limitação do poder estrutural. Desta forma, os fins político-so-

90 Hans Peter SCHNEIDER, "La Constitución - Función y Estructura" cit., pp. 39-47 e Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado* cit., pp. 100-103. Vide, em um sentido próximo, Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, 2ª ed, reimpr., Madrid, Tecnos, 1992, vol. 1, pp. 37-41 e 49-60 e Pablo Lucas VERDÚ, *La Constitución en la Encrucijada (Palíngenesia Juris Político)*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994, pp. 58 e 118.

91 Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in Manfred FRIEDRICH (Org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pp. 118-120.

92 Georges BURDEAU, "Une Survivance: La Notion de Constitution" in *L'Évolution du Droit Public - Études Offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 55-58.

ciais devem ser relegados para a administração, sendo o Estado Social, conseqüentemente, contrário às liberdades individuais. A conclusão deste raciocínio é a posição defendida por Forsthoff, de incompatibilidade entre o Estado de Direito e o Estado Social no plano de uma mesma Constituição.⁹³ Os elementos ideológicos e sociais, para Burdeau, atuam para desvalorizar a idéia de Constituição, cuja função histórica é a de servir como um instrumento de limitação do poder e fixar as condições sob as quais se exprime a vontade nacional. A Constituição, assim, não pode ser um documento dirigido ao futuro, repleto de princípios contraditórios sobre questões sociais. A existência destes dispositivos ideológicos no texto constitucional deve-se à idéia utópica de realizar uma revolução pela lei.⁹⁴

Georges Burdeau chega a afirmar que a Constituição é uma noção em decadência, filha sobrevivente do século XVIII, mas impotente para se impor à realidade. O conceito de Constituição, na sua opinião, seria inadequado para uma realidade para a qual não foi imaginado.⁹⁵ Já para

93 Cf. Ernst FORSTHOFF, "Verfassungsprobleme des Sozialstaats" in Ernst FORSTHOFF (Org.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, p. 145. Para Forsthoff, o Estado Social deve se limitar ao âmbito administrativo, não podendo se alçar à categoria constitucional, pois a Constituição não é lei social ("*Eine Verfassung kann nicht Socialgesetz sein*"), devendo, além de tudo, ser breve, cf. Ernst FORSTHOFF, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" in Ernst FORSTHOFF (Org.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* cit., pp. 171-174 e 180. O Estado Social de Direito não é, para Forsthoff, um conceito jurídico, no sentido em que, dele, não poderiam ser deduzidos direitos e deveres concretos, nem instituições jurídicas in idem, pp. 188-189. Vide, ainda, Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" cit., pp. 134-136 e 142-143.

94 Georges BURDEAU, "Une Survivance: La Notion de Constitution" cit., pp. 58-62.

95 Georges BURDEAU, "Une Survivance: La Notion de Constitution" cit., pp. 53-58. Em um sentido parecido, Forsthoff fala do desaparecimento da Constituição como "sistema lógico". Vide Ernst FORSTHOFF, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre" in Manfred FRIEDRICH (Org.), *Verfassung* cit., p. 304.

Forsthoff, as teorias constitucionais materiais (e seus métodos de interpretação) estavam se desfazendo da idéia da Constituição como lei. O resultado disto seria a desformalização da própria Constituição e a transformação do direito constitucional, de disciplina normativa em disciplina meramente casuística.⁹⁶

A questão da normatividade da Constituição tornou-se crucial para a Teoria da Constituição, não como reação às críticas conservadoras, mas tendo em vista o papel cada vez mais destacado dos novos tribunais constitucionais (especialmente na Itália e na Alemanha). O resultado foi a revalorização da normatividade constitucional pelas teorias materiais da Constituição.⁹⁷ Talvez o texto-símbolo desta (re)"normativização" da teoria constitucional seja a aula inaugural de Konrad Hesse na Universidade de Freiburg, intitulada "A Força Normativa da Constituição" (*Die normative Kraft der Verfassung*), de 1959.

Para Konrad Hesse, a juridicidade da Constituição é essencial para a Teoria Material da Constituição. A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de coordenação. Condicionam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. A Constituição jurídica, embora não de modo absoluto, tem significado próprio. Polemizando com Ferdinand Lassalle, Hesse afirma que a Constituição não é apenas uma "folha de papel": não está desvinculada da realidade histórica concreta, mas, também, não é simplesmente condicionada por ela. Em face da Constituição real, a Constituição jurídi-

96 Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" *cit.*, pp. 126, 133-134, 138-142 e 146-152 e Ernst FORSTHOFF, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre" *cit.*, pp. 303-304.

97 Vide Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, p. 85 e Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica cit.*, pp. 31-35, 99-106, 127-128 e 156-162.

ca possui significado próprio.⁹⁸ O pensamento constitucional tradicional, segundo Hesse, está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, entre "ser" e "dever-ser", dando-se ênfase em uma ou outra direção. Assim, chega-se a uma norma despida de elementos de realidade ou a uma realidade sem elementos normativos. Na sua concepção, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua essência reside na vigência e na pretensão de eficácia – a situação regulada pretende ser concretizada na realidade, – que não podem ser separadas das condições históricas. É graças a essa pretensão de eficácia que a Constituição vai procurar ordenar e conformar a realidade. A Constituição adquire força normativa à medida que logra realizar essa pretensão de eficácia.⁹⁹

Com a tendência, cada vez maior, à "normativização" da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade. A incorporação, pela doutrina, de categorias como "normas constitucionais programáticas" e a valorização das questões hermenêuticas no campo constitucional fortaleceram, ainda mais, a "normativização" da Teoria da Constituição.¹⁰⁰

98 Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 8-12 e 17-20. Vide também Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 160-162.

99 Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, pp. 6-9.

100 Uma das poucas teorias constitucionais que tentaram escapar da normativização foi a teoria proposta por Peter Häberle, da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição". De acordo com Häberle, estão potencialmente vinculados, no processo de interpretação constitucional, todos os órgãos estatais, setores da sociedade e cidadãos. Para ele, não podemos limitar o número de intérpretes da Constituição apenas aos intérpretes jurídicos e aos participantes formais do processo constitucional. Afinal, quem vive a norma, acaba por interpretá-la: todos, direta ou indiretamente, são intérpretes das normas sob as quais vivem. Em suma, para Häberle, a interpretação constitucional não é privilégio da esfera

Reforçando a compreensão da Constituição como norma jurídica, o italiano Vezio Crisafulli elaborou, a partir do debate da efetivação da Constituição italiana de 1947, a noção de "norma programática".¹⁰¹ Normas constitucionais programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva, "normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados

estatal, mas um processo a que tem acesso boa parte da comunidade política, entendendo a "Constituição enquanto processo público" ("*Verfassung als öffentlichen Prozess*"). Vide Peter HÄBERLE, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation" in *Verfassung als öffentlicher Prozeß - Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 155-164. Para Häberle, a fixação da doutrina constitucional no âmbito da jurisdição deve ser superada. A Constituição não pode ser limitada a um prisma negativo, sob a ótica dos limites jurídico-funcionais do intérprete constitucional (juiz). A legislação também deve ser integrada ao estudo da hermenêutica constitucional, com todas as peculiaridades da interpretação constitucional feita pelo legislador no processo político e no processo constitucional. Cf. *Idem*, pp. 178-180. Deste modo, propõe-se a relativização da hermenêutica jurídica constitucional: o juiz não é o único intérprete, pois dela também participa a esfera pública. Para Häberle, a interpretação jurídica é apenas um filtro, que disciplina e canaliza as múltiplas formas de participação dos vários intérpretes constitucionais. Sobre a possibilidade da interpretação constitucional ser dissolvida em um grande número de interpretações e intérpretes, Häberle responde que a ampliação do círculo de intérpretes é apenas consequência da necessidade de integração da realidade na interpretação da Constituição, afirmando que a unidade da Constituição surge da conjugação do processo e funções dos diferentes intérpretes. Vide *Idem*, pp. 164-167 e 172-175. A grande crítica que se faz a Häberle é, justamente, a do afrouxamento da normatividade da Constituição. Vide Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, pp. 66-70 e Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 465-473.

