UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Kristal Moreira Gouveia

# **A Teoria da Constituição em Sentido Material**:
usos e discursos no pensamento jurídico da Europa e do Brasil (1920-1988)

Florianópolis
2025

Kristal Moreira Gouveia

# **A Teoria da Constituição em Sentido Material**:
## usos e discursos no pensamento jurídico da Europa e do Brasil (1920-1988)

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. PhD. Arno Dal Ri Júnior.

Florianópolis
2025

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Moreira Gouveia, Kristal
A Teoria da Constituição em Sentido Material : Usos e discursos no pensamento jurídico da Europa e do Brasil (1920-1988) / Kristal Moreira Gouveia ; orientador, Arno Dal Ri Junior, 2025.
375 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2025.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Constituição Material. 3. História do Direito. 4. Autoritarismo Brasileiro. 5. Teoria da Constituição. I. Dal Ri Junior, Arno. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Kristal Moreira Gouveia

**A Teoria da Constituição em Sentido Material:**

usos e discursos no pensamento jurídico da Europa e do Brasil (1920-1988)

O presente trabalho em nível de Direito foi avaliado e aprovado, em 11 de agosto de 2025, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Arno Dal Ri Júnior, PhD.

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Federico Losurdo, PhD.

Università degli Studi Urbino

Prof. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr.

Universidade de Fortaleza

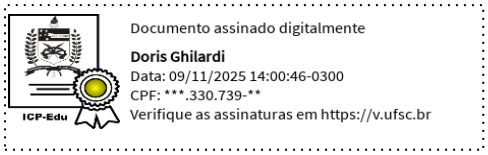
Prof.a Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva, Dra.

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Anderson Vichinkeski Teixeira, Dr.

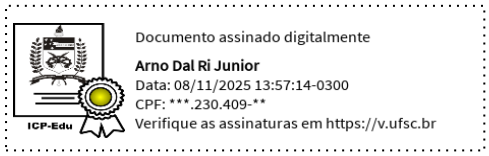
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutora em Direito




Prof.ª. Dr.ª. Dóris Ghilardi

Coordenação do Programa de Pós-Graduação




Prof. PhD. Arno Dal Ri Júnior

Orientador

Florianópolis, 2025.

A minha mãe, Fátima e minha irmã, Priscila. Por estarem ao meu lado, sonhando comigo todos os meus sonhos.

## AGRADECIMENTOS

Muitos são os mitos sobre os desafios de um doutorado. Arrisco dizer que uma boa parte é verdade. Um que não vivenciei, porém, foi a solidão. Nas seguintes linhas - talvez pouco convencionalmente longas - dedico uma silenciosa homenagem a cada um daqueles que contribuiu com a realização do meu sonho.

Meus agradecimentos não poderiam começar de outro lugar. Se o Doutorado é, por natureza, uma jornada solitária, graças a elas eu posso afirmar ser detentora do maior dos privilégios: o de nunca ter me sentido sozinha.

Minha mãe, Fátima: além de minha inspiração, a luz que ilumina meu caminho. Obrigada por desde sempre ter me feito crer que, inobstante qualquer adversidade, eu sou capaz de tudo. O seu amor e sensatez me dotaram da confiança necessária para realizar sonhos. Para nunca abaixar a cabeça em situações difíceis, a nunca me sentir menor. Sua fé em mim me tornou capaz de desenvolver a ambição para conquistar meus objetivos, sem nunca renunciar da ética que me mantém humana e lúcida. Obrigada por me inspirar com sua vida, sendo meu exemplo de ser humano, por ter me nutrido com força e amor. Todos os meus sonhos passam por sua intervenção mágica.

Minha irmã, Priscila: se o amor é segurança, presença e certeza, você é a forma constante na qual ele se manifesta nos meus dias. Por cada ato carinhoso de cuidado e escuta atenta, pela generosidade da paciência e sabedoria, e por sonhar meus sonhos juntos comigo. Obrigada por ser a melhor amiga que eu poderia ter e compartilhar comigo tanto as risadas do dia a dia, a companhia tranquila e as angústias que pareceriam impossíveis, se eu estivesse só. Graças a você, eu sinto que nunca estarei. Obrigada por sua existência.

Às duas dedico essa conquista e todos os sonhos que realizo, e que com elas quero viver junto.

Ao idealizador de pontes, descobridor de mundos (e não menos raro, confessor de angústias), meu orientador Professor Arno Dal Ri Junior. O seu papel na minha jornada acadêmica se inicia com o primeiro sonho, o do mestrado. Perpassa a abertura de um novo mundo cosmopolita em frente aos meus olhos, e me acompanha a cada passo até o fim do caminho (até então). Obrigada pela confiança, por me inserir na constelação de brilhantes intuições das quais hoje me sinto parte. Muito mais do que um orientador, um grande amigo levo dessa jornada.

Não é uma coisa fácil encontrar aqueles que veem em nós o potencial que nem mesmo nossos olhos são capazes de reconhecer, em especial quando ainda não temos conquistas que o atestem. Ainda assim, foi o que fizeram o Professor João Luís Fiúsa e a Professora Cáris Callou, quando ofereceram a oportunidade de entrada no mundo da docência a uma jovem recém formada, cheia de sonhos, há exatamente 10

anos. Agradeço por me confiarem o papel de transformadora educacional em sua casa, me acolhendo como professora na Faculdade Paraíso do Ceará - hoje, UniFAP, e permitindo que assim eu iniciasse meu caminho na educação, onde espero frutificar os resultados da jornada acadêmica que agora finalizo.

Agradeço a todos os meus alunos. Eles, que dão sentido à teoria, são o reflexo prático da libertação através do conhecimento. Em especial, agradeço aos meus orientandos membros do *Iura Populorum:* Plantar neste grupo as sementes dos interesses de pesquisa que acompanham toda a minha jornada acadêmica, têm sido uma experiência gratificante.

Agradeço àqueles que, mesmo sem saber, trouxeram palavras que marcaram e deram inspiração e força: Giácomo, Priscila, Yanna, Marilaque, Vânia, através de vocês agradeço ao fato de que podemos encontrar em colegas de trabalho bons amigos.

Uma experiência da pós-graduação que não precisei vivenciar foi a competitividade entre colegas. Ao contrário, no mais inusitado dos contextos - aulas remotas no meio do estresse psicológico da pandemia - foi nas minhas colegas de doutorado que encontrei duas grandes amigas. Camila e Mariana, o companheirismo de vocês foi um sopro de ar fresco em cada etapa dessa jornada. Nosso Grupo, piadas internas, desabafos e admiração mútua me fizeram mais confiante e forte. Obrigada por tanto!

Agradeço a minha amiga Kely, que em momentos difíceis foi apoio, escuta e busca de soluções. Não importa quanto tempo passe, e mesmo que você não esteja aí, voltar à UFSC e ver a lagoa da conceição sempre me fará lembrar daquelas duas mestrandas cheias de sonhos e inocência.

A estadia em Gante, na Bélgica, foi uma experiência que transformou a reta final do meu doutorado, trazendo experiências, intuições e pontes. Agradeço ao programa *Global Minds* pela concessão da bolsa de pesquisa que me possibilitou vivenciar o período de 3 meses como *visitor researcher* na Universidade de Gante, atuando no grupo *Human Rights in Context*. Agradeço ao professor Georges Martyn por ter sido agente de conexão entre Brasil e Gante.

No âmbito dessa experiência, agradeço em especial à Professora Clara Burbano-Herrera e ao professor Yves Haeck, que me receberam em seu Programa *Human Rights in Context* e me possibilitaram aprofundar temas que me interessam imensamente. Foi uma imensa honra ser supervisionada pela Professora Clara Burbano-Herrera e agradeço pela sua confiança em nossos projetos conjuntos e planos compartilhados!

Na estadia na Bélgica, amigos brasileiros me fizeram sentir em casa. Agradeço a Melissa, que em momentos cruciais me ofereceu não só suporte e apoio, mas também apoio, risadas e companhia. Sou grata pela sua amizade e pelo papel

marcante que você e Lucas tiveram na minha estadia na Bélgica. Muito obrigada aos dois!

Agradeço àqueles que em missões acadêmicas, eventos, viagens e tantas outras aventuras nesse mundo pós-graduando me fizeram companhia e trouxeram leveza à jornada. Ana Zap, Raul, Thales, Ana Vanzin: a 313 permanece muito bem representada através de vocês, que encarnam o que há de melhor nela.

Aos meus tios queridos, Isaura e Morerinha. O apoio de vocês e os momentos de leveza e diversão juntos foram fundamentais nessa jornada. Muito obrigada. Agradeço a minhas amigas do Cariri, Victoria e Amanda, o companheirismo, apoio e amizade de vocês é muito importante para mim.

Agradeço a todos que, expressa ou silenciosamente, torceram por mim. A suas energias, palavras e presença. Todos fazem parte desse sonho realizado, muito obrigada!

*O discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar.* [1]

[1] FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.

## RESUMO

A pesquisa tem como objetivo reconstruir e analisar a teoria da constituição em sentido material, com base na obra de Costantino Mortati, e investigar sua mobilização discursiva no pensamento jurídico brasileiro entre 1920 e 1988. A partir de uma abordagem crítica da história do direito, são utilizadas como ferramentas metodológicas a análise do discurso e a tradução cultural, adotando-se uma perspectiva plurimetodológica de análise histórica, teórica e comparada. Inicialmente, a tese delimita os contornos da teoria da constituição em sentido material, identificando seus elementos estruturantes: unidade política, função diretiva, estrutura normativa e efetividade. Em seguida, traça-se o ambiente intelectual europeu em que essa teoria foi gestada, a partir do antiformalismo jurídico e da crítica ao positivismo legalista, com destaque para autores como Duguit, Hauriou, Gierke, Romano, Smend, Heller e Schmitt. A obra de Mortati é analisada de forma sistêmica, com destaque para sua concepção de constituição como expressão jurídica do real, resultante das forças sociais que se estabilizam politicamente. A terceira parte da pesquisa examina como a ciência jurídica brasileira mobilizou, ainda que sem referência direta, os pressupostos da constituição em sentido material em diferentes momentos históricos, ora como justificativa para projetos autoritários, ora como fundamento da constituição dirigente no processo constituinte de 1988. A análise demonstra que a categoria "constituição em sentido material" funciona não apenas como conceito jurídico, mas como chave hermenêutica para compreender as relações entre direito, política e sociedade em contextos históricos distintos. Como resultado, a pesquisa oferece uma sistematização teórica original da obra de Mortati, identifica usos e discursos ressonantes no pensamento jurídico brasileiro e propõe um novo olhar sobre a teoria constitucional a partir da centralidade do realismo e da historicidade.



**Palavras-chave**: constituição em sentido material; Costantino Mortati; teoria constitucional; pensamento jurídico brasileiro; análise do discurso; tradução cultural.

## ABSTRACT

This research aims to reconstruct and analyze the theory of the material constitution based on the work of Costantino Mortati, and to investigate how its theoretical premises were discursively mobilized within Brazilian legal thought between 1920 and 1988. Adopting a critical approach to legal history, the methodological framework combines discourse analysis and cultural translation, allowing for a plurimethodological perspective grounded in historical, theoretical, and comparative analysis. The thesis begins by delineating the theoretical framework of the material constitution, identifying its core elements: political unity, directive function, normative structure, and effectiveness. It then examines the European intellectual environment in which this theory emerged, rooted in anti-formalism and critical responses to legal positivism, drawing on authors such as Duguit, Hauriou, Gierke, Romano, Smend, Heller, and Schmitt. Mortati's work is analyzed in depth, emphasizing his conception of the constitution as a legal expression of political and social reality, shaped by the stabilizing dynamics of power within society. The final section investigates how Brazilian legal scholars, even without directly referencing Mortati, engaged with similar conceptual elements in different historical contexts—sometimes to justify authoritarian state projects, and later as the foundation for a transformative constitutional model during the 1988 constituent process. The study concludes that the notion of a material constitution operates not only as a legal concept but also as a hermeneutic tool to analyze the interplay between law, politics, and society. The research contributes an original theoretical systematization of Mortati's work, identifies resonant uses and discourses in Brazilian legal thought, and proposes a renewed perspective on constitutional theory anchored in realism and historical contextualization.



**Keywords**: material constitution; Costantino Mortati; constitutional theory; Brazilian legal thought; discourse analysis; cultural translation.

