

As doutrinas da constituição em sentido material¹

Constitutional doctrines in a material sense

Maurizio Fioravanti²

Università degli Studi di Firenze, Itália
m.fioravanti@tsd.unifi.it

Resumo

O ensaio analisa as principais teorias da constituição em sentido material. Todas estas doutrinas são caracterizadas pela busca de um fundamento do direito na comunidade política, em uma dimensão mais profunda do que a ligada à simples vigência formal da lei do Estado. Foi assim já no século XIX, na doutrina do Estado liberal de Direito, com base em uma matriz historicista que remete a Savigny. Aquela doutrina está, de fato, fundada na grande ideia da ordem jurídica da nação, da qual a lei do Estado é expressão coerente. Tal coerência entra em crise no século XX, quando se assiste a um uso polêmico da constituição em sentido material, contra a lei do Parlamento, entendida como mera legalidade formal. Somente com as Constituições da segunda metade do século são criadas as condições para a formação de uma doutrina que tenta vincular a origem da Constituição vigente à dimensão profunda da comunidade política. Disso é exemplo Costantino Mortati na Itália.

Palavras-chave: doutrinas da constituição em sentido material, ordem jurídica da nação, Estado liberal de Direito, constituições democráticas do século XX.

Abstract

The essay analyzes the main theories of the concept of constitution in a material sense. These theories are characterized for looking for the foundations of law in the political community, without reducing it to the formal dimension of the law. It has been in this way since the rule of law principle of the 19th century, based on historic grounds linked to Savigny. This theory is indeed based upon the idea of the legal order of the Nation, which logical expression is the law of the State. This coherence would disappear at the 20th century, due to the controversial use of the notion of material constitution as opposed to the law of the Parliament, understood as mere formal legislation. Only with the constitutions of the second half of the century it became possible to find the suitable conditions for a theory that could

¹ Originalmente publicado como "Le dottrine della costituzione in senso materiale". *Historia Constitucional*, 12:21-30 (2011). Traduzido do italiano por Anderson Vichinkeski Teixeira.

² Università degli Studi di Firenze. Polo delle Scienze Sociali. Via delle Pandette, 35, Edificio D4, 50127, Florença, Itália.

try to take up again the origin of the current Constitution in the deep aspect of the political community. In Italy, Costantino Mortati is the perfect example.

Key words: theories of the constitution in a material sense, legal order of the nation, rule of law, democratic constitutions of the 20th century.

Frequentemente, a própria ideia de constituição em sentido material é associada à tentativa de encontrar uma dimensão de normatividade profunda, precedente àquela reconduzível às normas estatais formalmente vigentes. Por este motivo, as doutrinas da constituição em sentido material são, frequentemente, postas em antítese às concepções positivistas do direito, e, em gênero, a todas as doutrinas que tendem a reduzir o direito, com a sua força coercitiva, à lei do Estado. Na realidade, as coisas são um pouco mais complexas. Tentemos examiná-las com maior proximidade.

Partimos de uma definição conhecida de constituição, formulada no auge da era denominada de positivismo jurídico. É a de Georg Jellinek na sua obra principal, a *Allgemeine Staatslehre* [Teoria Geral do Estado], cuja publicação data propriamente do início do século XX, em 1900: “A constituição do Estado compreende os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado e estabelecem o modo de sua criação, as suas relações recíprocas, a sua esfera de ação, e também a posição fundamental do indivíduo frente ao poder estatal” (Jellinek, 1949, p. 93). Aqui o positivismo dominante parece ter atingido um porto seguro, absolutamente central e em condições de excluir a própria ideia de constituição em sentido material: a constituição existe simplesmente porque existe o Estado, o qual regula os órgãos, as suas relações recíprocas e, portanto, a forma de governo, os modos da sua atividade e, enfim, por último, os limites que estão postos a tal atividade, dos quais se busca o espaço livre em que se afirmam os direitos individuais. Com isso, a constituição tem por dever pressupor o Estado, não vice-versa. Antes do Estado não pode existir qualquer constituição, nem formal, nem material.