101 Os textos clássicos que tratam do assunto são os artigos "Le Norme 'Programmatiche' della Costituzione" in Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 51-83 (publicado, originariamente, na *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* nº 1, janeiro/março de 1951, pp. 357-389) e "L'art. 21 della Costituzione e l'Equívoco delle Norme 'Programmatiche'" in *idem*, pp. 99-111.

interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado".¹⁰² A estrutura programática da Constituição, segundo Hans Peter Schneider, complementa sua dimensão histórica, ao inserir um projeto a ser atingido no futuro no texto constitucional.¹⁰³

A concepção de norma programática teve enorme importância na Itália, ao afirmar que os dispositivos sociais da Constituição eram também normas jurídicas, portanto, poderiam ser aplicadas pelos tribunais nos casos concretos. Autores como Gaetano Azzaritti, por exemplo, afirmavam que estas normas eram meras "diretivas", indicavam uma direção futura para o legislador, não sendo normas jurídicas, mas programas políticos.¹⁰⁴ A teoria de Crisafulli foi, assim, fundamental para a normatividade da Constituição italiana.¹⁰⁵

As idéias de Crisafulli tiveram enorme repercussão e sucesso no Brasil.¹⁰⁶ No entanto, sua aplicação prática,

102 José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 138. Vide também Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio cit.*, pp. 53-55.

103 Hans Peter SCHNEIDER, "La Constitución - Función y Estructura" *cit.*, pp. 48-49. Para a questão das normas programáticas ("*Programmsätzen*") e diretrizes constitucionais ("*Verfassungsdirektiven*") no debate alemão sobre a Lei Fundamental de Bonn, vide Ulrich SCHEUNER, "Staatszielbestimmungen" in *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 226-237.

104 Cf. Gaetano AZZARITTI, "La Nuova Costituzione e le Leggi Anteriori" in *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*, Milano Giuffrè, 1951, pp. 98-103.

105 Cf. Lorenza CARLASSARE, "L'Impegno per l'Attuazione della Costituzione: dalle Norme Programmatiche alla Sovranità Popolare" in *Il Contributo di Vezio Crisafulli alla Scienza del Diritto Costituzionale (Atti delle Giornate di Studio di Trieste 1-2 ottobre 1993)*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 49-59.

106 Devemos destacar o texto pioneiro de José Horácio Meirelles TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, pp. 295-362 e a tese clássica de José Afonso da SILVA, *Aplicabili-*

tanto na Itália como no Brasil, foi decepcionante. Norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto, contrariando as intenções de seus divulgadores.¹⁰⁷ Toda norma incômoda passou a ser classificada como "programática",¹⁰⁸ bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição.

A consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à "normativização" da Constituição favoreceram, ainda, uma "mudança de paradigmas" na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitucionais.¹⁰⁹ Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição.¹¹⁰

dade das Normas Constitucionais cit., pp. 135-164. Vide também Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 210-227, e, na doutrina mais recente, Luís Roberto BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 113-118. Nós mesmos, equivocadamente, já utilizamos a concepção de "norma programática" na análise da Constituição de 1988, vide Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro" *cit.*, pp. 36 e 43-44. Para a crítica da utilização da concepção de "norma programática" pela doutrina brasileira, vide Marcelo NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne cit.*, pp. 157-159 e Eros Roberto GRAU, "Resenha do Prefácio da 2ª Edição" in Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. XXI-XXII.

107 Vide Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio cit.*, p. 101.

108 Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio cit.*, p. 105.

109 Vide Eros Roberto GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 120-121.

110 Cf. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" *cit.*, p. 82. Vide também Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *cit.*, pp. 195-197 e Norbert WIMMER, *Materiale Verfassungsverständnis cit.*, pp. 2-6.

Denunciando a insuficiência dos métodos hermenêuticos clássicos, sistematizados por Savigny, para a interpretação constitucional,¹¹¹ a Teoria da Constituição passou a propugnar por um método próprio de interpretação do texto constitucional, com amplo destaque aos princípios constitucionais. Os grandes debates centraram-se na diferenciação entre princípios e regras na doutrina constitucional contemporânea. Ambos, regras e princípios, são normas jurídicas, ou melhor, toda norma jurídica é uma regra ou um princípio. A sua distinção, essencialmente qualitativa, não de grau, ocorre na aplicação do texto normativo, quando pode ocorrer o conflito entre regras ou o conflito entre princípios. No conflito entre regras, uma será necessariamente inválida. A regra é aplicada, ou não, sem graduações. Já um princípio indica uma direção, portanto, pode haver outras direções. No caso concreto, um princípio prevalece, o que não significa a eliminação do descartado, pois ele pode prevalecer em outra situação. Os princípios, assim, são dotados da dimensão do peso, que falta às regras. No conflito entre princípios ocorre a ponderação, que não há no conflito entre regras.¹¹² Os princípios são,

111 Vide Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland cit.*, pp. 21-24; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" *cit.*, pp. 56-61 e Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 398-426. Em sentido contrário, criticando a nova hermenêutica constitucional e a insegurança jurídica gerada pela "renúncia ao método jurídico" ("*Abdankung der juristischen Methode*"), vide Ernst FORSTHOFF, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" *cit.*, pp. 118-126 e 138-150 e Ernst FORSTHOFF, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre" *cit.*, pp. 275-280 e 298-304. Para a crítica das visões de Forsthoff, vide Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 7ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 81-85.

112 Vide Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, reimpr., Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1999, pp. 22-28 e 71-80; Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994 pp. 72 e 75-92; Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Cons-*

ainda, considerados como marcos do desenvolvimento do ordenamento, apontando objetivos e proibindo o retrocesso, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da Constituição.¹¹³

Com a ênfase nas questões da aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, podemos afirmar que a Teoria Geral do Estado foi, efetivamente, substituída pela Teoria da Constituição.¹¹⁴ A vitória da Teoria da Constituição foi tamanha que, em texto de 1972, Ulrich Scheuner afirmou categoricamente que, nos últimos vinte anos, a Teoria do Estado havia se transformado em Teoria da Constituição.¹¹⁵ No entanto, o passo decisivo ainda estava para ser dado. A Teoria da Constituição ainda chegaria ao seu ápice como disciplina central do direito público. A Constituição iria se tornar Constituição Dirigente.

5. A constituição dirigente

Ao utilizar a expressão "Constituição Dirigente" ("*dirigierende Verfassung*"), Peter Lerche estava acrescentando um novo domínio aos setores tradicionais existentes nas Constituições. Em sua opinião, todas as Constituições apresentariam quatro partes: as linhas de direção constitu-

tucional *cit.*, pp. 243-254; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 73-78 e 88-118 e Eros Roberto GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito cit.*, pp. 141-167 e 171-184.

113 Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio cit.*, pp. 16-18, 40-42 e 102-103 e Eros Roberto GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito cit.*, pp. 180-184.

114 Norbert WIMMER, *Materiale Verfassungsverständnis cit.*, p. 2. A Teoria Geral do Estado não foi abandonada de todo, haja vista os vários manuais da disciplina que continuaram (e continuam) a ser publicados, e que, em sua imensa maioria, não passam de meras réplicas do modelo "enciclopédico" e ultrapassado de Jellinek.