## RIASSUNTO

La presente ricerca si propone di ricostruire e analizzare la teoria della costituzione in senso materiale a partire dall'opera di Costantino Mortati, e di indagare in che modo i suoi presupposti teorici siano stati mobilitati discorsivamente nel pensiero giuridico brasiliano tra il 1920 e il 1988. Adottando un approccio critico alla storia del diritto, la metodologia combina l'analisi del discorso e la traduzione culturale, offrendo così una prospettiva plurimetodologica fondata su analisi storiche, teoriche e comparate. La tesi inizia con la delimitazione della teoria della costituzione in senso materiale, identificandone gli elementi strutturali principali: unità politica, funzione direttiva, struttura normativa ed effettività. Successivamente, si esamina il contesto intellettuale europeo in cui tale teoria è sorta, segnato dall'antiformalismo e dalla critica al positivismo giuridico, attraverso l'opera di autori come Duguit, Hauriou, Gierke, Romano, Smend, Heller e Schmitt. L'opera di Mortati è analizzata in profondità, con particolare attenzione alla sua concezione della costituzione come espressione giuridica del reale, risultante dalle dinamiche sociali stabilizzate politicamente. Nella parte finale, si analizza come il pensiero giuridico brasiliano abbia mobilitato, anche senza riferimenti espliciti, elementi concettuali affini in diversi momenti storici—talvolta per giustificare progetti autoritari, talvolta come base per un modello costituzionale dirigente nel processo costituente del 1988. La ricerca conclude che la nozione di costituzione materiale non opera soltanto come concetto giuridico, ma anche come strumento ermeneutico per comprendere l'interrelazione tra diritto, politica e società. Il lavoro offre una sistematizzazione teorica originale dell'opera di Mortati, individua usi e discorsi affini nel pensiero giuridico brasiliano e propone una rinnovata prospettiva sulla teoria costituzionale, fondata sul realismo e sulla storicizzazione.

**Keywords**: costituzione materiale; Costantino Mortati; teoria costituzionale; pensiero giuridico brasiliano; analisi del discorso; traduzione culturale.

# SUMÁRIO

**1. PROLEGÔMENOS: PRESSUPOSTOS INTRODUTÓRIOS À INVESTIGAÇÃO DE UMA "TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL" ..... 15**
1.1. ASPECTOS ESTRUTURAIS ORIENTADORES DA PESQUISA ..... 15
1.2. PREMISSA METODOLÓGICA: HISTÓRIA CONSTITUCIONAL A PARTIR DO VIÉS CRÍTICO 25
*1.2.1. Tradução cultural: A história enquanto tradução e a tradução cultural como ferramenta metodológica* ..... 30
*1.2.2. Aplicação da análise do discurso à história das ideias políticas* ..... 39
1.3. DELINEAMENTOS DO MARCO TEÓRICO: CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL A PARTIR DE CONSTANTINO MORTATI. ..... 51

**2 A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL: USOS E DISCURSOS NO CONTEXTO EUROPEU ..... 60**
2.1. A MATERIALIDADE DA CONSTITUIÇÃO E O AMBIENTE CRÍTICO AO FORMALISMO JURÍDICO: PRECEDENTES TEÓRICOS ..... 60
*2.1.1. Os fatores reais do poder em Ferdinand Lassalle: A essência da constituição* ..... 63
*2.1.2. Antiformalismo em Léon Duguit e Institucionalismo em Maurice Hauriou* ..... 73
*2.1.3. Pluralismo jurídico em Otto von Gierke e Santi Romano* ..... 87
2.2. O SURGIMENTO DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL: A DISCUSSÃO SOBRE MATERIALIDADE DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DOS ANOS 20 ..... 102
*2.2.1. A teoria integrativa de Rudolf Smend e o "espírito" da Constituição* ..... 107
*2.2.2. O "Estado social" em Hermann Heller e a totalidade da Constituição.* ..... 117
2.2.3. O realismo jurídico na teoria constitucional de Carl Schmitt ..... 127

**3. A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL EM COSTANTINO MORTATI ... 143**
3.1. PRESSUPOSTOS BIOGRÁFICOS E METODOLÓGICOS DE UM CONSTITUCIONALISTA EM TRANSIÇÃO ..... 145
3.2. UNIDADE POLÍTICA E FINALIDADE DO ESTADO: ENTRE DIALÉTICA E CENTRALIZAÇÃO ..... 159
*3.2.1. A unidade política em Mortati: crítica à fragmentação liberal e necessidade de centralização* ..... 159
*3.2.2. A função de governo como instrumento de unidade política* ..... 161
*3.2.3. A constituição material como processo de diferenciação: estabilidade e unidade política* 163
*3.2.4. Do autoritarismo ao pluralismo: transição democrática no pensamento de Mortati* 169
3.3. "PESSOA" E "COMUNIDADES INTERMEDIÁRIAS" ..... 173
*3.3.1. O papel das comunidades intermediárias na unidade política* ..... 174
*3.3.2. Participação social qualificada e a noção mortatiana de "pessoa"* ..... 175
*3.3.3. Corporativismo como mediação discursiva e unidade autoritária* ..... 179
*3.3.4. Transição democrática e pluralista das comunidades intermediárias* ..... 183
3.4. MATÉRIA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ..... 187
*3.4.1. A constituição como ordem concreta: matéria como expressão das forças sociais* 188
*3.4.2. Distinção fundamental entre "norma sulla produzione" e "norma di produzione"*. 190
*3.4.3. O princípio diretivo como núcleo integrador da matéria e função* ..... 194
*3.4.4. Funções específicas da constituição material* ..... 197
3.5. A CONSTITUIÇÃO EFETIVADA: EFICÁCIA E OPERACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO MATERIAL. ..... 200
*3.5.1. Fundamentos Teóricos da Constituição Efetivada (atuada)* ..... 200

*3.5.2. Princípio da Congruência: A Realidade como Parâmetro Constitucional* ..... 202
*3.5.3. Comentários ao art. 1º da Constituição da República: o conceito de "soberania popular" e direito de resistência* ..... 204
*3.5.4. Garantias Constitucionais e os perigos da cristalização constitucional* ..... 213
*3.5.5. Efetividade da constituição material como prática discursiva* ..... 219
3.6. CONSTITUIÇÃO MATERIAL EM DISPUTA: IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES E BASE PARA INVESTIGAÇÃO ..... 221

**4. A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 225**
4.1. PREMISSA METODOLÓGICA ..... 225
4.2. AMBIENTE INTELECTUAL DOS ANOS 20/30: ANTILIBERALISMO E A BUSCA POR UMA IDENTIDADE NACIONAL ..... 229
4.3. CONSTITUIÇÃO MATERIAL COMO INSTRUMENTO DE UNIDADE POLÍTICA E CENTRALIZAÇÃO (FUNÇÃO E COMUNIDADES INTERMEDIÁRIAS) ..... 237
*4.3.1. O problema nacional e a busca pela unidade política* ..... 238
*4.3.2. A centralização como função organizadora do Estado brasileiro em Alberto Torres* 244
4.4. CONSTITUIÇÃO MATERIAL E A SISTEMATIZAÇÃO DA CENTRALIZAÇÃO ESTATAL (COMUNIDADES INTERMEDIÁRIAS E ESTRUTURA) ..... 249
*4.4.1. A centralização e o corporativismo como práticas de reorganização social e política em Oliveira Viana* ..... 251
*4.4.2. A sistematização normativa da centralização em Francisco Campos* ..... 269
4.5. CONSTITUIÇÃO MATERIAL E IDENTIDADE NACIONAL (ELEMENTO ESPIRITUAL E "PESSOA") ..... 281
*4.5.1. A construção da identidade nacional em Alberto Torres e Oliveira Vianna* ..... 284
*4.5.2. O integralismo como radicalização da unidade espiritual: Miguel Reale e a sistematização jurídica do Estado Integral* ..... 291
4.6. CONSTITUIÇÃO MATERIAL COMO NÚCLEO VALORATIVO E ESTRUTURA NORMATIVA (MATÉRIA E EFETIVIDADE) ..... 298
*4.6.1. (In)efetividade material entre as constituições de 1946 e 1967/69* ..... 301
*4.6.2. Constituição material dirigente na Constituição Federal de 1988 (efetividade/matéria)* ..... 316

**5. À GUISA DE CONCLUSÃO: DESDOBRAMENTOS DA TECITURA VIVA DA CONSTITUIÇÃO ..... 321**

**6. REFERÊNCIAS ..... 340**
6.1. FONTES PRIMÁRIAS ..... 340
6.2. FONTES SECUNDÁRIAS ..... 346

# 1. PROLEGÔMENOS: PRESSUPOSTOS INTRODUTÓRIOS À INVESTIGAÇÃO DE UMA "TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL"

O empreendimento científico que ora iniciamos propõe o desafio teórico-metodológico de delimitação do que pode ser entendido como uma "Teoria da Constituição em Sentido Material" e a análise de sua mobilização no pensamento jurídico europeu e brasileiro. Que a materialidade constitucional é um elemento fundamental da teoria constitucional é um fato comumente replicado até mesmo por manuais de Direito, enquanto classificação "constituição material". O que trataremos nas páginas que se seguem, porém, se trata de empreitada diversa: a presente tese propõe formular o que pode ser considerado como uma Teoria da Constituição em Sentido Material, partindo do pressuposto de que a "constituição material" deve ser interpretada como algo muito mais essencial do que uma classificação constitucional em livros didáticos.

Tratamos aqui de categoria fundamental para a identificação do núcleo material da vida constitucional de uma dada sociedade. Se existe tal delimitação e através de que critérios pode ser estruturada; em quais parâmetros deve ser circunscrita, quais elementos deve mobilizar e, como pode ser utilizada enquanto dispositivo heurístico para a interpretação dos fenômenos que formam o jurídico: são estas as problemáticas que contornam e atravessam a investigação sobre a existência de uma Teoria da Constituição em Sentido Material. A partir da delimitação dessa Teoria, será analisado como seus pressupostos teóricos foram mobiliados por usos e discursos no pensamento jurídico de dois campos teóricos: Europa e Brasil. Para que estes contornos sejam claros e posicionem adequadamente a exposição do caminho metodológico que se optou por seguir, o presente capítulo introdutório cumpre o objetivo de delinear, metodologicamente, os pressupostos teóricos e instrumentais que direcionam o percurso a ser cumprido pela presente pesquisa.

## 1.1. ASPECTOS ESTRUTURAIS ORIENTADORES DA PESQUISA

A presente pesquisa se debruçará sobre o tema "Os usos e discursos que mobilizaram a categoria 'constituição em sentido material' na ciência jurídica brasileira (1920-1988)". O campo teórico contemplará os autores cujas noções se relacionam com a forma como a noção de "constituição material" foi concebida e trabalhada por Costantino Mortati, enquanto marco teórico central da pesquisa. Essa delimitação

abarcará o pensamento jurídico dos autores mencionados diretamente em sua obra, a título de concordância ou enfrentamento, mas também autores que tratam de questões, no plano substancial, afins a esta reflexão, a partir de um contexto semelhante. Eles estão divididos da seguinte forma:

i.1) Autores que permearam as origens do debate sobre a juridicização do político e o combate ao formalismo jurídico, pavimentando um ambiente intelectual que antecede o nascimento de uma teoria constitucional propriamente dita. O pensamento jurídico destes autores, a ser abordado no primeiro capítulo teórico deste trabalho, será analisado no que tange às suas análises e propostas sobre o fundamento da juridicidade além da proposta juspositivista do formalismo jurídico. São autores cuja obra e intuições compõem as primeiras reflexões que servirão de base para o desenvolvimento dos debates sobre a materialidade constitucional, sendo eles: Ferdinand Lassalle, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Otto von Gierke e Santi Romano.

i.2) Costantino Mortati, cujo pensamento jurídico será o marco teórico principal para o desenvolvimento da presente pesquisa, sobretudo com sua "Teoria da Constituição em Sentido Material". Além dele, estarão neste campo de delimitação autores cujas construções sobre teoria constitucional compõem o ambiente intelectual no qual nascem efetivamente as disputas teóricas sobre a ideia de constituição material e cujas ideias e categorias teóricas são mencionadas diretamente por Costantino Mortati a título de concordância ou enfrentamento. São autores que compõem as correntes antiformalistas alemãs e, apesar de apresentarem propostas dissonantes entre si, compõem o debate em comum, que é: a busca por um fundamento jurídico constitucional para além do formalismo jurídico, e tendo em vista elementos provenientes da sociedade, política ou cultura. São estes: Rudolf Smend, Hermann Heller e Carl Schmitt. Enquanto os autores que dialogam com Mortati serão abordados no segundo capítulo teórico desta tese, o pensamento jurídico de Costantino Mortati será abordado no terceiro capítulo teórico. A escolha se deu devido ao fato de que, entendemos que o terreno teórico deve estar pavimentado por todas as intuições que mobilizam as ideias transversais à noção de Constituição Material, para que seja possível apresentar os contornos exatos da teoria de Costantino Mortati, indicando sua originalidade e distinção em relação às construções anteriores ou contemporâneas. Devemos ressaltar que não existe a pretensão de tratar da totalidade ou muito menos dos pontos mais relevantes de toda produção intelectual desses autores, mas tão somente da parcela de suas obras que se relaciona

substancialmente com o desenvolvimento da noção de “constituição em sentido material”.