Tudo parece muito claro, mas não é assim; mesmo porque o *prius* é o Estado, tornando, de fato, decisivo enfrentar de um certo modo o problema das suas origens. Se nas origens do Estado devêssemos encontrar uma nua vontade política, um poder constituinte, um contrato entre os indivíduos mais ou menos facilmente rescindível, todo o sistema do *Rechtsstaat* estaria

comprometido por isso, descobrindo estar edificado sobre bases frágeis, por completo instáveis. Mais especificamente, sairiam gravemente comprometidos os próprios direitos dos indivíduos: se o seu fundamento está na autolimitação do Estado soberano, segundo o conhecido esquema jellinekeano da *Selbstverpflichtung* [autolimitação], e se tal ato é pura expressão de vontade, como não pensar que aquela vontade possa ser, em seguida, revogada livremente? Mas, então, sobre o que se fundam, em última análise, os direitos individuais? Podemos, realmente, concluir, em plena era liberal, que os direitos não são mais do que *Reflexrechte*³, ou ainda o mero resultado de um ato expressivo da vontade – e da soberania – do Estado?

A resposta à última pergunta só pode ser negativa. O positivismo jurídico aplicado às ciências do Estado, para estar à altura do próprio tempo, para responder à demanda de autoridade e de estabilidade, mas também e, paralelamente, à demanda de reconhecimento dos direitos dos indivíduos, ambas características da era liberal, deveria necessariamente construir uma imagem da soberania do Estado de forma não voluntarista, em condições de desempenhar uma função substancialmente reassegurante. Por isso, devemos necessariamente pensar em uma soberania historicamente determinada, expressão de uma *ordem jurídica* de caráter objetivo, sobre a qual se fundavam, junto à soberania, os próprios direitos individuais. É, portanto, o próprio positivismo jurídico de forma estatista, precisamente no ápice de sua parábola, que tem a necessidade de um fundamento historicista e, juntamente a este, da pressuposição de uma ordem jurídica de qualquer modo mais ampla, e também de maior relevo em relação à ordem determinada pelas leis do Estado. Em outras palavras, a segunda, i.e., a ordem dada pelas leis formalmente vigentes, valia e era expressão de soberania, na medida em que refletia a primeira, ou seja, a ordem dada pelo direito positivo historicamente fundado.

De resto, o próprio Jellinek, bem nos anos em que escrevia a sua *Allgemeine Staatslehre*, dedicava-se significativamente à história e, em particular, aos desen-

³ NT: *Reflexrechte* é uma referência à Teoria dos Direitos Reflexos, segundo a qual todos os direitos são, necessariamente, produtos da atividade legiferante do Estado. Foi Carl Friedrich W. von Gerber, em 1852, com a sua *Über öffentliche Rechte*, um dos primeiros a sustentar tal tese.

volvimentos do Estado moderno. Neste momento, Jellinek se aproxima decisivamente das versões do Estado moderno que colocam em destaque a sua permanente estrutura dualista e, portanto, a presença de um lado, juntamente com a soberania, que contém uma tradição de poder limitado, com uma precisa raiz no mundo das liberdades e dos privilégios medievais. Existe um componente especificamente germânico, ligado ao modelo histórico alemão da relação entre príncipe e estamentos, e assim a uma visão bipolar do Estado moderno. No entanto, existe também algo a mais. Embora exista ainda a convicção de que os modernos direitos individuais tenham sido declarados de modo contundente a partir da Revolução Francesa, em 1789, ocorre verificar que, na realidade, o seu verdadeiro e mais sólido fundamento está nos *Bill of Rights* ingleses e estadunidenses, podendo-se retroceder mais ainda e retornar também por esta via aos pactos medievais e à própria *Magna Charta*. Assim, o modelo referido por Jellinek não é mais, certamente, só “germânico”, ligando-se, pelo menos, às experiências do *common law* anglo-americano. É este o modelo do *Rechtsstaat*, ou do *rule of law*, que se coloca como modelo “jurídico” no qual as liberdades são solidamente fundadas na história e, de igual modo, solidamente garantidas pelo Estado contra o modelo oposto do jusnaturalismo revolucionário, o qual é, do contrário, integralmente “político”, pois proclama solenemente os direitos dos indivíduos, mas termina deixando-os ao arbítrio do legislador e das maiorias políticas.⁴