115 Ulrich SCHEUNER, "Staatszielbestimmungen" *cit.*, p. 223.

cional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio.¹¹⁶ No entanto, as Constituições modernas se caracterizariam por possuir, segundo Lerche, uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador. Estas diretrizes são o que ele denomina de "Constituição Dirigente".¹¹⁷

Pelo fato de a "Constituição Dirigente" consistir em diretrizes permanentes para o legislador, Lerche, cuja tese estava preocupada com o princípio da proibição do excesso e com o "princípio da proporcionalidade".¹¹⁸ vai afirmar que é no âmbito da "Constituição Dirigente" que poderia ocorrer a discricionariedade material do legislador,¹¹⁹ pois este deveria continuamente atualizar estas diretrizes constitucionais. Apesar desta possibilidade de discricionariedade do legislador, Lerche vai enfatizar a função dinâmica e integradora (no sentido smendiano do termo) da "Constituição Dirigente",¹²⁰ bem como sua normatividade.¹²¹

116 Cf. Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 2ª ed, Goldbach, Keip Verlag, 1999, pp. 61-62. Sobre a obra de Lerche, vide José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 223-225, 260-261, 293, 304 e 309-310.

117 Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht cit.*, pp. VII e 64-65.

118 Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht cit.*, pp. VII-XXIX e 223-250. Contra a definição da proporcionalidade como um princípio, vide Humberto Bergmann ÁVILA, "A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade", *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* nº 1, Porto Alegre, Síntese, 1999, pp. 44-51 e Eros Roberto GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito cit.*, pp. 167-170.

119 Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht cit.*, pp. 65-77, 86-91 e 325.

120 Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht cit.*, pp. 93-95 e 350, item 2.

121 Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht cit.*, pp. 91: "*Der dirigierende Teil der Verfassung verkörpert im Grund das normative Element im Gesamtgefüge der Verfassung sogar am reinsten, wenn vor der Ebene elementarer Verfassungsrichtpunkte abgesehen wird*".

A diferença da concepção de "Constituição Dirigente" de Peter Lerche para a consagrada com a obra de Canotilho torna-se evidente. Lerche está preocupado em definir quais normas vinculam o legislador e chega à conclusão de que as diretrizes permanentes (a "Constituição Dirigente") possibilitariam a discricionariedade material do legislador. Já o conceito de Canotilho é muito mais amplo, pois não apenas uma parte da Constituição é chamada de dirigente, mas toda ela,¹²² com todas as conseqüências que esta concepção trará à Teoria da Constituição, conforme veremos adiante. O ponto em comum de ambos, no entanto, é a desconfiança do legislador: ambos desejam encontrar um meio de vincular, positiva ou negativamente, o legislador à Constituição.

A proposta de Canotilho é bem mais ampla e profunda que a de Peter Lerche: seu objetivo é a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social¹²³. Para Canotilho, como todas as Constituições pretendem, de uma forma ou outra, conformar o político, com a denominação "Constituição Dirigente" afirma-se intencionalmente a força de direção do direito constitucional.¹²⁴ A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.¹²⁵ O núcleo da

122 Vide José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 224-225 e 313, nota 60.

123 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 13-14.

124 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 27-30.

125 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 42-49 e 462-471. Em um sentido próximo, vide Dieter GRIMM, "Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft" in *Die Zukunft der Verfassung cit.*, pp. 340-342. Sobre esta questão vide, ainda, Cristina QUEIROZ, *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*,

idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação.¹²⁶

Tendo em vista esta concepção de Constituição, Canotilho vai ter como preocupações centrais no seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador¹²⁷ e a questão da discricionariedade legislativa.¹²⁸ Em suma, o debate sobre o eventual "excesso de poder legislativo" em virtude da possibilidade dos fins constitucionais serem menosprezados ou até substituídos.¹²⁹ De acordo com sua proposta, a concretização das "imposições constitucionais" (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação, como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição. A questão das "imposições constitucionais" não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição.¹³⁰

Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 111-113, 138-140, 146-150 e 216-218 e Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro" *cit.*, pp. 39-40.

126 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 19-24, 157-158 e 380.

127 *Idem*, pp. 62-64, 329-331 e 401-403.

128 *Idem*, especialmente pp. 216-241.

129 *Idem*, pp. 263-266.

130 *Idem*, pp. 177-182, 254-256, 293-297, 305-308 e 316-321. Em sentido contrário, Gustavo Zagrebelsky afirma que a Constituição não tem mais centralidade, é dúctil, ao não estabelecer diretamente um projeto determinado, mas possibilidades de concretização. A partir da Constituição, as forças políticas competem para imprimir ao Estado as diversas possibilidades oferecidas pelo texto constitucional, ou seja, o pluralismo constitucional gera um "compromisso de possibilidades". Vide Gustavo, ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 3ª ed, Madrid, Trotta, 1999, pp. 12-17.

Em relação ao cumprimento do texto constitucional, um dos problemas desta concepção de Constituição é o fato de que, ao reear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional,¹³¹ o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente,¹³² a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em "senhor da Constituição".¹³³

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social.¹³⁴ No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança

131 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 59-61, 172-177, 189-193. Vide, ainda, Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro" *cit.*, pp. 44-47.

132 *Idem*, pp. 270-277 e 350-351.

133 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *cit.*, pp. 197-198. Vide, também, Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica cit.*, pp. 106-107.

134 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 150-153, 166-169, 453-456. Vide também Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro" *cit.*, pp. 37-39.

da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.¹³⁵

Esta visão, talvez, causa a principal falha, a nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição autocentrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria "auto-suficiente" da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.¹³⁶ E é justamente por meio da

135 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 455-459.

136 Vide nossa intervenção na Mesa Redonda das Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho, transcrita no livro Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente cit.*, pp. 77-79 e Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica cit.*, pp. 113-117 e 660-661. Devemos ressaltar, no entanto, que Canotilho define a Constituição como "estatuto jurídico do político" e afirma que a Constituição Dirigente pressupõe um Estado intervencionista ativo. Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 79 e 390-392. Entretanto, estas considerações não afetam substancialmente a contestação levantada da falta de uma Teoria do Estado e da falta de maiores considerações a respeito da política na Teoria da Constituição Dirigente. Para uma revisão posterior de alguns destes posicionamentos, vide José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, pp. 1197-1198 e 1273; José Joaquim Gomes CANOTILHO, "Prefácio" *cit.*, pp. XIII-XV e XXIII-XXVI e José Joaquim Gomes CANOTILHO, "O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição", *mimeo*, conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, em Curitiba (PR), no dia 16 de outubro de 2002, 29 pp.

política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será esta maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Sousa Santos,¹³⁷ a manutenção da "Constituição sem Estado".

6. A constituição sem estado

A Teoria da Constituição Dirigente, como vimos, consolida o papel da Constituição como centro do direito público, minimizando o Estado e a política. Este apogeu da Teoria da Constituição, a nosso ver, também facilitou a sua crise. Ao reduzir a importância da Teoria do Estado e da política, a Teoria da Constituição Dirigente, aliada ao momento histórico da "globalização", facilitou, por mais paradoxal que possa ser, a "dessubstancialização" da Constituição.¹³⁸ Com a "globalização", a redução dos espaços políticos faz com que o único elemento clarificador do hori-

137 Vide Boaventura de Sousa SANTOS, "O Estado e a Sociedade na Semiperiferia do Sistema Mundial: O Caso Português" in *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, Porto, Edições Afrontamento, 1992, pp. 142-143.