Enquanto os autores até então apresentados compõem o campo teórico europeu, um segundo campo teórico será delimitado no contexto brasileiro, que compõe o pensamento jurídico entre os anos de 1920 e 1988. A partir das categorias identificadas como relacionadas à noção de constituição em sentido material e com o delineamento da Teoria da Constituição Material e seus elementos estruturantes enquanto chaves heurísticas, se passará ao objeto principal da presente pesquisa, isto é: a análise sobre a mobilização da noção de constituição em sentido material pela ciência jurídica brasileira. Para compor o rol de autores cuja obra será objeto da investigação, serão delimitados os elementos estruturantes da constituição em sentido material, para identificar os autores que compõem o pensamento jurídico brasileiro, cujos discursos jurídicos mobilizam estes conceitos. Isso irá abranger autores no interregno que vai de 1920 a 1988. Os autores selecionados para a referida investigação são: Alberto Torres, Oliveira Vianna, Francisco Campos, Miguel Reale e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como fontes primárias centrais. De forma complementar, trataremos dos pensamentos jurídicos de Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, e Augusto Cançado Trindade. A seleção de autores levou em conta a produção do pensamento jurídico brasileiro a partir, em especial, dos anos 20, quando se inicia um período de produções locais com base no contexto brasileiro, a partir de problemas locais. Neste âmbito discursivo, será investigado como os elementos estruturantes da noção de Constituição em Sentido Material foram mobilizados, e funcionaram como enunciados discursivos, colocando em prática regimes de verdade. A seguir, veremos como o pensamento jurídico brasileiro é composto de estruturas discursivas que dialogam com os pressupostos da Constituição em Sentido Material em diferentes fases da vida política do país, até chegar ao contexto pré-constituinte.

A presente pesquisa possui plena aderência com a linha de pesquisa “Historicismo, conhecimento crítico, historicidade”, pois se enquadra na vertente da história do direito que estuda a história do pensamento jurídico e a história das ideias, analisando especificamente em ambos os âmbitos a história do direito constitucional e da história das ideias políticas. Sua originalidade consiste no fato de que não existe, até o presente momento, nenhuma obra de fôlego que trate especificamente da

Constituição em Sentido Material na literatura brasileira. A originalidade desta tese se justifica por dois critérios:

1. Conteúdo: Não há, até o momento, uma obra que analise profundamente a Constituição em Sentido Material, enquanto categoria teórica do pensamento jurídico constitucional; seja através do pensamento de Costantino Mortati, seja sua identificação no pensamento jurídico brasileiro. Apesar de existirem profícuos trabalhos sobre o pensamento jurídico brasileiro nas épocas analisadas, sobretudo o pensamento jurídico autoritário; Não há pesquisas que trabalhem o pensamento jurídico brasileiro a partir dos pressupostos teóricos da Constituição em Sentido Material, assim como não há nenhum trabalho de fôlego que aborde de maneira sistemática a obra de Costantino Mortati e sua construção teórica sobre a "Constituição em Sentido Material", com profundidade analítica e abrangência temporal significativa.
2. Metodologia: Não há, até então, na literatura jurídica brasileira, uma obra que utilize o aporte metodológico da análise do discurso e da tradução cultural para tratar da análise (e não da descrição) dos pressupostos teóricos da constitucional em sentido material, verificando a mobilização de seus usos e discursos e, ainda, em relação aos dois contextos analisados (Europa e Brasil) sua tradução cultural. A utilização das duas abordagens enquanto artifício plurimetodológico é até então inédita na literatura jurídica brasileira, o que reforça a originalidade da abordagem desta tese. De igual monta, o uso dos elementos da constituição material enquanto dispositivos heurísticos de análise, servindo tanto de objeto como de metodologia de investigação garante a originalidade da presente pesquisa.

Destarte, pela perspectiva da história do pensamento jurídico será abordada, a partir de nosso marco teórico, a teoria de Costantino Mortati sobre a constituição em sentido material, bem como o pensamento jurídico de autores brasileiros cujas obras poderão demonstrar a presença ou ausência de sua possível tradução cultural. Pela perspectiva de história das ideias e a análise do discurso, analisaremos a história dos usos e discursos que mobilizaram a ideia de "constituição material" no contexto de origem de seu termo, isto é, na ciência jurídica europeia, em especial nos autores cuja produção dialoga com a obra de Costantino Mortati. A investigação abarcará a história

do uso dessa ideia na ciência jurídica brasileira, assim como os contextos discursivos nos quais foi utilizada.

Com base no que foi colocado, cumpre identificar o problema de pesquisa, que é:

> a) Como e em que medida, foram mobilizados usos e discursos a partir dos elementos estruturantes da noção de "constituição em sentido material" no pensamento jurídico brasileiro entre 1920 e 1988, a partir da teoria de Costantino Mortati?

Para responde-lo, as seguintes hipóteses são colocadas:

**a) Hipótese geral:**

A teoria da constituição em sentido material circulou no campo teórico constitucional brasileiro através de um processo de tradução cultural em dois momentos distintos: Durante os períodos de produção constitucional autoritária, como estratégia de legitimação do rompimento das garantias formais da constituição, justificando a força política da ditadura a partir de um núcleo espiritual de valores presumidamente captados pelo governo. Posteriormente, no período democrático constituinte, com a adoção pela doutrina especializada de uma perspectiva integrativa da constituição enquanto garantidora de um núcleo material de diretrizes políticas que visam a concretização dos fins sociais do Estado e os direitos fundamentais, reconhecendo a organicidade da relação entre direito e sociedade e no papel da constituição dirigente.

**b) Hipóteses secundárias**

i) A teoria da constituição em sentido material de Costantino Mortati oferece uma resposta original à problemática da construção da orientação política e à representação política, reconhecendo necessário que o momento constituinte seja pautado em valores sociais da sociedade subjacente e que essa verossimilhança se perpetue através de mecanismos representativos que favoreçam a fiel representação dos agrupamentos sociais no aparato do Poder Público e garantam a estabilidade.

ii) Existe uma ausência em termos de menção direta ao pensamento jurídico de Costantino Mortati na literatura constitucional brasileira, sendo seu nome por vezes

negligenciado em relação àqueles citados como autores do campo de construção teórica de uma teoria material da constituição, o que não anula sua presença teórica nas categorias mobilizadas pelo pensamento jurídico brasileiro;

iii) As ideias provenientes da concepção de constituição em sentido material de foram traduzidas culturalmente no ambiente discursivo da ciência jurídica brasileira em diferentes momentos da produção intelectual constitucional. Tanto no momento de produção constitucional autoritária como na produção constitucional democrática a noção de materialidade constitucional foi mobilizada discursivamente, podendo ser identificada na visão de autores corporativistas no primeiro momento e em seguida, gerando uma noção de constituição dirigente, pautada em um núcleo material reflexivo dos valores do corpo social subjacente.

A operação de pesquisa procederá tendo como norte os seguintes objetivos:

a) **Objetivo geral:** (i) Em que consiste a teoria da constituição em sentido material no pensamento jurídico de Costantino Mortati; (ii) Quais sãos os traços distintivos de sua teoria em relação aos demais autores com o qual dialogava; (iii) Quais são as influências teóricas de outros autores no desenvolvimento de sua teoria; (iv) Quais são as categorias teóricas que objetivamente se extrai de seu pensamento jurídico sobre a constituição em sentido material. A partir daí: **Analisar os usos e discursos que mobilizaram os pressupostos teóricos da "constituição em sentido material" na ciência jurídica brasileira entre 1920 e 1988.**

b) **Objetivos específicos:**

b.1) ***Investigar*** os contornos do ambiente intelectual no qual aflorou a noção de "constituição em sentido material" através da apresentação da disputa teórica da noção de constituição na juspublicística europeia dos anos 1920 a 1950 e da formação de uma "teoria constitucional".

b.2) ***Delinear*** os pressupostos teóricos da Constituição em sentido material a partir da teoria de Costantino Mortati, estabelecendo os dispositivos heurísticos que servirão como base de investigação no pensamento jurídico brasileiro.

b.3) ***Analisar*** como o pensamento jurídico brasileiro mobilizou os pressupostos de constituição em sentido material em seus usos, discursos e práticas discursivas, a partir da tradução cultural desse dispositivo localizado histórica e localmente no ambiente intelectual brasileiro.

Passemos, então, a justificar a relevância do presente empreendimento científico, assim como, localizá-lo cientificamente. Na literatura constitucional brasileira muito se fala sobre uma teoria material da constituição. O tema foi especialmente influente no momento pré-constituíste, na formulação da nova modelagem funcional da Constituição: a constituição dirigente. O elo assecuratório da realização dos princípios democráticos no nascente momento constitucional de 1988 em muito se amarrava com a força normativa atribuída às normas programáticas da nova constituição social. A materialidade, mais do que espécie constitucional, exerceu papel de critério legitimador para a ordem jurídica que se anunciava e a teoria da constituição se tornou o campo de debate no qual se colocaram as diferentes vertentes do Estado que se planejava erigir e sua relação com o valor material das normas constitucionais. É no âmbito da materialidade que a teoria constitucional contemporânea discute e resolve uma antiga dualidade: o elo entre político e o jurídico. A materialidade da constituição é o elemento de conexão, a realização da juridicização do político em um núcleo fundamental e essencial que afasta a concepção da Constituição como um mero documento formal, buscando a definição de um conteúdo essencial constitucional.

Essa materialidade, no sentido em que foi concebida em nossa literatura constitucional, se associa com legitimidade social, com a ideia de uma constituição que não se limita a um conjunto técnico de normas formais e sim compõe um núcleo substancial e representa através de seus mecanismos a estrutura social que vem a regular, o que se materializaria através da garantia dos direitos fundamentais[2], princípios constitucionais dotados de força normativa, direitos sociais[3] e de instrumentos de representação política que perpetuassem essa legitimação. O uso do termo “constituição material” é comumente utilizado para designar esse feixe de valores fundamentais e também como uma modalidade de classificação da constituição, manifestando uma suposta dualidade entre “constituição formal” e “constituição material” em autores clássicos como José Afonso da Silva e Paulo Bonavides. É o primeiro uso o que nos interessa, uma vez que sob a égide dessa

[2] GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, p. 105-129, abr./jun. 2008. Brasília. <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf>

[3] WOLKMER, Antônio Carlos. Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil. São Paulo, Academica, 1989. 152 p.

noção teórica, a ciência jurídica delimitou diversos conteúdos políticos essenciais ao longo da história. Essa operação de identificar um núcleo valorativo essencial compõe o itinerário da teoria constitucional desde que o elemento “constituição” tomou posição central na teoria do direito.

O protagonismo da Constituição nos debates teóricos jurídico-políticos não é um fenômeno local, sendo fruto da mudança de paradigma que caracterizou a transição entre o Estado Liberal para o Estado Constitucional, elevando o status da Constituição à documental essencial e central para a vida política e jurídica dos Estados contemporâneos. O panorama teórico no qual se desenvolveu essa dinâmica envolve uma rica literatura constitucional cuja ebulição pode ser rastreada ao final do século XIX e início do século XX no eixo Alemanha - França - Itália. Nesse contexto se localiza um movimento teórico de caráter antiformalista que, abarcando diferentes vertentes teóricas, trazia como elemento em comum a negação do positivismo jurídico e o reconhecimento da indissociabilidade entre Estado, sociedade e Direito, vindo a constituinte a representar um momento integrativo entre estas dimensões. É nesse campo de debate que se localiza nosso marco teórico.

Costantino Mortati foi o responsável pela elaboração de conceitos essenciais para a compreensão e o estudo da democracia, representatividade, forma de governo e constituição ao longo do Século XX. Sua influência repercute em todo o mundo, em especial através de um de seus conceitos mais celebrados, o de *constituição material.* Não obstante, é um autor praticamente desconhecido no Brasil, havendo pouca literatura especializada a respeito. A construção sobre a “constituição material” do ponto de vista semântico não é originariamente sua, mas o autor é detentor da originalidade pelo seu conteúdo, devido a forma como delineou esta categoria enquanto a teoria e a usou para mobilizar diferentes discussões sobre sua repercussão prática e teórica na orientação política do Estado e em sua relação com a ordem social subjacente justificam nossa escolha para que seja o marco teórico da presente pesquisa. Não obstante no contexto brasileiro a discussão sobre a materialidade da constituição tenha tomado espaço e conquistado foco teórico sobretudo em relação ao contexto constituinte, curiosamente pouco se escuta falar no pensador jurídico ao qual se deve um dos tratamentos mais complexos e completos dessa noção: Costantino Mortati, que a sedimentou em sua obra de 1940, intitulada “A constituição em sentido material”.

A presente pesquisa inova no estado da arte, uma vez que não existem obras que trabalhem a tradução cultural da teoria da constituição em sentido material pela cultura jurídica brasileira. O autor, em si, é escassamente estudado em território nacional e embora sejam localizáveis três produções que trabalhem respectivamente seu conceito de "função de governo"[4], sua noção de democracia[5] e sua "teoria dos partidos políticos"[6] - sendo os dois últimos de autoria desta autora - não há ainda um trabalho de fôlego que aborde especificamente sua teoria mais célebre (A Teoria da Constituição em Sentido Material) com profundidade analítica e metodológica; tampouco que analise o quanto de seus pressupostos metodológicos repercutiram no relevante debate sobre a teoria constitucional e seus reflexos na constituinte de 1988. De mesma monta, a escolha de ferramenta "tradução cultural" como mecanismo metodológico de análise da circulação dessas ideias na ciência jurídica brasileira é operação ainda pouco utilizada na literatura jurídica brasileira.