Com isso, não causará espanto o fato de que Vittorio Emanuele Orlando, ao introduzir ao leitor italiano a obra de Jellinek, não tenha deixado de referir a sua juvenil adesão à Escola Histórica de Savigny⁵. Orlando não pensa genericamente no peso da história, ou na função da ciência jurídica, o que se constitui em um perfil essencial no reenvio a Savigny, mas na perspectiva – evidentemente ainda aberta em 1949, ano em que Orlando escrevia – de uma verdadeira e própria doutrina do Estado e da constituição que tentou construir e que ainda se pode reelaborar e aperfeiçoar, partindo das bases que foram postas por Savigny. Orlando pensava aqui certamente nos célebres primeiros parágrafos do primeiro volume do *System des heutigen römischen Rechts* [Sistema do Direito Romano Atual] de Savigny, que os juristas italianos haviam conhecido graças à tradução de Vittorio Scialoja, em 1886 (Savigny, 1981). Devemos

retornar a esses parágrafos para compreender quanto o positivismo jurídico precisou pensar a necessária existência de uma ordem jurídica em sentido objetivo. Como logo veremos, é exatamente nessas páginas que se encontra a raiz primeira da doutrina da constituição em sentido material.

Existe uma passagem neste sentido de extraordinária relevância que merece ser reportado por inteiro na língua original: “Vor allem die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmässigen Gliederung den Staat ausmachen” (Savigny, 1981, p. 30)⁶. Portanto, se existem um Estado e uma autoridade capazes de emanar direito positivo vinculante, isso ocorre porque na história foi produzido algo a mais do que um mero agregado de indivíduos ligados por vínculos contratuais mais ou menos constringentes. Este *quid pluris* tem uma consistência material. Com as palavras de Savigny, ele é dado pela “articulação conforme à constituição”, que liga e vincula os indivíduos bem mais do que qualquer contrato. Em outras palavras, um conjunto de indivíduos pode se formar em um Estado somente se lá já existe um povo, ou ainda se já se encontra em si ordenado. E a medida da ordem é a *constituição em sentido material*. Esta última não desempenha, portanto, nenhuma função polêmica. Ao contrário, serve para fundar a autoridade do Estado e do seu direito, fixando, ao mesmo tempo, um limite. Por este motivo, para Savigny o direito positivo pode também ter a sua máxima expressão na lei do Estado, mas somente se esta parte da consciência de dever refletir aquela ordem objetiva que fora dada na experiência e que já se encontra presente na constituição entendida em sentido material. E, por outro lado, é precisamente esta ordem que confere à lei, que dessa mesma é a expressão, a sua força soberana. Uma lei do Estado solidamente fundada nos princípios daquela constituição é forte e possui autoridade. Ao contrário, uma lei disforme em relação a tais princípios nasce morta e é, de qualquer modo, destinada à ineficácia.

Assim sendo, nas origens do positivismo jurídico, da reação contra as filosofias individualistas e contratuais, e na base do próprio direito positivo estatal, encontramos uma ordem jurídica de tipo objetivo, historicamente fundada, que é representada como “constituição”. Tal ordem tem as características da organicidade e da estabilidade. É “jurídica” neste sentido, contraposta à

⁴ Para estas visões do Estado moderno em relação à juspublicística da idade liberal, remetemos a Fioravanti (2003, p. 183 e ss). O texto de Jellinek (2002) ao qual referimos é bem conhecido.

⁵ Orlando (1949, p.VIII). Aqui Orlando remontava ao seu *Principi di diritto costituzionale* (Orlando, 1889, nn. 21 e ss).