138 O próprio Canotilho reviu suas posições sobre a Constituição Dirigente. Os mais afoitos, inclusive, chegaram a proclamá-la como "morta". Para Canotilho, a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como capaz de, por si só, revolucionariamente, realizar as transformações sociais. Ela permanece, no entanto, enquanto estabelecer os fundamentos materiais das políticas públicas no Estado Constitucional. Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, "Prefácio" *cit.*, pp. XXIX-XXX. Vide também Eros Roberto GRAU, "Resenha do Prefácio da 2ª Edição" *cit.*, pp. XVII-XVIII e XXII-XXIII e o debate transcrito em Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente cit.*, pp. 13-15 e 31. Sobre a permanência da importância de uma Constituição Dirigente e vinculativa em países como o Brasil, vide Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica cit.*, pp. 18-19, 114-119 e 125-126.

zonte político, segundo Pedro de Vega García, seja a Constituição. Torna-se corrente a tentativa de restaurar os fundamentos da legitimidade liberal-democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a Constituição e a democracia como estruturas processuais, ou seja, busca-se uma legitimidade meramente processual. O problema é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das Teorias Processuais da Constituição, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo, não político, a um simples procedimento de escolha de governantes.¹³⁹

Ao contrário do que possa parecer, estas Teorias Processuais da Constituição não são novas. Em 1968, por exemplo, ao criticar as Teorias Materiais da Constituição por "sobrecarregarem" a Constituição e transformarem-na em uma espécie de "livro dos livros",¹⁴⁰ Wilhelm Hennis propôs que, para evitar a dicotomia entre Constituição e realidade constitucional, a Teoria da Constituição deveria levar em conta a particularidade normativa da Constituição. Para tanto, seguindo o modelo norte-americano, a Constituição deveria ser entendida como um instrumento de governo, com uma Teoria Processual da Constituição.¹⁴¹ Mais recentemente, no caso norte-americano, John Hart

139 Cf. Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp. 86-87 e Eloy GARCÍA, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico"*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 68-74. Sobre esta "dessubstancialização" da Constituição, vide Pablo Lucas VERDÚ, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Juris Politici)* *cit.*, p. 40.

140 Wilhelm HENNIS, "Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem" in Manfred FRIEDRICH (Org.), *Verfassung cit.*, pp. 248-253.

141 Wilhelm HENNIS, "Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem" *cit.*, pp. 265-267. Vide a crítica, feita em uma resenha a este texto, do publicista italiano Mario NIGRO, "Costituzione ed Effettività Costituzionale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 1705-1709.

Ely entende que a Constituição não garante direitos substantivos, mas impede que a maioria não tenha seus direitos ameaçados, nem ameace os da minoria. Para tanto, a Constituição não contém uma ideologia de governo, simplesmente garante o processo governamental.¹⁴²

Dentro desta perspectiva, a Constituição, segundo García de Enterría, só pode ser entendida como norma. Compreendê-la também como uma estrutura política seria anticientífico, pois estaríamos confundindo direito constitucional e ciência política, ou seja, os métodos jurídico e sociológico.¹⁴³ A partir desta metodologia jurídica circunscrita ao material normativo, cria-se um jurista asséptico, nas palavras de Rogério Ehrhardt Soares, convicto de que o direito constitucional recebeu todo o político e que tudo o que é necessário para a compreensão do Estado está nas normas jurídicas. O jurista constitucional, assim, ignora a realidade política na qual se manifesta o direito constitucional. As valorações extra-jurídicas (econômicas, sociais, políticas etc.) não são entendidas como problema do direito constitucional (e da Teoria da Constituição), mas das demais ciências sociais.¹⁴⁴

142 John Hart ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, reimpr., Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1998, pp. 100-101. Nas palavras de Ely: "The American Constitution has thus by and large remained a constitution properly so called, concerned with constitutive questions. What has distinguished it, and indeed the United States itself, has been a process of government, not a governing ideology" *idem*, p. 101.

143 Cf. Eduardo García de ENTERRÍA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Madrid, Civitas, 1994, pp. 27-32 e 49-50.

144 Gerhard LEIBHOLZ, "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit" *cit.*, pp. 249 e pp. 270-271 e Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica cit.*, pp. 22-25. O método jurídico estrito separa a normatividade jurídica da realidade política. A recente disputa entre cientistas políticos e "neoconstitucionalistas" sobre a compreensão da Constituição é estéril, pois ignora a unidade sistemática das disciplinas. Esta separação de métodos apenas torna claro, segundo Lucas Verdú, a insuficiência de conhecimento jurídico dos cientistas políticos e

A doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais.¹⁴⁵ Os autodenominados "neoconstitucionalistas" são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição.¹⁴⁶

A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o "cume da soberania" ("*der Zipfel der Souveränität*"), da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.¹⁴⁷ Representa-

de conhecimentos científico-políticos dos constitucionalistas. Vide Pablo Lucas VERDÚ, "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La "Ideología Constitucional" del Professor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político* nº 13, Madrid, UNED, março de 1982, pp. 29-34 e Pablo Lucas VERDÚ, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Político)* *cit.*, pp. 59-64.

145 Cf. Eloy GARCÍA, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico"* *cit.*, pp. 60-64. Vide também Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 11-12.

146 Pablo Lucas VERDÚ, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Político)* *cit.*, pp. 65-82; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, p. 1198 e José Joaquim Gomes CANOTILHO, "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" *cit.*, pp. 413-414. Sobre a permanência do positivismo legalista no direito constitucional, vide Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik cit.*, pp. 73-74.

147 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *cit.*, pp. 189-191; Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 307-308 e Pedro de Vega

tativa desta visão é a opinião de Dominique Rousseau, para quem a Constituição é, cada vez mais, jurisprudencial: é um ato escrito pelo juiz constitucional, uma espécie de "carta jurisprudencial dos governados" ("*charte jurisprudentielle des gouvernés*").¹⁴⁸ O Conselho Constitucional francês encarna, na sua concepção, a própria soberania popular, estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional.¹⁴⁹

Pertinente, a nosso ver é a crítica de Ingeborg Maus. De acordo com Maus, o tribunal constitucional se arroga o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela.¹⁵⁰ Atribuindo-se tamanho poder, o tribunal constitucional atua, nas palavras de Maus, "menos como 'guardião da Constituição' do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial".¹⁵¹

GARCÍA, "Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale", *Diritto Pubblico*, 2001 - n.º 3, Padova, CEDAM, 2001, pp. 1068-1069.

148 Dominique ROUSSEAU, "Une Réurrection: La Notion de Constitution", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1990 - n.º 1, Paris, LGDJ, janeiro/fevereiro de 1990, pp. 5-6, 15-18 e 20-22.

149 Dominique ROUSSEAU, "Une Réurrection: La Notion de Constitution" cit., pp. 8-10. Para uma defesa do papel do Tribunal Constitucional Espanhol em um sentido próximo, vide Eduardo García de ENTERRÍA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* cit., pp. 175-196.

150 Ingeborg MAUS, "Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'", *Novos Estudos* n.º 58, São Paulo, CEBRAP, novembro de 2000, pp. 190-192.

151 Ingeborg MAUS, "Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'" cit., pp. 192-193. No texto: "Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como 'guardião da Constituição' do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências", *idem*, p. 192.

Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.¹⁵² Na expressão de Louis Fisher: "*The Court is not the Constitution*".¹⁵³

A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do "positivismo jurisprudencial") é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juizes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?¹⁵⁴ No entanto, com o "positivismo jurisprudencial", o

152 Louis FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 3-6 e 231-276. Vide uma posição semelhante nas considerações de Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik* cit., pp. 34-35 e de Peter HÄBERLE, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation - Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation" cit.

153 Louis FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* cit., p. 276. Fisher afirma, ainda, que: "Judicial review fits our constitutional system because we like to fragment power. We feel safer with checks and balances, even when an unelected President that they have overstepped. This very preference for fragmented power denies the Supreme Court an authoritative and final voice for deciding constitutional questions. We do not accept the concentration of legislative power in Congress or executive power in the President. For the same reason, we cannot permit judicial power and constitutional interpretation to reside only in the courts", *idem*, p. 279.