Ademais, a noção de materialidade da constituição em si, em que pese ganhe cada vez mais relevância em discussões sobre a teoria constitucional[7], em especial quando se fala sobre o papel do bloco de constitucionalidade[8] e direitos e garantias individuais, não é, até o presente momento, tema enfrentado sob o ponto de vista da história do direito. Há traduções, como é o caso do relevante ensaio de Goldoni e Wilkison[9] ou textos de aspecto geral sobre teoria constitucional que agrupam alguns dos autores ora mencionados[10]. Não obstante, é uma categoria elástica e relevante

---

[4] CANTELI, Thayrine Paôla. Função de governo e "Constituição material": construções mortatianas nas obras de Alberto Torres e Francisco Campos (1889-1945). Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

[5] MOREIRA GOUVEIA, Kristal. Democracia e representação política no pós-autoritarismo italiano: A noção de "partidos políticos" de Costantino Mortati nos embates da experiência constituinte de 1948. 2020. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Orientação por Arno Dal Ri Jr. - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

[6] MOREIRA GOUVEIA, Kristal. A teoria dos Partidos Políticos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2021.

[7] BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Cultura constitucional. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2016; GALINDO, B. Teoria Intercultural da Constituição: a transformação
paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosur. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 308 p. 2006;

[8] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1685 p.

[9] GOLDONI, Marco; WILKINSON, Michael. Introdução à constituição material. Tradução Jairo Néia Lima. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 265-299, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284.

[10] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978 | Revista brasileira de estudos políticos, n. 47, p. 7-47, jul. 1978 | Revista jurídica, Porto Alegre, n. 93/94, p. 60-87, 1980; ROSENFIELD, L. Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945). 2019. 249 p. Tese

em diferentes momentos da vida constituição da ciência jurídica brasileira, o que faz de sua investigação tema de acentuado interesse sob o ponto de vista dos usos e discursos das categorias jurídicas. Sendo assim, a relevância da presente pesquisa justifica pela importância que conteúdo teórico pesquisado exerce em relação à compreensão da ordem jurídica constitucional e seu potencial de inovação se verifica-tanto em âmbito teórico como metodológico, demonstrando originalidade em relação ao estado da arte.

O tema abordado reflete em todas as esferas que compõem a vida constitucional da sociedade: econômica, social, política e jurídica pois analisa e diz respeito às próprias raízes do processo constituinte que institui a estrutura estatal na qual vivemos: suas influências, as teorias que o moldaram, como foram interpretadas e operacionalizadas. Tendo em vista se tratar de um trabalho de história do direito, se saliente que o papel do historiador do direito não é promover mudanças ou apresentar propostas e sim funcionar como consciência crítica do operador do direito[11] de modo a relativizar os dogmas jurídicos frequentemente adotados como verdades absolutas pela técnica jurídica. Sendo assim, uma pesquisa que busca desconstruir as escolhas constituintes sobre mecanismos vitais para a vida política do país como a representação e a função normativa da constituição, por meio da compreensão de como estes institutos podem ter traduzido culturalmente e ressignificado a teoria da constituição em sentido material é uma pesquisa que reflete criticamente em uma abordagem social, política e jurídica da sociedade.

Ademais, a transmissão de teorias, leis e conteúdos jurídicos entre a Europa e a América Latina é um tema do qual a história do direito e o direito comparado lançam mão com vistas a compreender os processos históricos de formação de nossa cultura jurídica, afastando uma visão de que somos meros reprodutores de direito estrangeiro e apreendendo quais foram os trajetos culturais através dos quais a literatura jurídica brasileira recepcionou e ressignificou institutos e teorias jurídicas de acordo com seu próprio contexto social. Essa natureza de análise é central nos processos criativos do direito no Brasil, e faz parte de um âmbito de compreensão da formação da cultura

(Doutorado em Direito) - Universidade Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2019.

[11] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Tradução por Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

jurídica em países muitas vezes tidos como periféricos em relação ao centro de produção jurídica europeia.

A pesquisa possui alto potencial de inserção no panorama científico internacional da história do direito, uma vez que aborda vertente atualmente bastante explorada internacionalmente que é a formação e transmissão da cultura jurídica entre eixo Europa - América Latina. O tema, inclusive, foi objeto da publicação multinacional *"The Formation and Transmission of Western Lega*l" (2016, Pihlajamäki, Dauchy, Musson, Wijffels, Martyn) e é objeto de projetos e de acordos de cooperação entre grupos de pesquisa de universidades brasileiras e europeias que estudam exatamente a circulação de livros e apropriação de teorias europeias pela cultura jurídica brasileira.

O processo de apropriação do direito europeu pela América Latina é um fenômeno que remonta às origens da formação de nossa cultura jurídica e toma protagonismo científico ao passo que o panorama do decolonialismo enfatizou em âmbito global a importância do aprofundamento nas raízes históricas e formativas da tradição jurídica de países periféricos. Essa abordagem de direito comparado tem sido ativamente pesquisada e desenvolvida em renomados centros e programas de pesquisa em história do direito como o Max-Planck-Institut (Alemanha) que tratou precisamente dessa temática na *Summer Academy* do ano de 2020, cujo tema era *"Law in text and context"*. Ademais, devido ao próprio objeto em si da pesquisa tratar de tema essencialmente multicultural e transnacional, e tendo em vista as últimas tendências da história do direito em âmbito internacional pugnarem pelo desenvolvimento de projetos que objetivem a investigação sobre a formação de relações culturais e da transmissão de cultura jurídica no eixo Europa - América Latina, se acredita que existe um forte potencial de inserção da presente pesquisa em projetos internacionais.

## 1.2. PREMISSA METODOLÓGICA: HISTÓRIA CONSTITUCIONAL A PARTIR DO VIÉS CRÍTICO

Andrei Koerner, em seu ensaio "Sobre a história constitucional", discorre sobre três diferentes modos de fazer história do direito constitucional. Enquanto a

primeira se volta à "conjunção do texto, das doutrinas e das instituições políticas"[12] e a segunda adota a epistemologia positivista com a pretensão de neutralizar a posição do historiador, a terceira se fundamenta em um viés crítico sobre os paradigmas tradicionalmente replicados. A crítica se dá a partir da problematização da premissa histórica que tem guiado um certo modo de fazer história constitucional[13]: Partindo de um olhar europeu e considerando as demais regiões globais como "não Europa", espaços de recepção de suas teorias, normas ou modelos jurídicos. Em contraposição, o viés crítico afirma o pluralismo teórico-metodológico e leva em conta o elo entre a história constitucional e os campos sociais e políticos a ponto de traçar fronteiras tão tênues com as demais disciplinas, que com elas quase se confundem.

O liame entre história constitucional e história social e política se faz na premissa de que os conceitos, categorias e ideias constitucionais, presentes tanto na ciência jurídica constitucional como nas próprias constituições, não existem dissociados dos atores políticos que os mobilizam[14]. Nessa toada, Grotke e Prutsch desenvolveram estudos sobre a transmissão de ideias e normas jurídicas no século XIX em sua obra de 2014 *"Constitutionalism, Legitimacy, and Power - Nineteenth Century Experiences"*[15]. Suas análises enfocaram como o uso de conceitos e categorias constitucionais atuou no processo de legitimação ou crítica de certas visões de mundo a partir de sua articulação pelas narrativas constitucionais de que se utilizaram os agentes políticos. Nesse sentido, Koerner, ao explanar os fundamentos do modo crítico de fazer história constitucional:

> Os conceitos são plataformas com as quais os atores políticos podem promover seus projetos ou contestar os projetos de outros. Mas, como os usos têm distintas consequências distributivas, eles indagaram quem ganha e quem perde com eles. Desse modo, puderam verificar as maneiras como

[12] KOERNER, Andrei. Sobre história constitucional. In; Estudos Históricos Rio de Janeiro, vol. 29, no 58, p. 525-540, maio-agosto 2016. P. 237. Disponível em https://www.scielo.br/j/eh/a/8LKzzDB7gwSFd7cj7zQFMwh/?format=pdf

[13] Duve (2014) menciona como autores a repercutirem essa tendência Helmut Coing, Franz Wieacker, Harold Berman, Peter Stein, Manlio Bellomo, Paolo Prodi, ao colocarem a história jurídica da Europa como um padrão de "tradição legal". Para Duve, esses autores tendem a enfatizar os "avanços" criados pela tradição jurídica europeia. "'Europe', as it is emphasized today not least in intercultural dialogue, or 'the West' have produced a wide range of cultural achievements that spread around the world - the rule of law, human rights, the differentiation between the realms of law and religion, codification techniques, etc." DUVE, Thomas. European Legal History - Concepts, Methods, Challenges. In: DUVE, Thomas (Ed.). Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014.

[14] BURKE, Peter. History as social memory. In: BUTLER, Thomas (ed.). Memory: history, culture and the mind. Oxford: Blackwell, 1989. p. 97-113.

[15] GROTKE, Kelly; PRUTSCH, Markus (orgs.). Constitutionalism, legitimacy, and power - Nineteenth-century experiences. Oxford: Oxford UP, 2014.

> os conceitos operam como legitimadores e também como críticos do mundo, e como os conflitos no mundo puderam ser articulados em termos de entendimentos hegemônicos e contra-hegemônicos de conceitos singulares. (KOERNER, 2016, p. 536).

Essa perspectiva se configura como uma terceira forma de fazer história constitucional e substitui a noção convencional de teoria jurídica, que toma o direito como objeto abstrato e atemporal. Ao contrário, sob a análise crítica da história constitucional, a conexão entre os conceitos, categorias e ideias e os aspectos culturais e sociopolíticos subjacentes forma uma relação de uso e discurso. Partimos do pressuposto de que não há conceito ou norma em si mesmo, devendo a análise considerar o contexto discursivo em que foi utilizado: A quais narrativas favoreceu? A quais sistemas foi fundamental como crítica ou legitimação? Essas perguntas buscam contextualizar o uso de um conceito ou categoria no seu tempo, em vez de obter seu conteúdo formal e abstrato. Afinal, para Koerner, “os conceitos, normas e sistemas jurídicos são analisados do ponto de vista dos seus usos políticos ou da sua inscrição nas normatividades sociais"[16].

Decorrem quatro consequências que se fazem úteis à presente pesquisa. A primeira é a relativização da singularidade do direito europeu. Tendo em vista a noção de “espaços jurídicos” desenvolvida por Thomas Duve, a quem Koerner indica como um dos expoentes da via crítica da história do direito constitucional, se busca reajustar o ângulo de observação sobre os fenômenos globais de circulação de normas, conceitos e modelos jurídicos, em especial aqueles cuja origem remonta ao debate constitucional europeu e que passam a fazer parte do breviário teórico da doutrina constitucional brasileira, como é o caso da “constituição material”. Para Thomas Duve[17], assim como a Europa é um espaço jurídico de natureza global, existem outros espaços jurídicos globais que com ela dialogam e entre si, promovendo seus próprios usos e discursos, rompendo com a prévia concepção de papéis ativo e passivo entre “transmissor” e “receptor”.

A definição de espaços jurídicos - ou do original, “*legal spaces*” - não é simples. Duve ressalta que não depende de uma delimitação geográfica ou cronológica em específico e não se referem à delimitação de uma pesquisa, e sim ao

---

[16] KOERNER, op.cit. p. 536.

[17] DUVE, Thomas (org.). Entanglements in legal history: conceptual approaches. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014; DUVE, Thomas. Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity. Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series No. 2022-16. 2022. P. 57

seu resultado. Falar de um espaço jurídico indica reconhecer um fenômeno histórico de interlocução que cria bases jurídicas comuns em determinado aspecto, usando como exemplo o espaço jurídico formado pela monarquia espanhola ou aquele formado pelo direito canônico. Pode haver ainda espaços jurídicos que não estão relacionados a uma delimitação de soberania, e a formação desses é, para o autor, objeto necessário à pesquisa na história do direito.