⁶ NT: Uma tradução livre poderia ficar deste modo: “Sobretudo, não são os indivíduos como tais, e nem de acordo com seu número, que constituem o Estado, e sim só em sua estruturação constitucional.”

ordem “política” da Revolução que é em si desorgânica e mutável. Não há dúvidas de que esta concepção desenhada por Savigny se tornará o horizonte da ciência jurídica europeia na época do Estado liberal de Direito, até as grandes transformações do século XX. De fato, somente em casos extremos o positivismo jurídico aplicado às ciências do Estado sairá deste horizonte, transformando-se em mera exaltação da força da lei do Estado. Mais frequentemente – e assim era ainda para Jellinek e para Orlando no fim do século XIX, como vimos anteriormente – o positivismo seguirá no vácuo de Savigny e conservará, assim, a ideia de uma ordem objetiva, da qual os juristas eram guardiães e intérpretes. Podemos afirmar que o Estado liberal de Direito será forte até quando o seu fundamento estiver sendo pensado nos termos de uma realidade em si ordenada, de uma constituição em sentido material capaz de exprimir o princípio de soberania e, ao mesmo tempo, de determinar os limites e, assim, o espaço livre para o exercício dos direitos.

Esta construção, dominante na ciência jurídica do século XIX, começará a apresentar sinais de fraqueza a partir das primeiras décadas do século XX. A “constituição” de Savigny, entendida como direito positivo de uma comunidade historicamente fundada, virá a se tornar, de fato, cada vez mais improvável em face das imponentes mudanças que envolveram a Europa entre os séculos XIX e XX. Os testemunhos desta transformação constitucional são diversos. Um dos mais lúcidos, dos mais capazes de olhar em profundidade, foi, certamente, Hans Kelsen, sobretudo com a sua principal obra da fase jovem, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [Principais Problemas da Doutrina do Direito do Estado], de 1911 (Kelsen, 1960)⁷. Nesta obra, a crítica à tradicional doutrina jurídica é decisivamente forte. Será sobretudo no sentido de ter desejado ver na base do Estado sempre e necessariamente uma ordem objetiva substancial, um “povo” com a sua “constituição”. Deste modo, ele terminou ocultando o que, de outra sorte, no início do século XX era mais do que evidente: que tal ordem não existe e não fora dada, que naquele mesmo espaço existe a *sociedade*, com os seus conflitos e as suas contradições. Naquele mesmo espaço agem os indivíduos, os partidos, as associações, os grupos portadores de interesses concretos, perseguindo os próprios objetivos, mas também buscando um compromisso, um ponto de equilíbrio. Para Kelsen, o Estado é nada mais do que a expressão daquela condição de equilíbrio, que se encontra continuamente

em movimento. Não é mais uma “pessoa”, não é mais um *prius*, como em Jellinek e na doutrina tradicional, mas o resultado de um processo constitutivo de ordem, mediante a lógica do compromisso.

A partir disso surge a necessidade de uma forte centralidade do parlamento, uma vez que só por meio de uma representação política estruturada com base rigorosamente proporcional e fortemente legitimada e reconhecida pelos atores sociais e políticos é que será possível construir um sólido edifício político. Kelsen não acreditava mais que aquele edifício possa estar em pé simplesmente enquanto personificação do “povo” ou da “nação”. A sua solidez não depende mais de alguma “constituição” em sentido substancial ou material. E existe, do contrário, a necessidade de uma constituição em sentido formal, explicitamente deliberada, para a qual se deve confiar a delicada obra de determinação das regras fundamentais, que são as entendidas como necessárias para a realização do compromisso. A uma constituição deste gênero é, portanto, atribuída a esperança de reconstrução de uma ordem, que não podemos mais dar por certa mediante a tradicional imagem do Estado como “pessoa”, e que é a partir de então somente um objetivo a perseguir.

Todavia, a ideia de onde partimos, de uma ordem substancial e objetiva do direito – o direito positivo de Savigny, em uma palavra –, não desaparecerá por certo de modo súbito. O seu significado, porém, viria a mudar no curso do século XX. De um significado de signo construtivo, propenso a representar uma fundação profunda e assecuratória da lei do Estado, passar-se-á a um significado de natureza polêmica. Isto é, tornar-se-á possível partir do direito em sentido objetivo para contestar a lei do Estado e especialmente a sua manifestação por meio do parlamento. Portanto, não mais a lei fundada no direito, como em Savigny e na maior parte do positivismo do século XIX, mas o *direito contra a lei*: de qualquer modo, o direito na sua forma mais profunda e enraizada – seja essa classicamente protegida pela ciência jurídica, ou expressa na jurisprudência, ou de outro modo ainda – contra uma lei do Estado, que qualquer um nesta perspectiva começava a considerar como um reflexo frágil e fragmentado do direito em si, frequentemente por causa do seu invólucro parlamentar, demasiadamente marcado pelo peso dominante de interesses fracionários. É evidente que, nesta linha, prevalecem avaliações opostas em relação às de Kelsen: não mais o parlamento como lugar