154 Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica* cit., pp. 154-155 e 182-183 e Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" cit., pp. 191 e 198-199. Vide também Cristina QUEIROZ, *Os Actos Políticos no Estado de Direito* cit., pp. 213-216. Sobre as relações contraditórias entre o controle judicial de constitucionalidade, exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, e democracia, vide Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA, "Justiça Constitucional e Demo-

constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do "dever-ser", com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Vega García, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte.¹⁵⁵

As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até. Sintomático é o fato, denunciado por autores como Olivier Beaud e Pedro de Vega García, que a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional foi relegado ao silêncio pela Teoria da Constituição.¹⁵⁶ O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição.¹⁵⁷

cracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário", *Revista da Procuradoria-Geral da República* nº 8, São Paulo, RT, janeiro/junho de 1996, pp. 82-83 e 93-101.

155 Pedro de Vega GARCÍA, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp. 85-86 e Eloy GARCÍA, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico"* *cit.*, pp. 64-66.

156 Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat* *cit.*, pp. 210-220 e Pedro de Vega GARCÍA, "Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale" *cit.*, pp. 1072-1082 e 1090-1094.

157 Cf. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Demokratie als Verfassungsprinzip" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* *cit.*, pp. 293-295. Sobre a permanência do poder constituinte do povo, vide Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat* *cit.*, pp. 404-434. Para a argumentação contrária a esta teoria, vide *Idem*, pp. 434-453.

A democracia também não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Müller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e este combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais.¹⁵⁸ A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo.¹⁵⁹ A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Desta forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica.¹⁶⁰

O "positivismo jurisprudencial" torna clara a crise que, juntamente com a crise de representatividade, a crise dos partidos políticos, é também a crise da Constituição. O debate recente sobre a Constituição supranacional (Constituição Européia) também traz uma série de desafios, pois trata-se, em última análise, de uma Constituição sem poder constituinte, sem povo, uma Constituição apolítica. A Constituição Européia é, para Dieter Grimm, um meio inadequado de democratizar a União Européia, cuja legitimidade vem dos Estados europeus. A União não deveria copiar a estrutura dos Estados, mas configurar uma organização própria. Os defensores de uma Constituição Euro-

158 Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie* VI, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 43-45 e 56.

159 Contra a redução da soberania a mero princípio constitucional, colocado, portanto, à disposição de parlamentares e juízes, vide a argumentação de Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat* *cit.*, pp. 469-476, 479-482 e 490-491.

160 Gerhard LEIBHOLZ, "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit" *cit.*, pp. 256-257; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Demokratie als Verfassungsprinzip" *cit.*, pp. 297-301 e 311-315 e Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie* *cit.*, pp. 59-62.

péia não podem ignorar que o fundamento e controle do direito comunitário vêm dos Estados.¹⁶¹

Todos estes dilemas geram a perda do significado da Constituição para o povo e a Constituição só é real se significa algo para os cidadãos.¹⁶² Caso contrário, ela pode se tornar uma Constituição simbólica, de acordo com as concepções de Marcelo Neves.¹⁶³ Para tanto, torna-se patente

161 Vide, entre outros, Maurizio FIORAVANTI, "Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo" *cit.*, pp. 884-888 e Dieter GRIMM, "Braucht Europa eine Verfassung?" in *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, München, C.H.Beck, 2001, pp. 229-232 e 250-254. Em sentido contrário, além de propor a "europeização" ("*Europäisierung*") das teorias constitucionais nacionais, com a redução das Constituições nacionais a meras "Constituições parciais" ("*Teilverfassungen*"), defensores da Constituição Européia, como Häberle, propõem a revisão dos conceitos da Teoria do Estado, sem importância central na análise da Constituição Européia pelo fato de a União Européia, em sua opinião, não ter sua origem nos Estados nacionais europeus. Cf. Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001/2002, pp. 30-38 e 220-231.

162 Vide Karl LOEWENSTEIN, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" *cit.*, pp. 220-224 e Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre cit.*, pp. 162-166. Isto é o que Konrad Hesse chama de "vontade de Constituição" ("*Wille zur Verfassung*"). Vide Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, pp. 11-16. Mark Tushnet, por exemplo, propõe a existência da contraposição entre um "*populist constitutional law*", do povo, e um "*elitist constitutional law*", dos juizes e advogados. Esta dicotomia está presente por toda a obra Mark TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999. Já no caso brasileiro, a legitimidade da Constituição, segundo Marcelo Neves, passa pela inclusão social. Vide Marcelo NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne cit.*, pp. 204-215.

163 Para Marcelo Neves, a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição simbólica. Cf. Marcelo NEVES, *A Constitucionalização Simbólica cit.*, pp. 158-161. Na constitucionalização simbólica, como a brasileira, o texto constitucional não é suficientemente concretizado, tanto pelos agentes públicos como pelos cidadãos em geral. De acordo com Marcelo Neves, não se trata apenas de inefetividade, mas da ausência generalizada de orientação dos comportamentos normativos pela Constituição, ou seja, a Constituição não tem normatividade, ou, se tem, é muito restrita. A constitucionalização simbólica não é limitada ao não-cumprimento de alguns

a crescente inadequação da Teoria da Constituição, que precisa abrir o diálogo com as demais ciências sociais e políticas.¹⁶⁴ Peter Häberle, por exemplo, defende que a Constituição é a expressão também de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de sua cultura e fundamento de suas esperanças. A realidade jurídica do Estado Constitucional é apenas uma parcela da realidade de toda a Constituição viva.¹⁶⁵

O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política.¹⁶⁶ Afinal, o direito

dispositivos constitucionais. O núcleo da Constituição (direitos fundamentais, democracia etc.) é atingido. Os órgãos estatais não a cumprem, pelo contrário, a ignoram e a violam incessantemente. Os seus dispositivos são utilizados apenas de maneira retórica, visando manter a legitimação política dos governantes. Vide *Idem*, pp. 49-51, 83-86, 90-91, 131-132 e 135-141. A constitucionalização simbólica é característica, segundo Marcelo Neves, das constituições nominais da classificação de Loewenstein. Para este autor, a Constituição nominal é juridicamente válida, mas o processo político não se adapta às suas normas. Deste modo, carece de realidade existencial, com condições políticas e socioeconômicas impedindo sua integração na vida política. Sua função é "educativa", visando ser uma Constituição normativa, isto é, efetivamente cumprida, na classificação de Loewenstein, no futuro. Ao contrário de Loewenstein, todavia, Marcelo Neves afirma que o objetivo de uma Constituição nominalista, ou simbólica, não é se tornar normativa no futuro, pelo contrário. As suas características são favoráveis para manutenção do *status quo*. Vide, ainda, Marcelo NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne cit.*, pp. 94-98 e 107-109.

164 Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, pp. 17-20; Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica cit.*, pp. 9-13, 17, 30-34 e 184-187; Peter HÄBERLE, "Verfassungstheorie ohne Naturrecht" in *Verfassung als öffentlicher Proze cit.*, pp. 103-108 e Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione cit.*, pp. 145-146.

165 Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 83-90. Vide, também, *idem*, pp. 28-29.

166 Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre cit.*, pp. 417-418.

constitucional é direito político. A atividade jurídica é, segundo Friedrich Müller, uma atividade política guiada por normas jurídicas (*"Rechtshandeln ist rechtsnormorientiertes politisches Handeln"*):¹⁶⁷ o direito é uma forma particular da política.¹⁶⁸ A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi neste universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o "positivismo jurisprudencial".¹⁶⁹

A falta de preocupação com o Estado e com a política explica a crítica que Kelsen fez à teoria marxista dominante na década de 1920, comparando-a às posições teóricas de Ferdinand Lassalle, que via no Estado um instrumento de integração da classe operária e que poderia possibilitar, pelo voto, a criação da república democrática e socialista. A proposta de Kelsen aos marxistas era a de "volta a Lassalle" (*"zurück zu Lassalle"*).¹⁷⁰

A "volta a Lassalle" se justifica no atual momento no sentido de termos consciência de que as definições exclusivamente normativas de Constituição não definem seu conceito, sua essência, que inclui (embora não se limite a eles) os célebres fatores reais de poder, ou seja, as forças ativas que conformam as instituições jurídicas, que, quan-

167 Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik cit.*, p. 35.