> Não são menos complexos os espaços jurídicos que não se formaram por causa de uma interconexão imperial, mas sim por meio de uma troca específica, muitas vezes coincidente ou temporária — por exemplo, no âmbito de determinadas redes comerciais que geram regras para o tráfego de mercadorias, ou de comunidades de discurso que podem ser observadas na Europa nos séculos XIX e XX, entre países do sul da Europa e da América Latina ou em outras regiões. Deve ser uma tarefa particularmente importante para a pesquisa em história do direito refletir sobre essa formação de espaços jurídicos ligados a processos de comunicação cada vez mais intensos, investigar diferentes conceitos de área e torna-los produtivos para a história do direito.[18]

É partindo dessa noção que traçamos a hipótese de um espaço jurídico formado pela interlocução de categorias constitucionais entre Europa e Brasil, por meio da ciência jurídica produzida em ambos - cada um, um espaço jurídico em si mesmo. Essa é a primeira consequência da abordagem adotada. Nesse mesmo sentido, a segunda consequência é a adoção da ferramenta metodológica da "tradução cultural" como meio de compreender os processos de transmissão fora da atribuição de uma suposta passividade ao país de "chegada", levando em consideração as construções próprias realizadas nos demais espaços globais a partir daquele conceito ou categoria incorporado à sua ciência jurídica, como é o caso da ciência jurídica brasileira, o que buscamos propor, de acordo com a chegada e ressignificação da categoria referente à materialidade da constituição. A terceira consequência do viés crítico é o deslocamento do foco da análise do conhecimento produzido, como entidade descontextualizada, objetiva e abstrata para os usos e discursos que se faz dele: sejam normas, livros jurídicos, debates legais, todos esses

[18] Tradução do original: "No less complex are legal spaces which did not form because of imperial interconnection, but through a specific, often coincidental or temporary exchange - for example in the field of certain trading networks which generate rules for the traffic of goods, or of discourse communities which are observable in Europe in the nineteenth and twentieth century, between southern European and Latin American countries or in other regions. It should be a particularly important task for legal history research to reflect on this formation of legal spaces connected with increasingly intensive communication processes, investigate different area concepts and make them productive for legal history." In: DUVE, Thomas (org.). Entanglements in legal history: conceptual approaches. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014.

conteúdos foram mobilizados em um momento historicamente situado pelos atores sociopolíticos responsáveis por sua produção e circulação. Segundo Thomas Duve, essa é uma consequência da compreensão do direito enquanto produto culturalmente construído:

> Essa compreensão cultural do direito como algo construído implica necessariamente que a análise histórica do fenômeno jurídico deve concentrar-se nos atores. Isso remete ao conhecimento por eles detido, entendido em sentido amplo: quando esses atores produzem enunciados normativos (uma sentença judicial, um livro, um parecer jurídico etc.), fazem isso com o auxílio do conhecimento de que dispõem: saberes sobre como proceder, sobre o bem e o mal, sobre o quadro jurídico existente, sobre as pessoas e os problemas envolvidos, sobre as relações de poder etc.[19]

Os sujeitos que enunciam as mensagens passam a ser foco relevante da pesquisa sobre o conteúdo da mensagem em si. Portanto, se analisamos a forma como se desenvolveu a noção de constituição em sentido material, será preciso compreender em que contexto sociopolítico e sobretudo, ideológico, estavam imersos os atores que mobilizaram essa noção na construção da ciência jurídica do interregno selecionado. Por fim, temos a consequência de ver fronteiras disciplinares tênues a partir dessa forma de fazer história constitucional[20]. Levar em consideração elementos que, para outras vertentes, seriam considerados extrajurídicos, gera um ponto de contato íntimo entre história do direito, história social e história das ideias políticas, além de outras áreas como a ciência política e a linguística que, não podem se confundir com o objeto de investigação, mas podem oferecer instrumentos

---

[19] Do original, “This cultural understanding of law as something constructed necessarily means that legal historical analysis has to focus on the actors. This leads to their knowledge, understood in a wide sense: when these actors produce normative statements (a court sentence, a book, a legal opinion, etc.), they are doing this with the help of the knowledge that is at their disposal: knowledge about how to proceed, about the good and the bad, about the existing legal framework, about the persons and problems involved, about power relations, etc.”. Em: DUVE, Thomas (org.). Entanglements in legal history: conceptual approaches. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014; DUVE, Thomas. Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity. Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series No. 2022-16. 2022.

[20] Para Duve (2022), tratar da história do direito sob uma perspectiva global implica em buscar aparato metodológico em outras disciplinas. Segundo o autor: “In our aim to develop a sound methodology for doing (global) legal history, we have been drawing on professional expertise from neighboring disciplines. I firmly believe that we are obliged to do so, not because of any general preference for “interdisciplinary” approaches (which are always difficult), but for the sake of our own discipline and its methods.” (2022, p. 1). A desdisciplinarização já tem fecunda defesa na história do direito. Sobre isso, Sbriccoli (2019, p. 298): “Pequenos passos em direção a uma moderada e atenta dedisciplinarização são a condição para que nos façamos compreender melhor pelos outros historiadores, a premissa para que nos abramos melhor ao entendimento daquilo que fazem os outros e, algo que tem lá o seu peso, são a circunstância necessária para criar, no interior dos nossos temas de trabalho e objetos de estudo, o espaço necessário para o ingresso de novos problemas historiográficos novos temas fecundos, novos objetos de pesquisa.”. Ainda nesse sentido, Foucault (1981), de quem trataremos a seguir.

metodológicos interessantes para dele se aproximarem. Essa aproximação nos permite a tomada por empréstimo de uma metodologia de campo afim do conhecimento, a análise do discurso, em que pese não seja uma estratégia nova[21].

A partir de seu uso será possível tomar as categorias jurídicas analisadas como enunciados discursivos e investigar como os atores sociais que compuseram a ciência jurídica brasileira no interregno delimitado mobilizaram a categoria "constituição material" a partir de seus próprios contextos discursivos. A seguir, convém delimitar as ferramentas selecionadas para esse modo específico de "fazer" história constitucional, indicando como e em que medida será utilizada a tradução cultural como aporte metodológico e, em especial, a análise do discurso na perspectiva da história das ideias.

### *1.2.1. Tradução cultural: A história enquanto tradução e a tradução cultural como ferramenta metodológica*

A investigação a ser empreendida nas seguintes páginas adota em seu *corpus* de ferramentas metodológicas a perspectiva da "tradução cultural" enquanto conceito heurístico aplicável ao campo da história jurídica. Partindo da constatação de que a história do direito é um "constante, diacrônico e sincrônico processo de tradução"[22], as próximas linhas se dedicarão a explanar como e em que medida o conceito ora apresentado servirá aos propósitos da presente pesquisa. A defesa da tradução cultural enquanto ferramenta metodológica aplicável em investigações das ciências das humanidades como a história do direito tem sido solidificada a partir da linha de pensamento conduzida por Thomas Duve (2014; 2017; 2021; 2022). Apresentando-a como conceito heurístico, apto a romper a binariedade[23] entre história do direito europeu e direito não europeu o autor tem sido responsável por conduzir

[21] A análise do discurso aplicada ao discurso jurídico é metodologia em franca ascensão nas pesquisas jurídicas, tanto na história do direito como na teoria. Para mencionar alguns exemplos de pesquisas que optaram por esta metodologia: BARBOSA e SANTOS, 2016; COLARES, 2014; SIMIONI e GUIMARÃES, 2019; LISOWISKI, 2009; BARBOSA e SOUZA, 2012.

[22] DUVE, Thomas. European Legal History - Concepts, Methods, Challenges. In: DUVE, Thomas (Ed.). Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 29-66. P. 32.

[23] Sobre a binariedade que marca, há décadas, uma perspectiva eurocêntrica de pesquisa na história do direito, Thomas Duve (2014, pp. 36-37): "This perspective also keeps yielding formulations to the effect that 'European law' had "spread" across the globe, that Roman law had "conquered" the world - a semantics likely to be employed quite innocently, but which does not only hide sometimes cruel realities, but, from the analytical point of view, reinforces the image of the unity of a European legal culture by juxtaposing 'in-' and 'outside'. an example for the 'not-yet'".

investigações de história do direito e de direito comparado a partir da premissa de que a “tradução cultural” é uma alternativa metodológica apta à produção de uma história do direito decolonial, atenta ao protagonismo dos contextos “receptores” de ideias jurídicas originárias na Europa, em ressignificar e interpretar essas noções a partir de sua própria complexidade de atores, discursos e eventos. Thomas Duve desenvolve suas ideias a partir de um sentido de “tradução” oriundo dos estudos de "tradução cultural" de Burke, adotando-a como ferramenta metodológica a ser utilizada na história do direito[24]. Peter Burke, responsável por fazer o elo entre os estudos da tradução do ponto de vista da linguística, perpassa o subtexto antropológico e apresenta seu potencial intercultural na observância da passagem de ideias, institutos e fenômenos de um contexto ao outro. Um processo de tradução, a tradução cultural.

Peter Burke foi o responsável, ainda por expandir a amplitude do termo “tradução” para a história, ao associar a interpretação do passado feita pelo historiador a um fenômeno, em certa medida, é uma espécie de tradução. Afinal, “*if the past is a foreign country, as some scholars like to say, then historians may be regarded as translators between past and present”*[25]*.* Essa premissa encontra respaldo em grandes nomes da história do direito como o saudoso Michael Stolleis. Segundo o autor, em seu essencial escrito “Escrevendo história do direito”, ao falar sobre o resultado do ofício do historiador:

> Os resultados devem ser “traduzidos”. Nós não podemos nos desviar disso citando apenas fontes originais; devemos, ao contrário, torna-los “dizíveis” em nossa língua, mesmo havendo naturalmente o risco de muda-los para a língua política atual e de sugerir analogias equivocadas.[26]

Nesse sentido, a tradução, a seu ver, seria muito similar à antropologia: Um traslado entre culturas, pautada em uma operação interpretativa de ressignificação a partir das diferentes circunstâncias que permeiam o contexto de origem e o contexto de chegada. Para designar esse processo, o autor toma de empréstimo a expressão “tradução cultural”, cuja originalidade atribui a antropólogos do círculo de Edward Evans-Pritchard, como a operação desenvolvida em encontros de grupos

---

[24] BURKE, Peter. Cultures of Translation in Early Modern Europe. In: BURKE, Peter, HSIA, Ronnie Po-Chia (Eds.). Cultural Translation in Early Modern Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 07-38

[25] A esse respeito, ver também: BURKE, Peter. Lost (and Found) in Translation: A Cultural History of Translators and Translating in Early Modern Europe.In: European Review. - Cambridge University Press. - Vol. 15.2007, 01, p. 83-94.

[26] STOLLEIS, Michael. Escrever história do Direito: reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020.

culturalmente distintos em que cada um dos lados busca compreender e assimilar as ações do outro. Da atividade linguística ao exercício antropológico de assimilação entre diferentes culturas, ganha contornos a noção de “tradução cultural” em Burke. Antropologia, tradução e história carregam em comum a delicada operação de contato e interpretação em relação ao “outro”. A associação não é nova e já foi enfrentada na própria história do direito com maestria por Pietro Costa, que compara o ofício do historiador do direito a um viajante no tempo e também a um antropólogo. Segundo o autor italiano:

> Apresentam-se ao antropólogo os mesmos desafios que o historiador enfrenta: a impossibilidade de sair de fora de si mesmo, o seu integral radicar-se na sociedade do seu presente e ao mesmo tempo a aposta de entender normas, usos, formas de vida profundamente diferentes e distantes[27].

Como afirma Maurizio Fioravanti, a viagem do presente ao passado realizada pelo historiador já denota um exercício de tradução[28], com cuidados metodológicos a serem devidamente observados para evitar distorções e apropriações históricas[29], também a passagem de ideias de um ambiente intelectual a outro, visto sob a perspectiva histórica denota em uma série de cuidados que devem permear seu processo de “tradução”. Conforme indica Gustavo Machado, o significado da "tradução" sob a luz do aspecto cultural e sobretudo, jurídico, é mais amplo do que a atividade de construir a versão de um texto de uma língua para outra[30]. Se trata da "introdução e a necessária adaptação de estilos de pensamento a contextos políticos, econômicos e institucionais distintos do originário.". Flores e Machado destacam a distinção da "tradução linguística dos textos jurídicos estrangeiros e a noção mais controversa de tradução como empregada por várias áreas das ciências sociais contemporaneamente". A proposta da aplicação do conceito de Burke por Duve é ir além da análise do translado de elementos linguísticos e fraseológicos de linguagem

[27] COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios da história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2011. P. 77.
[28] FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo e história do pensamento jurídico. In: SUANZES-CARPEGNA, Joaquín V. (org.). Historia e historiografía constitucionales - Entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenforde, Michel Troper, Maurice J. C. Vile, Maurizio Fioravanti. Madrid: Ed. Trotta, 2015, p. 83-108.
[29] Sobre as aproximações entre a atividade do antropólogo e do historiador em Pietro Costa, ver: COSTA, P. Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodologica. Historia Constitucional, n. 6, p. 78-89, 1 jan. 2005.
[30] MACHADO, Gustavo Castagna. Novas abordagens ao método da História do Direito. 2016.

e considerar as questões que afetam ativamente na ressignificação de textos e ideias jurídica quando da passagem de um ambiente cultural a outro.

Cumpre evidenciar que não é objeto da presente pesquisa a tradução em seu sentido linguístico dos termos jurídicos. De acordo com as lições de Pietro Costa, pretendemos partir de uma noção de "constituição material" como um "saco vazio"[31], que pode vir a ser preenchido de diferentes significados ao longo da pesquisa e, inclusive, diferentes nomes. O resultado da verificação sobre as possibilidades linguísticas e, em especial, sobre a estrutura argumentativa que condiz ao que buscamos investigar como "constituição em sentido material" comporá o final do segundo capítulo, quando finalizada a análise do tratamento do tema no contexto de origem, será possível formar um campo lexical como parâmetro para a pesquisa no contexto de chegada.