⁷ Devemos precisar que Kelsen é tido como “testemunha” – conforme dito no texto – da transformação constitucional da primeira metade do século XX, exclusivamente por meio da sua maior obra da fase jovem. Prescindimos, portanto, da subsequente e muito complexa evolução do pensamento de Kelsen no curso do século. Para uma visão mais completa sobre o próprio Kelsen, mas também sobre outros autores citados neste ensaio, remetemos aos textos contidos em Fioravanti (2001).

da mediação razoável, da reconstrução realista – e única possível – de uma dimensão comum, mas o parlamento como lugar em que se realiza o perigoso domínio dos interesses fracionários.

Exemplar, neste sentido, o percurso de Carl Schmitt a partir do seu ensaio de uma fase ainda jovem, de 1912, dedicado a *Gesetz und Urteil* [Lei e Julgamento] (Schmitt, 1969). Lá Schmitt colocava já um problema capital. No novo contexto social e político que estava se determinando no início do século XX, a conformidade à lei não exauria mais o problema da justeza da decisão que o juiz deve assumir com a sua sentença. Schmitt não pensa tanto no “direito livre”, no *Freirechtsbewegung* [movimento do direito livre], na perspectiva de uma maior ponderação dos interesses efetivos em jogo por parte do juiz em si, como se se tratasse de contrapor uma espécie de efetividade sociologicamente destacada ao formalismo do direito. O problema é um outro: é o da adequação da lei, cada vez mais dilacerada no seu interior pelo conflito entre os interesses fracionários, à necessidade de produzir decisões certas, calculáveis e confiáveis. O valor a preservar é, portanto, o da *Rechtsbestimmtheit*, i. e., da certeza jurídica. Para salvar e realizar aquele valor, o juiz pode, segundo Schmitt, decidir também *contra legem*, ou ainda contra a lei que se manifesta de modo flagrantemente irracional, ameaçadora frente a uma ordem jurídica que vem assegurada pela práxis, pela própria jurisprudência e também pela ciência jurídica. De fato, naquele caso, segundo Schmitt, o juiz decide não segundo a sua “livre” interpretação, mas pensando em como teria decidido um outro juiz, e “um outro juiz significa o tipo empírico do moderno jurista culto” (Schmitt, 1969, p. 71). Posto frente às contradições e às incongruências da lei, o juiz não está, por consequência, só. Ele pode e deve atingir a tradição intelectual da classe dos juristas, da qual é parte a própria jurisprudência. Nesta linha, o juiz não se proclama, portanto, mais “livre”; ele reafirma, mais do que tudo, em um certo sentido ao contrário, a sua função de instrumento de realização do direito, este que deve ser por ele preservado eventualmente também contra a lei formalmente entendida.

Como bem vemos, os temas que circulam nestas páginas são ainda em sentido lato savignyanos: o primado do direito positivo em sentido objetivo sobre o direito meramente posto pelo legislador, o grande valor atribuído à práxis cientificamente orientada e determinada.⁸ Mas existe uma indiscutível novidade. Ora, o