168 No original: *"Recht is eine (im Rechtsstaat gesteigerte und charakteristisch artikulierte) Sonderform von Politik"* in Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik cit.*, p. 35. Cristina Queiroz afirma, no mesmo sentido, que não existe distinção entre o estudo da política e o da Constituição. Cf. Cristina QUEIROZ, *Os Actos Políticos no Estado de Direito cit.*, pp. 18-24.

169 Eloy GARCÍA, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico" cit.*, pp. 90-91.

170 Hans KELSEN, *Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, 3ª ed, Wien, Verlag von Wiener Volksbuchhandlung, 1965, pp. 170-174. Vide também Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen cit.*, pp. 308-314.

do colocados em uma folha de papel (*Blatt Papier*), se erigem em direito.¹⁷¹ A grande contribuição de Lassalle foi chamar a atenção para o fato de que as questões constitucionais são, também, questões políticas, questões de poder.¹⁷²

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais¹⁷³. Na expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.¹⁷⁴

Fechando os olhos para a realidade constitucional, o pensamento jurídico positivista absolutizou as soluções constitucionais históricas do liberalismo como atemporais.¹⁷⁵ Para não cair neste equívoco, a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas

171 Cf. Ferdinand LASSALLE, "Über Verfassungswesen" in *Gesamtwerte: Politische Reden und Schriften*, Leipzig, Verlag von Karl Fr. Pfau., 1907, vol. 1, pp. 41-42, 45-46 e 51.

172 Ferdinand LASSALLE, "Über Verfassungswesen" *cit.*, p. 68. Em sentido contrário, afirmando que as questões constitucionais são questões de poder, não de poder, vide Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, p. 19.

173 Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik cit.*, pp. 89, 174 e 209-211; Pablo Lucas VERDÚ, "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La "Ideología Constitucional" del Professor García de Enterría)" *cit.*, pp. 8, 15-18 e 37-40; Pablo Lucas VERDÚ, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici) cit.*, p. 118 e Dieter GRIMM, "Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft" *cit.*, pp. 338-340. Grimm faz, ainda, uma análise de vários problemas de política constitucional na Alemanha, como a política econômica e social, o federalismo, o planejamento, etc. Vide *Idem*, pp. 343-368.

174 Dieter GRIMM, "Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft" *cit.*, pp. 368-373.

175 Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica cit.*, p. 27.

históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. O direito constitucional recupera, assim, segundo Pedro de Vega García, as categorias de espaço e tempo e adquire dimensões concretas e históricas. A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias Teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta.¹⁷⁶ A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição, o que desqualifica a constante hostilidade da Teoria da Constituição contra o Estado.¹⁷⁷

A Teoria da Constituição está em crise, como afirmamos desde o início deste estudo. Nas palavras de Canotilho: *"Uma das teses deste livro é esta: a teoria da constituição encontra-se hoje dissolvida noutras teorias o que conduziu à desvalorização da constituição e das teorias nela centradas"*.¹⁷⁸ O próprio direito constitucional, com a redução dos espaços políticos, já não tem a mesma dimensão central, segundo Canotilho.¹⁷⁹ Não discordamos deste dia-

176 Pedro de Vega GARCÍA, "Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale" *cit.*, pp. 1056-1061 e 1082-1089. Vide o debate transcrito em Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente cit.*, pp. 33-35 e Eros Roberto GRAU, "Resenha do Prefácio da 2ª Edição" *cit.*, pp. XVIII-XX.

177 Pedro de Vega GARCÍA, "Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale" *cit.*, pp. 1089-1090. Vide também Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 121.

178 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, p. 1206.

179 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1187-1188, 1197-1205 e José Joaquim Gomes CANOTILHO, "O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milénio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida" *cit.*, pp. 218-220.

gnóstico do constitucionalista português. Divergimos, no entanto, da visão de Canotilho de que a crise da Teoria da Constituição é fruto da crise do Estado soberano.¹⁸⁰ Pelo contrário, achamos que a crise da Teoria da Constituição só será superada com a sua efetiva "politização" e o retorno à Teoria do Estado.

7. O retorno à teoria do estado

Entendemos que para superar a crise da Teoria da Constituição é necessária uma renovada Teoria do Estado, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a Constituição e o Estado. Esta renovação da Teoria do Estado pode ser comparada à volta do interesse pelo Estado nas ciências sociais, cuja reorientação teórica ainda está se desenvolvendo.¹⁸¹

180 José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1200-1203. Mesmo com "globalização", o papel do Estado continua fundamental. O discurso contra o Estado, fruto do chamado "Consenso de Washington" é puramente ideológico, que mais obscurece do que ilumina a reflexão. A sobrevivência do Estado depende, como muito bem afirmou Peter Evans, não apenas da lógica econômica neoliberal da "globalização", mas também do que o povo acha sobre o Estado. Vide Peter EVANS, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization", *World Politics*, vol. 50, nº 1, Outubro de 1997, pp. 65-78 e 87.

181 Theda SKOCPOL, "Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research" in Peter B. EVANS; Dietrich RUESCHEMEYER & Theda SKOCPOL (Orgs.), *Bringing the State Back In*, reimpr., Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 3-8. Os estudos atuais dirigem-se, principalmente, à questão da autonomia do Estado, ou seja, ao fato de sua atuação não refletir simplesmente as demandas e interesses de grupos, classes ou da sociedade, e à capacidade do Estado implementar suas políticas. Cf. *Idem*, pp. 9-20. Em sentido contrário, Marramao entende ser necessário para a política livrar-se dos "constrangimentos" e "amarras" da forma estatal, considerando a *"dottrina dello Stato come <<triste scienza>>"*. Cf. Giacomo MARRAMAO, *Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, pp. 23-36.

Este retorno à Teoria do Estado não significa adesão às propostas de autores sistêmicos como Helmut Willke. Willke ressalta a necessidade de ligar a Teoria do Estado à dinâmica política, reconstruindo o entendimento sobre o Estado sob a perspectiva sistêmica, em que a "tragédia do Estado" ("*Tragik des Staates*") o transformou em mero "ator local".¹⁸² As teorias sistêmicas destacam a hipertrofia de grupos como o elemento decisivo da política, por meio da auto-organização da sociedade através de grupos de interesse. Boa parte de seus argumentos referem-se à economicização da política, à despolitização da política e do Estado, reduzido a mero aparato técnico-burocrático, ou a "ator local". No fundo, segundo Rogério Ehrhardt Soares, trata-se do novo autoritarismo de uma sociedade dominada por grupos que não conhecem limites às suas pretensões e não querem a política do Estado limitando-os. A panacéia para todos os problemas sociais passa a ser o desmonte do Estado e a desjuridificação.¹⁸³

A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania. Os adeptos destas teorias sistêmicas ou procedimentalistas entre nós esquecem-se de que a desjuridificação,

182 Helmut WILLKE, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp. 7-9, 11-24 e 362-372. Para a crítica a Willke, defendendo que o Estado deve ser fortalecido juntamente com a sociedade pluralista, vide Marcelo NEVES, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung - Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 167-171.

183 Cf. Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica* cit., pp. 111-118. Para uma crítica das concepções sistêmicas sobre o papel da Constituição e do Estado, vide, ainda, Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro" cit., pp. 40-42 e Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* cit., pp. 123-125.

no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus. Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não ampliaria o espaço da cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço da cidadania.¹⁸⁴ Além disto, as relações entre sociedade civil e Estado são extremamente complexas.¹⁸⁵ O risco de destruir o Estado, deslegitimando-o, é a completa atomização da sociedade. Uma sociedade civil forte necessita de um Estado forte, sem isso, não tem como atingir às suas próprias finalidades.¹⁸⁶

Ao trazer o Estado de volta, os novos estudos das ciências sociais buscam entender o papel central do Estado nas explicações sobre política e mudança social, respeitando a historicidade inerente às estruturas socio-políticas e buscando entender as implicações do nível nacional de desenvolvimento em um contexto mundial em

184 Cf. Marcelo NEVES, *A Constitucionalização Simbólica* cit., pp. 128-129, 144-147 e 160. Vide, também, Eloy GARCÍA, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico"* cit., nota 44, p. 68.