Não se deixa de considerar, porém, que a tradução dos termos jurídicos em si é fenômeno de relevante interesse à pesquisa[32], sendo informativo observar quais palavras são escolhidas para traduzir determinadas ideias, normas, conceitos e termos de uma língua estrangeira[33]. Segundo Thiago Reis, esse tipo de investigação abrange a adaptação que ocorre na passagem de ideias de um contexto ao outro tendo em vista as circunstâncias políticas, econômicas e institucionais que delimitam e dão sentido a esses enunciados tanto na origem como no destino[34]. Se trata, portanto, da verificação de um contexto, para além de um elemento em abstrato, descontextualizado da atribuição de sentido que o seu uso lhe dá. Segundo Machado e Flores:

---

[31] Para Pietro Costa, as categorias pesquisadas devem servir apenas como uma base delimitadora em relação à pesquisa que se busca empreender ao passado, mas nunca como uma prisão linguística. Segundo o auto rem seu ensaio supramencionado "Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodológica" (2005): Le categorie concettuali usate dall'antropologo devono essere 'sacchi vuoti', devono essere il più possibile aperte e indeterminate per raccogliere dalla ricerca sul campo il maggior numero possibile di contenuti. Esiste insomma un rapporto di proporzione inversa fra la densità contenutistica di un concetto e la sua efficacia metalinguistica, ermeneutica".

[32] A esse respeito, é cabível remeter a: ECO, Umberto. Quase a mesma coisa. Experiências de tradução. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2007.

[33] Sobre as associações entre a tradução jurídica e a metodologia comparativa aplicada ao direito, consultar HENDRY, Jennifer. "Legal comparison and the (im)possibility of legal translation", in Comparative Law - Engaging Translation, ed. Simone Glanert (Oxon and New York: Routledge, 2014), 87-103. Para a autora, a tradução de termos jurídicos é impossível por natureza, mostrando um desenvolvimento da teoria da tradução (para a qual, traduções são interpretações dada a impossibilidade de encontrar um correspondente exato em outra língua, dado tratar-se de um produto cultural) aplicado à história do direito.

[34] REIS, Thiago. Savigny-Leser in Brasilien um die Mitte des 19. Jahrhunderts. In: DUVE, Thomas; RÜCKERT, Joachim (Eds.) Savigny international? Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2014, p. 01-40.

> Nesse sentido, o ponto de partida é constituído não por linhas evolutivas ou metanarrativas atemporais, e sim por argumentações concretas que se articulam num horizonte discursivo específico. Pressupõe-se, com isso, uma determinada configuração dos atores que por meio de argumentos conduzem a uma reconstrução interna dos pressupostos normativos do contexto local em que ocorre a tradução, que passa a assumir uma dinâmica própria."[35]

A aplicação da tradução cultural ao direito, por sua vez, aparece na proposta de Duve como ferramenta metodológica necessária a uma história do direito trabalhada a partir de uma perspectiva global, capaz de renovar a prévia binariedade entre "história do direito europeia" e "história do direito não europeia". Essa dicotomia, tradicionalmente responsável por respaldar estudos de "transplante legal"[36], como afirma Maximo Langer, é baseada na premissa de que tradição jurídica europeia "espalhou-se" de territórios europeus para os territórios não-europeus. A imagem construída pela figura do "espalhar-se", segundo Duve é a de passiva recepção da cultura jurídica europeia por outros espaços globais, como os territórios colonizados por países europeus, reforçando a hegemonia jurídico-cultural atribuída aos sistemas legais e normativos desenvolvidos em território europeu. Essa operação, que ao longo do tempo foi discursivamente reforçada pela ideia de europeização dos territórios periféricos"[37] baliza conceitos como "recepção", "transferência", "transplante". É um reducionismo que desconsidera os processos próprios de construção crítica de povos como os latino americanos e ignora a perspectiva global das interconexões através das quais ideias jurídicas são mais do que transplantadas, mas traduzidas culturalmente. Segundo o autor:

---

[35] ALFREDO; MACHADO, G. C. Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de história do direito. História e cultura. Franca: PPGH/Unesp, 2015. Vol. 4, (dez. 2015), p. 118-139. P. 120.

[36] LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 01-64, 2004.

[37] Exemplo é o ensaio 'Europe also includes Latin America! de Bucher, 2004. A dualidade entre "Europa" e não "Europa", porém, tem raízes mais antigas e sólidas. A ideia de um direito público europeu "padrão" pode ser encontrada de forma minudenciada na noção Schmittiana de "ius publicum europeau" desenvolvida em sua obra O nomos da terra (SCHMITT, 1950). O direito público europeu, a seu ver, foi constituído a partir do fim das guerras cristãs, com a delimitação de soberania entre os Estados e a divisão do mundo em territórios Europeus e não Europeus. Essa específica ordenação jurídica, associada a uma ordenação espacial, estruturava-se na seguinte distribuição territorial, para o autor: espaços europeus (estados territoriais e soberanos, praticantes da guerra delimitada) e espaços não europeus (livres para conquista e tomada por estados europeus). Em que pese, para o autor, essa modalidade de organização espacial tenha encontrado seu declínio com o fim da primeira guerra mundial e a ascensão dos Estados Unidos da América e o que ele chamou de "universalismo", essa estruturação é muito eficiente para compreender em que bases a história do direito tem, segundo o viés crítico, se apoiado e ainda, qual é a necessidade de criar novas delimitações, deixando para trás esta divisão eurocêntrica.

> Mais problemático ainda é o fato de que eles expressam uma ampla impotência analítica no que diz respeito às interconexões globais, aos entrelaçamentos e aos processos de tradução no campo do direito e de outras formas de normatividade. Trata-se de uma impotência que não é apenas prejudicial ao nosso próprio campo, a pesquisa histórico-jurídica, mas constitui também uma falha grave, considerando que vivemos em um mundo cuja característica central, no campo jurídico, poderia ser precisamente o processo de reprodução global de opções normativas, com todos os fenômenos associados de 'hibridizações'.[38]

O paradigma que tem por base a ideia de transmissão passiva é o que tem, segundo Langer, guiado boa parte dos estudos comparativos que se embasam na ideia de "transplantes legais". O termo, de originalidade conceitual de Jeremy Bentham, em ensaio inicialmente publicado em 1782 e posteriormente reeditado[39], ganhou destaque no direito comparado através de Alan Watson, que aduz à ideia de que o processo de transmissão legal provoca "a imagem que emerge é a de um empréstimo em massa contínuo […] de regras"[40]. Para alguns autores, essa abordagem vê a "importação" de regras e teorias legais de um sistema para o outro como um esquema simples e desenraizado nas condições contextuais de extração e fixação, uma visão que suscita muitas críticas, pois seria uma maneira de considerar o direito isoladamente da sociedade[41]. Divergindo deste processo, que estaria associado à identificação de "paralelos" entre dois sistemas jurídicos, o método da tradução cultural busca analisar a recepção de uma lei, conceito ou teoria mediante a consciência da alteridade de condições contextuais próprias desse trajeto. Afinal, adotando o entendimento de Max Weber:

---

[38] "What is more problematic is that they express a widespread analytical impotence as regards the global interconnections, entanglements and translation processes in the field of law and other forms of normativity. This is impotence not only detrimental for our own field, the legal historical research. But it is also a serious default, given that we are living in a world whose key feature in the field of law could precisely be the process of global reproduction of normative options with all the associated phenomena of 'hybridizations'." In: DUVE, Thomas. European Legal History - Concepts, Methods, Challenges. In: DUVE, Thomas (Ed.). Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 29-66. P. 37.

[39] BENTHAM, J., (1802). Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation. In: Traités de législation civile et pénale. Paris. Vol. III. A esse respeito, ver : Huxley, A., (2007). Jeremy Bentham on Legal Transplants. The Journal of Comparative Law, 2, pp. 177-188.

[40] WATSON, A., (1974). Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Edinburgh, 2nd ed. Athens, 1993. P. 107. A esse respeito, intuições iniciais podem se reencontradas em: Watson, A., (1978). Comparative Law and Legal Change. The Cambridge Law Journal, 37(2), pp. 328-332.

[41] A crítica é bem colocada por Pierre Lengrand, um comparatista francês, que argumenta as possibilidades efetiva transmissão substancial dos transplantes legais nas obras: Legrand, P., (1997). The Impossibility of "Legal Transplant." Maastricht Journal of European & Comparative Law, 4, pp. 111-124. LEGRAND, P., (2001). What "Legal Transplants." In: Nelken, D. and Feest, J., (eds). Adapting Legal Cultures. London: Hart Publ. Pp. 55-56.

> Um estudo comparado não deveria pretender alcançar “analogias” e “paralelos”, como é feito pelos absortos no atual ofício da moda de construir esquemas gerais de desenvolvimento. O objetivo deve, ao invés, ser precisamente o oposto: identificar e definir a individualidade de cada desenvolvimento, as características que o fizeram concluir de uma forma tão diferente daquela do outro. Feito isso, pode-se então determinar as causas que levaram a essas diferenças[42].

Nesse sentido, a presente pesquisa optará invés por uma abordagem pautada no conceito de Peter Burke de *tradução cultural*[43]*,* buscando compreender como a teoria da constituição em sentido material foi transmitida de seu contexto original e reinserida na cultura jurídica brasileira. Essa abordagem permite uma análise substancial de incorporação de ideias, doutrinas e teorias jurídicas através da análise contextualizada política, cultural e socialmente de sua extração e reinserção.

É o entendimento de Maximo Langer, para quem no que pese a metáfora do *legal transplant* vir sendo utilizada como principal instrumento dos comparatistas para analisar a importação de direito estrangeiro, possui um problema pois "transmite a noção de que ideias e instituições podem ser simplesmente “recortadas e coladas” entre os sistemas jurídicos"[44]. Já a "tradução legal", expressão utilizada pelo autor, serviria como "dispositivo heurístico alternativo para ser empregado na análise da transferência de ideias e institutos entre sistemas jurídicos".

Em uma perspectiva decolonial, crítica e rigorosamente historicista, Duve defende que não se pode proceder tratando fenômenos de transmissão de ideias, modelos e sistemas jurídicas sobre esses alicerces. Isso porque esse paradigma se baseia na presunção de passividade dos sistemas legais que interagiram com o que compõe o espaço jurídico global “Europa”. A escolha da tradução cultural como ferramenta de análise no campo do direito leva em conta a indissociabilidade do jurídico em relação à malha sociocultural e política do qual faz parte. Termos jurídicos utilizados para definir teorias ou posicionamentos fundamentados de autores compõem o contexto discursivo no qual são enunciados e mobilizam a conjuntura na

---

[42] WEBER, Max. The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations. Translated by R. I. Frank. London: NLB, 1976. p. 385. Originalmente publicado em alemão, em 1909.

[43] BURKE, Peter. Cultures of Translation in Early Modern Europe. In: BURKE, Peter, HSIA, Ronnie Po-Chia (Eds.). Cultural Translation in Early Modern Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 07-38. P.10.

[44] LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 01-64, 2004. P. 27.

qual se enunciam. São dotados de conteúdo a partir dos elementos que caracterizam as condições de seu uso.

A adesão a essa metodologia parte da premissa de que o direito é produto cultural, (MEIRELLES TEIXEIRA, 2001[45]; SHAPIN, 2010[46]), uma concepção proveniente da análise sistemática dos discursos jurídicos. Quando se delimita a tradução cultural como ferramenta metodológica, portanto, se presume na presente pesquisa, que a investigação do sentido e alcance das noções analisadas não pode renunciar ao contexto subjacente dos discursos. Serão analisados os posicionamentos políticos, profissionais e acadêmicos dos atores sociais que compõem o *corpus* da presente pesquisa, como forma de contextualizar os usos e discursos da categoria analisada.

Impera enfatizar que ao adotar a tradução cultural como abordagem metodológica na investigação do contexto brasileiro, a presente pesquisa renuncia a uma abordagem estritamente cronológica. Não se afirma, a título de hipótese, que os elementos constitutivos do objeto de análise necessariamente surgiram no contexto europeu e foram trazidos (por meio de uma transmissão ou influência direta) ao cenário brasileiro. A metodologia baseada na identificação de conceitos heurísticos nos permite examinar esta questão à luz da identificação dos pressupostos teóricos como chaves de análise, buscando reconhecer, a partir da estrutura teórica e discursiva, a presença desses elementos nos usos e discursos do pensamento jurídico brasileiro. A tradução cultural não diz respeito, portanto, a uma investigação com base num processo literal de tradução ou tampouco no rastreio direto de menções ou influência. Tratamos aqui da utilização de uma abordagem que nos permite investigar as aproximações e distanciamentos entre ambos os contextos, com base em seus pressupostos teóricos ao passo que, não renunciamos às peculiaridades e complexidades concernentes ao ambiente sociopolítico, geográfica e culturalmente localizado, em que emergiram as ideias analisadas - seja Europa, seja Brasil. Apesar

[45] A concepção culturalista de Meirelles Teixeira é, atualmente, um dos mencionados sentidos da constituição adotados por manuais e cursos de direito constitucional. Segundo o autor, a constituição é um fato cultural que não pode ser dissociado dos elementos históricos, sociais e racionais subjacentes. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional. São Paulo: Forense Universitária, 1991

[46] SHAPIN, Steven (2010), Never Pure: Historical Studies of Science as if it was Produced by People with Bodies, Situated in Time, Space, Culture, and Society, and Struggling for Credibility and Authority, Baltimore. Para Shapin, a ciência nunca é pura, no sentido de ser produto do ser humano, sujeita a seus limites e capacidades e sobretudo circunscrita às condições de quem a produz, historicamente situada.

de nos valermos de uma progressão cronológica de forma secundária, de maneira a estruturar o presente trabalho com precisão organizativa, não é este um critério absoluto. Ao adotar esta abordagem, é possível flexibilizar a teia de relações que cabem à investigação e identificar, até mesmo, elementos teóricos que surgem primeiro, em termos cronológicos, no contexto brasileiro, sem que isso negue a hipótese levantada.