primado do direito positivo sobre o direito posto pelo legislador pode assumir um significado decisivamente polêmico, que no momento se traduz em uma simples decisão do juiz *contra legem*, mas que não exclui desta linha ulteriores desenvolvimentos em uma direção ainda mais radicalmente antilegislativa. Assim, cerca de dez anos depois do texto de 1912, Schmitt chega a uma conclusão mais abrangente no plano mais propriamente constitucional. No ensaio sobre a ditadura, de 1921, ele trata, de fato, de colocar decisivamente o problema da “realização do direito” em uma situação em que a lei não garante mais estabilidade, certeza e determinação (Schmitt, 2006). O que antes era um problema de relação entre fontes, entre direito do legislador e direito da jurisprudência, assume então um significado bem mais amplo, de ordem constitucional: existe um “direito” que contém uma determinada ordem em sentido objetivo; existe, assim, uma “constituição” em sentido material; e existe uma constituição que vige em sentido formal, mas que permite ao legislador emanar normas que não garantem mais qualquer ordem ou certeza. Nesta situação, impõe-se a necessidade de uma ditadura comissária, com o escopo de realizar o “direito”, mesmo mediante a suspensão da constituição formalmente vigente. A ditadura pode se concluir com a reconstituição da constituição vigente – mesmo enquanto ditadura comissária –, mas nada pode impedir que ela se mova em sentido soberano, com a criação de uma nova constituição, pela manifesta inação da constituição existente para conter e exprimir aquele “direito” de cuja realização permanente a exigência primária.

Não importa medir as consequências operativas de uma doutrina similar. De resto, é de todos sabido o quanto uma tal imposição concorreu para deslegitimar a Constituição de Weimar, nesta linha representada como uma constituição “fraca”, incapaz de garantir estabilidade, de exprimir um saudável princípio de unidade política. O que devemos destacar é o surgimento no século XX de um significado da constituição em sentido material como “verdadeira” constituição, capaz de garantir o “direito” contra a constituição em sentido formal, frequentemente presa – como no caso de Weimar – do destrutivo predomínio dos partidos e dos interesses fracionários e, portanto, não mais “constituição” em sentido próprio, não mais norma fundamental compartilhada.

O século XX parece assim abandonar e quase dilacerar a herança do século precedente da constituição em sentido material. O que no modelo anterior, inaugura-

⁸ Não parecem então casuais os conteúdos da conferência feita por Schmitt entre 1943 e 1944: ver Schmitt (1958, p. 386 e ss). Trata-se do ensaio no qual a ciência jurídica, ainda tendo como base o exemplo paradigmático de Savigny, vem considerada como “o último asilo da consciência jurídica” (Schmitt, 1958, p. 391 e ss.).

do com Savigny, era o lugar em que vivia concretamente o direito positivo da comunidade, predisposto mediante a decisiva obra de mediação da ciência jurídica a se tornar o mais seguro fundamento da legislação do Estado, passava a ser então negado, como no caso de Kelsen, ou retomado em sentido polêmico, como no caso de Schmitt. Para o primeiro não existia mais, de fato, qualquer “comunidade”, qualquer “povo”, dotado em sentido material da sua “constituição”, de modo que a única constituição possível era a que os atores sociais e políticos eram capazes de exprimir mediante o compromisso e a mediação parlamentar; para o segundo, ao contrário, não apenas existia a constituição em sentido material, mas esta era representável – pelo menos em certas situações históricas como a alemã das primeiras décadas do século XX – como a “verdadeira” constituição, a impor, mesmo com o instrumento da ditadura, quando a formal estivesse degenerada, pois dominada pela dinâmica destrutiva dos interesses fracionários. Deste modo, a doutrina constitucional se encontrava fechada em um recinto demasiadamente delimitado. Ou a constituição era a parlamentar de Kelsen, e se renunciava à dimensão própria do “fundamento”, se não no sentido das regras procedimentais estabelecidas com o fim de determinar uma composição pacífica dos interesses em jogo; ou a “constituição” era aquela em sentido substancial de Schmitt, mas por tal via a própria busca do “fundamento” estava a perigo de a qualquer momento ser jogada contra a democracia parlamentar e representativa.

Como sair desse dilema? Era evidentemente necessária uma obra de mediação. Era necessário, em outras palavras, retomar a própria ideia de “fundamento”, mas de modo compatível com a configuração abrangente das democracias do século XX, na forma que estas estavam assumindo mediante o grande trabalho da primeira metade do século, uma vez desaparecidos os regimes totalitários. As democracias não podiam, de fato, contentar-se com a concepção kelseniana, limitando-se, assim, ao aspecto procedimental, pois aspiravam nas respectivas constituições a reconhecer determinados princípios e valores, sobre os quais basear a sua identidade histórica e também a indicar referências fundamentais para o futuro, mas ao mesmo tempo se fundavam em uma sociedade de declarada estrutura e vocação pluralista, de modo que não podiam deixar de temer, na busca por um “fundamento” em sentido substancial, o possível ressurgir de lógicas de tipo monista.