185 O Estado é mais do que a estruturação dos poderes políticos. Do ponto de vista constitucional, segundo Nicolás Calera, o Estado é o modelo de organização social, em uma relação dialética com a sociedade: a sociedade legítima o Estado que, ao mesmo tempo, supera a sociedade. Vide Nicolás María López CALERA, *Yo, el Estado - Bases para una Teoría Sustancializadora (No Sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 103-115. É interessante a seguinte afirmação de Nicolás Calera: "La sociedad, pues, se supera a sí misma por la constitución de un Estado democrático. El Estado aparece así, al menos constitucionalmente, como la superación - antítesis - de la sociedad, como el modelo social, hacia el que la sociedad debe encaminarse y que ha sido democráticamente plasmado en una Constitución", *idem*, pp. 111-112.

186 Peter EVANS, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization" cit., pp. 78-82. Ainda sobre as relações entre sociedade civil e Estado, vide Hermann HELLER, *Staatslehre* cit., pp. 124-140.

mudança. Não se busca uma "Grande Teoria", uma Teoria Geral do Estado, mas entender a história, as regularidades e (des)continuidades estruturais dos Estados modernos.¹⁸⁷ Ou seja, a Teoria Geral do Estado clássica, "enciclopédica", está completamente superada. O que propomos é a Teoria do Estado como ciência da realidade, preocupada com o Estado concreto e histórico, nos moldes elaborados por Hermann Heller.¹⁸⁸ O Estado não é algo constante, imutável, como queria a Teoria Geral do Estado, mas histórico: as categorias políticas, funções e estruturas do Estado dependem da história. Uma estrutura estatal que existe em determinada estrutura social é intransferível para qualquer outra situação histórica.¹⁸⁹

O propósito da Teoria do Estado, de acordo com Heller, é a descrição e a interpretação do conteúdo estrutural de nossa realidade política. O objetivo da Teoria do Estado, portanto, é o de conceber o Estado como uma conexão real que atua no mundo histórico-social, investigando a função do Estado na realidade social concreta.¹⁹⁰ Com a proposta de Teoria do Estado adotada aqui, não há como defender a separação entre a Política (ciência prática e valorativa) e a Teoria do Estado (ciência teórica e não valorativa). Isto só seria possível, segundo Heller, em uma Teoria do Estado sem Estado. A natureza específica do fenômeno estatal impede esta distinção.¹⁹¹ As grandes questões políticas, estatais e constitucionais surgem da realidade e, segundo Heller, é a capacidade da Teoria do Estado para responder e entender as questões da vida política que justificam a sua própria existência.¹⁹² A conexão entre Teoria do Estado

187 Theda SKOCPOL, "Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research" *cit.*, p. 28.

188 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 12-13 e 56-62.

189 *Idem*, pp. 64-66, 69-71 e 75.

190 *Idem*, pp. 75-81 e 124.

191 *Idem*, pp. 66-69.

192 Vide pp. 36-42.

e política é essencial, pois sem o conhecimento do politicamente possível, fica excluída, para Heller, a possibilidade de qualquer investigação proveitosa do direito político.¹⁹³

A crise da Teoria da Constituição pode ser superada ao compreendermos a Constituição nestes pressupostos da Teoria do Estado, em conexão com a política e a realidade social. Afinal, ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição.¹⁹⁴

Entender a Constituição como não apenas normativa, mas também política. Compreender as relações políticas e sociais presentes nas estruturas constitucionais. Perceber que a Constituição pertence também à realidade histórico-social. Tornar claros os nexos existentes entre Estado, Constituição e política, concebendo o direito constitucional como direito político. Tudo isto é tarefa da Teoria do Estado aqui proposta. Com a superação da hoje insuficiente Teoria da Constituição pela renovada Teoria do Estado poderemos, adotando a expressão de Hermann Heller, compreen-

193 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 71-75.

194 Olivier BEAUD, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 208-210. Autores como Peter Häberle e José Joaquim Gomes Canotilho discordam desta visão. Ambos concordam que Estado e Constituição formam uma unidade no Estado Constitucional. Mas as relações recíprocas entre Estado e Constituição devem implicar na não primazia do Estado. Para Häberle e Canotilho, o Estado Constitucional existe a partir da Constituição, só existe "tanto Estado quanto a Constituição constitui" ("*nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert*"). Caso entenda-se que a Constituição fornece uma ordem jurídica ao Estado preexistente, segundo Canotilho, a Constituição pode ser reduzida a uma forma transitória do Estado, este sim perene. Vide Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft cit.*, pp. 620-621 e José Joaquim Gomes CANOTILHO, "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" *cit.*, pp. 415-418. Vide, no mesmo sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO, "O Estado Adjektivado e a Teoria da Constituição" *cit.*

der adequadamente a Constituição como "uma forma aberta através da qual passa a vida".¹⁹⁵

Referências Bibliográficas

- ABIGNENTE, Angelo, "Il Contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al Dibattito Weimariano su Diritto e Stato", *Quaderni Fiorentini - per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* nº 21, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 213-257
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994
- ÁVILA, Humberto Bergmann, "A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade", *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* nº 1, Porto Alegre, Síntese, 1999, pp. 27-54
- AZZARITI, Gaetano, "La Nuova Costituzione e le Leggi Anteriori" in *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*, Milano Giuffrè, 1951, pp. 97-111
- BADURA, Peter, "Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975)", *Der Staat*, vol. 16, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pp. 305-325
- BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1996
- _____. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", *Revista Trimestral*

¹⁹⁵ Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, p. 282. No original: "Die Staatsverfassung ist (...) eine offene Gestalt, durch die das Leben hindurch geht".

- de *Direito Público* nº 29, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 31-57
- BEAUD, Olivier, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" in SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 5-113
- _____. *La Puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994
- _____. *Les Derniers Jours de Weimar: Carl Schmitt face à l'Avènement du Nazisme*, Paris, Descartes & Cie., 1997
- BERCOVICI, Gilberto, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* nº 142, Brasília, Senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 35-51
- _____. "Entre Institucionalismo e Decisionismo", *Novos Estudos* nº 62, São Paulo, CEBRAP, março de 2002, pp. 191-193
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts" in *Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 344-366
- _____. "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 29-52
- _____. "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 53-89
- _____. "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 159-199

- _____. "Demokratie als Verfassungsprinzip" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 289-378
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998
- _____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*, São Paulo, Malheiros, 1999
- BURDEAU, Georges, "Une Survivance: La Notion de Constitution" in *L'Évolution du Droit Public - Études Offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 53-62
- CALDWELL, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press, 1997
- CALERA, Nicolás María López, *Yo, el Estado - Bases para una Teoría Sustancializadora (No Sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2001
- _____. "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 15, São Paulo, RT, abril/junho de 1996, pp. 7-17
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998
- _____. "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" in RIBEIRO, J. A. Pinto (Coord.), *O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, pp. 413-422

- _____. "Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente" in CASELLA, Paulo Borba (Coord.), *Mercosul: Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 205-217
- _____. "O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida" in VVAA, *Constitución y Constitucionalismo Hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 215-225
- _____. "Prefácio" in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. V-XXX
- _____. "O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição", mimeo, conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, em Curitiba (PR), no dia 16 de outubro de 2002, 29 pp.
- CARLASSARE, Lorenza, "L'impegno per l'Attuazione della Costituzione: dalle Norme Programmatiche alla Sovranità Popolare" in *Il Contributo di Vezio Crisafulli alla Scienza del Diritto Costituzionale (Atti delle Giornate di Studio di Trieste 1-2 ottobre 1993)*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 47-66
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, reimpr., 2 vols, Paris, CNRS, 1962
- COMPARATO, Fábio Konder, "Réquiem para uma Constituição", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 20, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 5-11
- COSTA, Pietro, *Lo Stato Immaginario: Metafore e Paradigmi nella Cultura Giuridica Italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002

- CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milano, Giuffrè, 1952
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, reimpr., Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1999
- DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1999
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, reimpr., Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1998
- ENTERRÍA, Eduardo García de, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Madrid, Civitas, 1994
- EVANS, Peter, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization", *World Politics*, vol. 50, nº 1, Outubro de 1997, pp. 62-87
- FARIA, José Eduardo, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995
- FIORAVANTI, Maurizio, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993
- _____. *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999
- _____. "Kelsen, Schmitt e la Tradizione Giuridica dell'Ottocento" in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 605-656
- _____. "Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo" in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 871-888

- FISHER, Louis, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988
- FORSTHOFF, Ernst, "Verfassungsprobleme des Sozialstaats" in FORSTHOFF, Ernst (Org.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 145-164
- _____. "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates" in FORSTHOFF, Ernst (Org.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 165-200
- _____. "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in FRIEDRICH, Manfred (Org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pp. 117-152
- _____. "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre" in FRIEDRICH, Manfred (Org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pp. 268-304
- FRIEDRICH, Carl J., "The Political Theory of the New Democratic Constitutions" in ZURCHER, Arnold J. (Org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, 2ª ed, New York, New York University Press, 1955, pp. 13-35
- FRIEDRICH, Manfred, "Der Methoden- und Richtungstreit: Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, pp. 161-209
- _____. "Rudolf Smend, 1882-1975", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 112, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pp. 1-26
- GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico"*, Madrid, Civitas, 2000

- GARCÍA, Pedro de Vega, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-87
- _____. "Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale", *Diritto Pubblico*, 2001 - nº 3, Padova, CEDAM, 2001, pp. 1031-1094
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 8ª ed, Madrid, Alianza Editorial, 1993
- GERBER, Carl Friedrich von, "Sui Diritti Pubblici" in *Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 3-87
- _____. "Lineamenti di Diritto Pubblico Tedesco" in *Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 89-213
- GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998
- _____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002
- _____. "Resenha do Prefácio da 2ª Edição" in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. XIII-XXXI
- GRIMM, Dieter, "Der Verfassungsbegriff in historischen Entwicklung" in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 101-155
- _____. "Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft" in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 338-373
- _____. "Braucht Europa eine Verfassung?" in *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, München, C.H.Beck, 2001, pp. 215-254

- HÄBERLE, Peter, "Verfassungstheorie ohne Naturrecht" in *Verfassung als öffentlicher Proze: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 93-120
- _____. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten - Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation" in *Verfassung als öffentlicher Proze - Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 155-181
- _____. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998
- _____. *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001/2002
- HELLER, Hermann, "Die Krisis der Staatslehre" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 3-30
- _____. "Freiheit und Form in der Reichsverfassung" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 371-377
- _____. "Politische Demokratie und soziale Homogenität" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 421-433
- _____. "Rechtsstaat oder Diktatur?" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 443-462
- _____. *Staatslehre*, 6ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983
- HENNIS, Wilhelm, "Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem" in FRIEDRICH, Manfred (Org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pp. 232-267
- HERRERA, Carlos Miguel, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen*, Paris, Éditions Kimé, 1997

- HESSE, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959
- _____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999
- JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3a ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960
- _____. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, reimpr., Goldbach, Keip Verlag, 1996
- JOUANJAN, Olivier, "Carl Friedrich Gerber et la Constitution d'une Science du Droit Public Allemand" in BEAUD, Olivier & WACHSMANN, Patrick (Orgs.), *La Science Juridique Française et la Science Juridique Allemande de 1870 à 1918 (Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg n° 1)*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 11-63
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, reimpr. da 2a ed., Aalen, Scientia Verlag, 1960
- _____. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, reimpr. da 2a ed, Aalen, Scientia Verlag, 1962
- _____. *Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, 3a ed, Wien, Verlag von Wiener Volksbuchhandlung, 1965
- _____. *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993
- LABAND, Paul, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1900
- LASSALLE, Ferdinand, "Über Verfassungswesen" in *Gesamtwerke: Politische Reden und Schriften*, Leipzig, Verlag von Karl Fr. Pfau., 1907, vol. 1, pp. 40-69
- LEIBHOLZ, Gerhard, "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit" in *Das Wesen der Repräsentation und der*

- Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3a ed, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1966, pp. 249-271
- LERCHE, Peter, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, 2a ed, Goldbach, Keip Verlag, 1999
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, "Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário", *Revista da Procuradoria-Geral da República* n° 8, São Paulo, RT, janeiro/junho de 1996, pp. 81-101
- LOEWENSTEIN, Karl, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" in ZURCHER, Arnold J. (Org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, 2a ed, New York, New York University Press, 1955, pp. 191-224
- _____. *Verfassungslehre*, 4a ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2000
- MARRAMAO, Giacomo, *Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000
- MAUS, Ingeborg, "Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'", *Novos Estudos* n° 58, São Paulo, CEBRAP, novembro de 2000, pp. 183-202
- MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo, "Desafios Institucionais Brasileiros" in MARTINS, Ives Gandra (Coord.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira, 1997, pp. 185-198
- MORTATI, Costantino, *La Costituzione in Senso Materiale*, ristampa, Milano, Giuffrè, 1998
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 7a ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- _____. *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997

- NEVES, Marcelo, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992
- _____. *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1994
- _____. *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung - Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000
- NIGRO, Mario, "Costituzione ed Effettività Costituzionale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 1697-1713
- PASQUINO, Pasquale, "Schmitt à Weimar", *Revue Française de Science Politique*, vol. 43, n° 4, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, agosto de 1993, pp. 702-708
- PAULY, Walter, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993
- QUEIROZ, Cristina, *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990
- ROUSSEAU, Dominique, "Une Réssurrection: La Notion de Constitution", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, 1990 - n° 1, Paris, LGDJ, janeiro/fevereiro de 1990, pp. 5-22
- SANTOS, Boaventura de Sousa, "O Estado e a Sociedade na Semiperiferia do Sistema Mundial: O Caso Português" in *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, Porto, Edições Afrontamento, 1992, pp. 105-150

- SCHEUNER, Ulrich, "Staatszielbestimmungen" in *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 223-242
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1993
- _____. "Legalität und Legitimität" in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 263-350
- SCHNEIDER, Hans Peter, "La Constitución - Función y Estructura" in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-52
- SKOCPOL, Theda, "Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research" in EVANS, Peter B.; RUESCHEMEYER, Dietrich & SKOCPOL, Theda (Orgs.), *Bringing the State Back In*, reimpr., Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 3-37
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998
- SMEND, Rudolf, "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform" in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 68-88
- _____. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 119-276
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969
- STOLLEIS, Michael, "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution" in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 17-32

- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros, *Teoria Geral do Estado: Elementos de uma Nova Ciência Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999
- VERDÚ, Pablo Lucas, "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La "Ideología Constitucional" del Professor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político* nº 13, Madrid, UNED, março de 1982, pp. 7-52
- _____. *Curso de Derecho Político*, vol. I: *Introducción - Concepto, Método, Escuelas. Vertiente Histórica del Derecho Político. El Derecho Constitucional en el Marco del Derecho Político*, 2ª ed, reimpr., Madrid, Tecnos, 1992
- _____. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesis Iuris Politici)*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994
- WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1958
- WILLKE, Helmut, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996
- WIMMER, Norbert, *Materiales Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien/New York, Springer-Verlag, 1971
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 3ª ed, Madrid, Trotta, 1999