Podemos então sintetizar que a utilização que faremos da tradução cultural na perspectiva de Thomas Duve como parâmetro metodológico disporá de duas premissas: a) A primeira é que o traslado teórico de uma noção jurídica de um contexto para outro não é um processo passivo entre emissor e receptor, não sendo admissível contemplar uma "recepção" de pensamento jurídico. Essa concepção leva em conta o caráter ativo e transformador do contexto de chegada de um determinado pensamento, agindo discursivamente sobre sua interpretação e consequente ressignificação; b) A segunda premissa é a ação ativa dos atores sociais, culturais, políticos e históricos do contexto "de chegada" (evitaremos o uso da expressão "receptor") na remodelação daquele pensamento jurídico e atribuição de sentido próprio de acordo com suas próprias condições culturais. Esse pressuposto traz para análise uma série de elementos que poderiam ser considerados metajurídicos, mas passam a ser juridicamente relevantes, a formar um "espaço jurídico" (Duve, 2014; 2021) uma vez que compõem e definem a ressignificação dessa noção jurídica, agindo ativamente sobre estes.

Com base nesse traçado, caberá à tradução cultural relacionar a ação dos agentes através dos discursos construídos. Os discursos do pensamento jurídico constitucional dos períodos delimitados e as ausências e presenças da noção de materialidade constitucional, apreendendo o que elas informam em relação ao contexto. Com essa percepção, buscaremos traçar os contornos da relação entre o texto e o contexto, tendo em vista a premissa de que se trata de uma relação discursiva. Cabe à presente pesquisa analisar a delimitação dessa relação, e partindo da tradução cultural para buscar na análise do discurso a resposta para a seguinte pergunta: **Qual é a relação discursiva entre o pensamento jurídico constitucional brasileiro e a noção jurídica de constituição em sentido material?** Para isso, faremos uso, em conjunto, da ferramenta metodológica “análise do discurso”, utilizando como referenciais o pensamento de Michel Foucault e a Escola de

Cambridge, em especial as perspectivas de Quentin Skinner e John Pocock de História das ideias políticas.

### *1.2.2. Aplicação da análise do discurso à história das ideias políticas*

> *A única história das ideias a ser escrita são as histórias de seus usos na argumentação.*
>
> (SKINNER, 2017, p. 395)

Justificamos a escolha da análise do discurso como instrumental metodológico apto a tratar do tema da presente pesquisa a partir de duas premissas: a) a primeira diz respeito à natureza da história constitucional enquanto "campo aberto à investigação interdisciplinar"[47], e por isso mesmo, caracterizado por uma pluralidade tanto de fontes como de perspectivas de análise, tais como a história das ideias políticas, economia, sociologia, linguística, e outras áreas afins; b) o segundo, por entendermos os textos que compõem a ciência jurídica podem ser classificados, sobretudo, como discursos. Segundo Eduardo Bittar, o discurso jurídico se desdobra em quatro classificações, sendo estas: discurso decisório, discurso normativo, discurso burocrático e discurso científico. A ciência jurídica, segundo o autor, se enquadra na última espécie, uma vez que esta contempla “lições doutrinárias, ensinamentos teóricos, resenhas, criticas, comentários, formulações e reformulações exegéticas.”[48].

No campo de estudo dos gêneros do discurso jurídico, esforços têm sido feitos no sentido de classificar em diferentes tipos os textos jurídicos[49], a partir de características que os agrupam, tais como: propriedades internas e externas dos textos, características funcionais, remetente e destinatário, entre outras[50]. Nesta classificação, enquadram-se as normas, mas também a doutrina jurídica, que fornece a interpretação acadêmica de princípios e conceitos jurídicos e pode ser considerada

---

[47] PAIXÃO, Cristiano. Introdução. Em: PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Claudia Paiva. História Constitucional Brasileira: Da Primeira República à Constituição de 1988. (Coleção Universidade Católica de Brasília). São Paulo: Grupo Almedina, 2023.

[48] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Linguagem jurídica 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[49] Para um aprofundamento: Šarčevic, Susan. 2000. New approach to Legal Translation. The Hague: Kluwer Law International; VARO, A. Enrique, and Brian Hughes. 2002. Legal Translation Explained. St. Jerome Publishing: Manchester. Cao, Deborah. 2007. Translating Law. New York: Multilingual Matters.

[50] BERŪKŠTIENĖ, D. LEGAL DISCOURSE RECONSIDERED: GENRES OF LEGAL TEXTS. Comparative Legilinguistics, v. 28, p. 89-119, 1 nov. 2016.

um tipo de discurso jurídico[51]. Ainda nesse sentido, convém a operação de classificação de textos jurídicos realizada por Šarčevic, que os divide em regulatórios (ou prescritivos) e informativos (ou descritivos)[52]. Nesse âmbito, as doutrinas que compõem a ciência jurídica estariam inclusas como "descritivos", constituindo o que é conhecido como *"doutrina ou escolas jurídicas, cuja autoridade varia em diferentes sistemas jurídicos"*[53]. Na visão de Varo e Hughes, doutrinas podem ser classificadas como "textos jurídicos"[54], uma vez que estes são distinguíveis de outros tipos de textos devido a seu contexto discursivo: isto é, tanto o remetente como o destinatário, como o objeto enunciado estão relacionados à configuração jurídica. Nesse sentido, BERŪKŠTIEN, "em suma, um texto jurídico pode ser entendido como qualquer texto que é produzido em linguagem jurídica e/ou utilizado por especialistas em Direito, ou ainda, por não especialistas, para propósitos jurídicos em uma conjuntura jurídica"[55].

Sendo o discurso jurídico, comportando todas as suas espécies, uma das muitas linguagens que compõem o conjunto da vida social, é possível adotar teorias e metodologias próprias às ciências da linguagem para abordá-lo enquanto objeto de pesquisa[56]. É o caso da análise do discurso[57]. Tomando como referência os pressupostos das ciências da linguagem, podemos identificar nos discursos

---

[51] BARTOLY, Beatriz. Nas Tramas do Discurso Jurídico: Uma Abordagem crítica (tese de doutorado). Brasília: Universidade de Brasília-UNB, 2010.

[52] ŠARČEVIĆ, Susan. New Approach to Legal Translation. The Hague etc.: Kluwer Law International. 1997.

[53] Do original: "legal scholarship or doctrine, the authority of which varies in different legal systems". Ibidem, p. 11.

[54] VAROS, Enrique A; HUGHES, Brian. Legal translation explained. Mancheser:St. Jerome Publishing, 2002.

[55] Do original: "all in all, a legal text can be regarded as any text that is produced in legal language and/or used by specialists in law as well as non-specialists for legal purposes in legal setting.". BERŪKŠTIENĖ, D. LEGAL DISCOURSE RECONSIDERED: GENRES OF LEGAL TEXTS. Comparative Legilinguistics, v. 28, p. 89-119, 1 nov. 2016.

[56] FIGUEIREDO, Roberta Menezes. Semiótica e discurso jurídico. MEMENTO - Revista de Linguagem, Cultura e Discurso. Mestrado em Letras - UNINCOR - ISSN 1807-9717. V. 07, N. 2 (julho-dezembro de 2016).

[57] O presente trabalho não objetiva uma revisão de literatura das diferentes perspectivas de análise do discurso, mas filia-se aos pressupostos foulcaultianos para tomar de empréstimos das teorias da linguagem seu aporte metodológico como instrumental de aproximação do objeto em análise. A nível de aprofundamento sobre a AD, consultar os autores considerados precursores da "tradição francesa, sendo estes: Michel Pêcheux, com a obra "Analyse automatique du discours", de 1969, responsável pela apresentação dos conceitos de "ideologias empíricas" e "ideologias especulativas"; ainda antes dele, Zellig Harris, com a obra "Discourse analysis" em 1952, ao versar sobre a interferência do sujeito do discurso na prática discursiva. Recomenda-se a leitura do trabalho "GONZAGA, Alexandre Luís. O discurso jurídico em análise: ironia e ideologia em um estudo de caso de três sentenças. 94 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Faculdade de
Comunicação, Artes e Letras, Universidade Federal da Grande Dourados, 2013.", que faz uma eficiente cronologia do desenvolvimento do tema em seu primeiro capítulo, em relação às teorias da análise do discurso; e em seu segundo capítulo, a respeito das teorias da ideologia.

provenientes da ciência jurídica características do que os estudos críticos sobre o discurso classificam como “práticas discursivas”. Partindo da abordagem de Norman Fairclough, um dos precursores do tema em campo estadunidense[58], a prática discursiva diz respeito aos meios através dos quais o texto se propaga e implica na formação de ideologias[59]. A prática discursiva é, sobretudo, dinâmica. Nunca estática[60]. A análise sobre o discurso jurídico, portanto, é uma análise sobre relações, sobre a construção dos enunciados e sua interação com os sujeitos, inseridos em um determinado contexto sociopolítico. A esse respeito, tomamos como referência os estudos de Michel Foucault sobre a análise de discurso crítica e sua definição de “prática discursiva”:

> Finalmente, o que se chama “prática discursiva” pode ser agora precisado. Não podemos confundi-la com a operação expressiva pela qual um indivíduo formula uma ideia, um desejo, uma imagem; nem com a atividade racional que pode ser acionada em um sistema de inferência; nem com a “competência” de um sujeito falante, quando constrói frases gramaticais; é um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa[61].

Entendendo a ciência jurídica como um eficiente motor na manutenção ou paralisação de engrenagens institucionais, na justificação de mudanças constitucionais e na legitimação ou repúdio de práticas jurídicas e normativas[62],

---

[58] Apesar das aproximações, há campos em debate nas abordagens de Fairclough e Foucault sobre a relação do discurso com o poder e a ideologia. A esse respeito, MARTINEZ PÉREZ: “Fairclough não segue uma perspectiva foucaultiana sobre o poder, estabelecendo as limitações do trabalho de Foucault e valorizando suas contribuições no que diz respeito à ordem de discurso” (P. 121) Em: MARTÍNEZ, LFP. A questão do poder e da ideologia na análise de discurso crítica (ADC). In: Questões sociocientíficas na prática docente: Ideologia, autonomia e formação de professores [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2012, pp. 121-130. ISBN 978-85-3930-354-0. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

[59] Ver: FAIRCLOUGH, N. (2008). Discurso e mudança social Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília. Para aprofundamento: Fairclough, N. (1992). Intertextuality in critical discourse analysis. Linguistics and Education, 4(3-4), 269-293. doi:10.1016/0898-5898(92)90004-G

[60] Para MARTINEZ PEREZ, a análise do discurso crítica parte necessariamente da relação entre linguagem e a ação. Segundo a autora, na obra supracitada: “Para a ADC, as práticas não são reduzidas a estruturas, pois a questão central está na compreensão da relação entre linguagem e ação, a qual é entendida de forma dialética, o que possibilita considerar que as estruturas são reproduzidas por meio de discursos, mas também podem ser transformadoras na prática” (p.122).