Segundo nosso entendimento, a mais eficaz tentativa de mediação e de síntese foi operada por Costantino Mortati, com o seu célebre ensaio, de 1940, dedicado à *La costituzione in senso materiale* (Mortati, 1988). Neste texto, Mortati parte da convicção de que se verificaram transformações tais a tornar impossível a reproposição das doutrinas tradicionais, baseadas na soberania do Estado como pessoa, fundada na nação ou de qualquer modo em uma comunidade historicamente dada. Se se deve continuar a falar de soberania do Estado, é somente com referência a uma diversa e nova fase de evolução do Estado moderno, dentro do qual o princípio de unidade política, também em forma estatal, não pode se produzir a menos que dinamicamente, no plano teleológico, com o instrumento da *Regierung*, i.e., do governo.⁹ Em outras palavras, o Estado pode continuar a exprimir o princípio de unidade política somente se dotado de uma referência, conscientemente individualizada e escolhida. O Estado não é mais hegelianamente o sujeito ou a pessoa, que sabe o que quer porque dotado de uma intrínseca racionalidade, por sua vez derivada do fato de ser expressão orgânica, natural e necessária da nação, de uma comunidade historicamente dada. O Estado continuará a ser soberano somente se souber ser capaz de assumir a condição de expressão coerente de uma referência fundamental, deduzida da própria comunidade e traduzida em princípios e em normas constitucionais. Por este motivo, Mortati coloca o ponto inicial da sua construção teórica no processo de “diferenciação e especificação no seio da comunidade”, que se desenvolve por obra de uma força política capaz de imprimir uma referência conseqüente à escolha por um certo sistema de princípios fundamentais, transcritos na constituição (Mortati, 1988, p. 72 e ss.).

Deste modo, a constituição tem uma origem declaradamente política, no sentido de que é fruto de vontade e de escolhas precisas, mas estas não são, por sua vez, representáveis no seu complexo como a “decisão” de um “povo” ou de uma “nação”. O que se tirava daquela origem não é, portanto, fundamentalmente, uma espécie de ‘verdadeira’ constituição, que como tal pode colocar em discussão a formalmente vigente, como na perspectiva inaugurada por Schmitt. O momento constituinte é de se entender, na construção de Mortati, como o fundamento mais autêntico da constituição a emanar, que dela decorrem os caracteres mais basilares, mediante a proposição de uma série de normas

⁹ Nesse sentido, à obra de Mortati deve ser aproximada a de Rudolf Smend. Ambos os juristas tiraram, de fato, as inspirações para a construção das respectivas doutrinas da constituição da questão do governo. Sobre Mortati, ver Mortati (2000). Sobre Smend, ver Smend (1955, p. 68 e ss). Cinco anos mais tarde veio a ser publicado o texto mais conhecido: Smend (1988).

fundamentais de princípio. São aquelas normas, no seu conjunto e nos seus equilíbrios internos, a determinar os contornos da constituição em sentido material, que sob este perfil coincide, portanto, com o núcleo fundamental da própria constituição escrita. Não é por acaso que o texto de Mortati se encerra com o tema do limite material ao procedimento de revisão constitucional, que é colocado precisamente neste núcleo fundamental que somente poderá ser alterado mudando a constituição. Afirma-se, assim, o caráter plenamente jurídico da constituição em sentido material, que não é, portanto, representável como mera e genérica realidade factual, mas como a específica realidade factual e somente a que contém de forma já estruturada, de modo embrionário, as linhas de base do ordenamento jurídico que está por se afirmar com a constituição que surgirá.

Na linha de Mortati, a constituição em sentido material perde, portanto, o caráter polêmico que havia assumido no tempo de Weimar e mesmo em relação à Constituição democrática weimariana. Ao contrário, essa se repropõe, na metade do século XX, como fundamento da constituição democrática, no sentido de uma democracia que não é feita somente de procedimentos, mas também de princípios irrenunciáveis, fruto de escolhas conscientes, a exprimir na constituição a emanar e que dela representam o núcleo mais essencial. Deste modo, Mortati – que escreve em 1940 – antecipa as problemáticas que seriam próprias das constituições democráticas do segundo pós-guerra, entre as quais, obviamente, também a italiana de 1948.

Dois palavras de conclusão. Como vimos, existem muitas doutrinas sobre a constituição em sentido material. Uma única delas – a reconduzível a Carl Schmitt – pode ser usada contra a constituição vigente. Em efeito, a busca por uma dimensão profunda da normatividade, precedente à dada pela lei formalmente vigente, é por demais ampla e plena de significado. É uma busca que acompanha desde sempre a reflexão dos juristas, mesmo na época do positivismo triunfante, quando todo o direito parecia se reduzir – mas somente em aparência – à lei do Estado. Também porque o único modo de fundar a soberania daquela lei, e ao mesmo tempo o seu limite, era propriamente reconduzi-la à expressão de uma ordem jurídica objetiva, dada pela história de uma certa nação. Em definitivo, o único verdadeiro adversário de toda concepção “material” da constituição é Hans Kelsen, mas a sua voz permanecerá neste aspecto isolada. Os juristas não pretenderam, de fato, nunca abandonar a busca pelo “fundamento”, não se resignando com facilidade em colocar no lugar de uma entidade em si ordenada, e por este motivo em si jurídica, como o “povo” ou a “nação”,

uma simples “sociedade” com os seus conflitos e as suas contradições, nos termos em que Kelsen propunha. Além disso, as constituições democráticas do século XX, de Weimar em diante, tinham por sua conta a necessidade de um “fundamento”, de não se reduzir à dimensão procedimental, de ser, portanto, expressão de princípios fundamentais, que aquelas mesmas constituições traduziam em referência fundamental para o futuro. Na busca por tais princípios e pela fonte de tal referência se redescobrirá a constituição em sentido material, como no caso de Mortati. E se tratará de uma constituição que operará desta vez em sentido fundante, para a tutela da integridade e para a afirmação do primado da constituição democrática. Não se foge, por consequência, da regra segundo a qual cada supremacia, para existir, tem a necessidade de um fundamento. Assim fora para a soberania da lei do Estado na época de ouro do positivismo jurídico, entre os séculos XVIII e XIX, assim é hoje na época da supremacia da constituição democrática.

Referências

- FIORAVANTI, M. 2001. *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*. Tomos I e II. Milano, Giuffrè, 918 p.
- FIORAVANTI, M. 2003. Lo “Stato moderno” nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940). In: M. SBRICCOLI (ed.), *Ordo iuris: storia e forme dell'esperienza giuridica*. Milano, Giuffrè, p. 181-217.
- JELLINEK, G. 1949. *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Milano, Giuffrè, 317 p.
- JELLINEK, G. 2002. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*. Milano, Giuffrè, 96 p.
- KELSEN, H. 1960. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*. Aalen, Scientia, 709 p.
- MORTATI, C. 1988. *La costituzione in senso materiale*. Milano, Giuffrè, 211 p.
- MORTATI, C. 2000. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. Milano, Giuffrè, 233 p.
- ORLANDO, V.E. 1949. Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale. In: G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*. Milano, Giuffrè, p. I-VIII.
- ORLANDO, V.E. 1889. *Principi di diritto costituzionale*. Firenze, Barbera, 79 p.
- SAVIGNY, F.K. von. 1981. *System des heutigen römischen Rechts*. Aalen, Scientia, 351 p.
- SCHMITT, C. 1969. *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. München, C.H. Beck, 129 p.
- SCHMITT, C. 1958. Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944). In: C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin, Duncker & Humblot, p. 386-429.
- SCHMITT, C. 2006. *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlin, Duncker & Humblot, 257 p.
- SMEND, R. 1955. Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform. In: R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin, Duncker & Humblot, p. 68-88.
- SMEND, R. 1988. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano, Giuffrè, 288 p.

Submetido: 06/08/2012

Aceito: 17/08/2012