[61] FOUCAULT, Michel. Arqueologia do saber. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Arqueologia do saber. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

[62] "O discurso é o elemento capaz de unir e ao mesmo tempo separar, unir o grupo que domina o código, separar quem não o domina, segrega e exclui, coloca-se como barreira e interdito." (p. 9) GONZAGA, Alexandre Luís. O discurso jurídico em análise: ironia e ideologia em um estudo de caso de três sentenças. 94 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Faculdade de Comunicação, Artes e Letras, Universidade Federal da Grande Dourados, 2013.

temos, para o presente trabalho, esse campo de produção como uma potente prática discursiva que interage efetivamente com o meio, ao mesmo tempo em que o altera e por ele é alterada, revestindo-se de interesse aos olhos da história e da teoria da linguagem. De igual importância é o conteúdo ideológico que carregam e sua capacidade de alicerçar mudanças estruturais na realidade em que se imprimem[63]. Não é novidade no campo do debate sobre os usos do Direito, a percepção sobre seu papel político-ideológico, sendo este atributo responsável pela premente necessidade de manter um olhar crítico ao conhecimento jurídico, assim como a quem é beneficiado ou favorecido pelos seus usos. Essa percepção deve ser associada à "disponibilidade ideológica latente na linguagem"[64] ou ainda, à percepção de que "o discurso é fundamentalmente persuasivo."[65]. O discurso jurídico não escapa dessa premissa, vestindo-a de forma ainda mais clara, dado seu papel transformador do ambiente social. Destacamos nesta análise o caráter de dominação do texto jurídico, nesse caso, especificamente o discurso jurídico científico: a doutrina. Nesse sentido, reconhecemos a capacidade ativa que historicamente a ciência jurídica apresenta como legitimadora de estruturas sociais, políticas e normativas, fundamentando posicionamentos e legitimando acontecimentos. Capacidade esta que posiciona a ciência jurídica em um peculiar campo de poder e ideologia, prospectando em uma perspectiva, sobretudo, prática. Segundo Leonardo Fabio Martinez Peréz:

> Dependendo do posicionamento dos sujeitos em um campo social ou institucional, eles podem compartilhar determinados graus de poder para tomar decisões ou realizar seus interesses. Quando as relações de poder são estabelecidas sistematicamente por um indivíduo ou um grupo de maneira permanente, sendo inacessível a outros sujeitos ou grupos de pessoas, podemos dizer que é estabelecido um processo de dominação ideológica[66].

Entendendo a ciência jurídica como gênero do discurso jurídico a) dotado da capacidade de influenciar diretamente nas estruturas de poder subjacentes ao mesmo

---

[63] A questão do poder e da ideologia no discurso é abordada por Martínez, para quem o conteúdo dos textos obedece a processos de negociação e depende das dinâmicas de poder que aparecem, em parte, codificadas no discurso. Segundo o autor, "os textos são terrenos de disputa que mostram vestígios dos discursos e as ideologias que se enfrentam e competem por seu predomínio." In: MARTÍNEZ, LFP. A questão do poder e da ideologia na análise de discurso crítica (ADC). In: Questões sociocientíficas na prática docente: Ideologia, autonomia e formação de professores [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2012, p. 121.

[64] PLATT, A. D., Balthazar, U. C., & Fernandes, F. A. G. (2022). A ideologia no discurso jurídico brasileiro. Scientia Iuris, 26(1), 10-28. https://doi.org/10.5433/2178-8189.2022v26n1p10

[65] WARAT, Luis Alberto. As falácias jurídicas. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 6, n. 10, p. 123-130, 1985.

[66] MARTINEZ PEREZ, op.cit., p. 136.

tempo em que delas provê sua legitimidade e conteúdo ideológico, e b) cuja autoria e enquadramento é seleto a um grupo específico de pessoas (juristas), sendo de participação inacessível à sociedade em geral, o elemento ideológico resta configurado e passível de análise a partir de mecanismos que busquem dissecar o sentido discursivo de sua prática[67].

A metodologia foucaultiana da análise do discurso e a arqueologia do saber fornecem um instrumental de análise sobre como o conhecimento é produzido e organizado ao longo da história. Esta abordagem volta-se à compreensão sobre as práticas discursivas, seu contexto de produção e seu reflexo prático nas relações de poder mobilizadas pelos sujeitos que com os enunciados interagem[68]. São, portanto, ferramentas eficientes para a análise dos discursos jurídicos, nesse caso, de uma categoria enunciada pela ciência jurídica: a constituição em sentido material. Michel Foucault entende o conhecimento como uma construção social e histórica, relacionado de forma prática com o contexto em que é produzido e capaz, de igual monta, de modifica-o[69]. Há uma relação dialógica entre o enunciado e seu meio, entendendo ideias e conceitos como elementos moldados por relações de poder, interesses políticos e sociais, enquadrados em um dado contexto e não como fruto de um saber objetivo e universal. A análise do discurso “não desvenda a universalidade de um sentido; ela mostra à luz do dia o jogo da rarefação imposta, com um poder fundamental de afirmação."[70].

---

[67] A perspectiva da linguagem jurídica enquanto instrumento de poder justifica a contribuição advinda da análise do discurso crítica sobre determinadas ideias jurídicas mobilizadas discursivamente. Segundo López Martinez, “"De acordo com todo o exposto anteriormente sobre ideologia e poder, salientamos que a ADC não pretende somente descrever e explicar as diferentes formas como a linguagem é usada na sociedade, mas também busca desvelar ideologias e interesses que restringem a liberdade humana e as possibilidades de sua realização subjetiva e intersubjetiva." (129-130)”. Entender a forma como a linguagem é usada, possui, portanto, um propósito emancipatório, por compreender de que forma determinados discursos foram capazes de justificar o injustificável, ou ainda, reforçar estruturas democráticas. Ambas as operações se relacionam com o plexo conceitual estudado na presente pesquisa.

[68] A questão do discurso está intrinsecamente ligada às estruturas de poder em Foucault. A própria significação do discurso não depende do indivíduo (entendido com o sujeito que enuncia), que é, em si, vazio, e sim como resultado das relações de poder que, ao mesmo tempo, o criam e este cria. O sujeito faz parte do processo, não sendo, porém, a variável que lhe atribui significado. Nesse sentido, Rosane da Conceição Pereira, em sua obra “Foucault: uma análise pragmática do discurso”: “O sentido do que é enunciado pelo sujeito também é um efeito, não havendo significação por causa de um sujeito (que seria entendido, no caso, como indivíduo) que interprete, mas conforme as relações de poder que se estabelecem no contexto histórico-social e produzem o saber - ilusão do sentido.” (p. 111). In: PEREIRA, Rosane da Conceição. Foucault: por uma análise pragmática do discurso. REVISTA CONTRACAMPO, Niterói, p. 109-123, 2008.

[69] Para um aprofundamento, ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho. 2. ed. Bogotá: IDEPRI; Debate, 2014

[70] FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Edições Loyola, 1996. P. 70.

A análise não recai sobre um sentido e sim sobre um movimento. Ao conceituar os discursos, Foucault se preocupa, sobretudo, em definir o que eles não são, e assim o faz ao afirmar que **"não são, como se poderia esperar, um puro e simples entrecruzamento de coisas e palavras: trama obscura das coisas, cadeia manifesta, visível e colorida das palavras"**[71]. A perspectiva é essencialmente prática e relaciona o enunciado com o meio de uma forma muito mais intrínseca do que pelo "contato". A prática discursiva tem como seu sentido próprio o uso, o espaço entre a língua e o acontecimento. Segundo Fabiano Moraes, "esse discurso-acontecimento é o que funda e constitui a verdade"[72].

Ao aplicar essa metodologia à história das ideias, partimos da análise não só sobre o conteúdo das ideias e sim sobre como surgem, se desenvolvem e são articuladas em um determinado contexto discursivo. Este será o aporte metodológico utilizado para tratar o objeto da presente pesquisa, uma vez que se retém como fundamental analisar as ideias centrais da investigação através de uma perspectiva que transcende o texto e considera os fatores contextuais e as interferências práticas desses enunciados na realidade essenciais para sua compreensão. Tanto a análise do discurso quanto a arqueologia do saber são metodologias com ênfase na linguagem e sua função na construção e disseminação do conhecimento. Partindo do pressuposto de que frases, ideias e conceitos são capazes de influenciar e definir as percepções e práticas sociais, devemos ter em conta a contextualização histórica para investigar: **como os discursos são moldados por eventos específicos; quais sujeitos os mobilizaram e como; quais são as relações de poder que subsidiam sua construção; e como são comunicados e disseminados através da ciência jurídica.** Essa abordagem desconstrói noções fixas, concentrando a investigação na teia de elementos que se relaciona com o discurso, enquanto elemento dinâmico e vivo das relações sociais.

Fazendo uso desse aparato, a presente pesquisa objetiva identificar termos-chave, conceitos jurídicos e estruturas discursivas que refletem o que será delimitado como a categoria "constituição em sentido material", localizando essa ideia no(s) tempo(s) e analisando as relações de poder e controle que subsidiaram sua

---

[71] FOUCAULT, Michel. Arqueologia do saber. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

[72] MORAES, Fabiano. POR UMA ABORDAGEM DISCURSIVA DA REFERENCIAÇÃO COM BASE EM FOUCAUL. Em: PERcursos Linguísticos, [S. l.], v. 1, n. 3, 2011. Disponível em: https://periodicos.ufes.br/percursos/article/view/1747. Acesso em: 3 out. 2023. P. 107.

mobilização pela ciência jurídica em seus discursos ou, ainda, o significado de suas ausências em determinados momentos da vida política do país. O objeto da presente pesquisa é a noção de materialidade da constituição, noção esta a ser delimitada com base em uma estrutura argumentativa específica e que servirá como eixo de investigação ao longo dos diferentes tempos da história constitucional brasileira.

Se até então explicitamos as razões pelas quais a análise do discurso pela perspectiva de Michel Foucault servirá como aporte para os enunciados analisados, outra vertente da abordagem, com a qual reconhecemos interconexões, deverá ser somada no caminho metodológico a ser seguido na pesquisa que se propõe: a história das ideias políticas de Quentin Skinner e John Pocock. Destacamos, aqui, que a presente pesquisa foge de uma ortodoxia metodológica, adotando o método da análise plurimetodológica. Serão valiosos os aportes metodológicos foucautltianos e aqueles advindos do contextualismo linguístico da Escola de Cambridge, em especial, de Quentin Skinner, naquilo que dialogam: a historicidade na análise das ideias políticas. A articulação entre os autores feita por Pedro Luiz Lima parte do pressuposto de que há elementos de aproximação (e distanciamento) entre a arqueologia foucaultiana e a história das ideias em Skinner e Pocock[73], sobretudo nas abordagens sobre os elementos que devem ser considerados para a atribuição de sentido do discurso.

O principal ponto que os conecta e que representa o que o campo da linguística denomina de Virada Linguística é o combate à uma noção objetiva e neutra de análise da história das ideias. Tanto em Foucault como em Skinner e Pocock, o discurso é composto, principalmente, de elementos além do texto. A historicidade é essencial. Apesar disso, há pontos de desencontro que, em posturas ortodoxas, afastam o diálogo entre as duas correntes. Se em Foucault, o sujeito que enuncia o discurso é vazio e sofre uma elisão quase que completa; e a prática/dinâmica toma protagonismo na fixação de sentido; em Skinner, o sujeito/autor toma a centralidade na análise, pois suas intenções compõem caractere fundamental para desvelar o sentido do texto, sendo este um dos fundamentos da sua história das ideias[74].

---

[73] LIMA, P. L. (2014). Entre a Arqueologia do Saber e o Contextualismo Lingüístico: um estudo comparativo dos métodos de Michel Foucault, Quentin Skinner e John Pocock. Leviathan (São Paulo), 8, 38-65. https://doi.org/10.11606/issn.2237-4485.lev.2014.132345

[74] Aproximações entre Foucault e Skinner não são novidade em diversos campos do conhecimento. Ainda em 1983, Celso Pereira de Sá publicou o artigo "Sobre o poder em Foucault e o controle em Skinner", comparando as operações dos autores em analisar epistemologicamente a constituição da psicologia humana; (https://periodicos.fgv.br/abp/article/view/18923); Em um passado mais recente,

Segundo Hangartner[75], o método de Skinner gira ao redor de uma pergunta fundamental: O que quis o autor ao escrever este texto? Quentin Skinner é um dos representantes da Escola de Cambridge. Considerado como uma figura chave no giro linguístico da teoria política, é responsável pela renovação teórico metodológica dessa disciplina através do estabelecimento do contexto linguístico como elemento decisivo para determinação do sentido de um texto.

Para o autor, a análise do discurso e, sobretudo, a forma de tratar a história das ideias políticas, deve necessariamente considerar as intenções do autor e o contexto em que se insere, se opondo, assim, à tradição precedente, que se baseava na decomposição de doutrinas filosóficas em elementos singulares, atomizados, em uma operação que Arthur Lovejoy comparava à química analítica, em analogia. A historicidade, conforme explicita Hangartner[76], assume papel central em seu método, uma vez que *"segundo Skinner, há a possibilidade de recuperar a intenção do autor (o que ele estava fazendo) se colocarmos o texto no contexto das convenções ideológicas e debates do período histórico em que o texto está situado.".* Esses elementos podem ser percebidos desde sua primeira obra de ruptura em relação à tradição precedente, o texto "Significado e interpretação na História das Ideias" em que, colocando-se contra a suposição da existência de conceitos universais, problemas fundamentais e questões perenes à filosofia política, problematiza uma abordagem universalista sobre as obras históricas, desconectada do tempo e condições de produção.

A resposta de Skinner é, em vários pontos, aproximável à elementos foucaultianos, muito embora haja discordâncias fundamentais entre ambos autores no tocante ao papel do sujeito enunciador[77]. O ponto em comum é o desprezo pela

---

no trabalho de Flores et al, em 2012, aproximações são feitas a partir das perspectivas dos autores sobre grandes sistemas, historicismo, o sujeito e categorias universais; (http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-81452012000200005); Em relação ao tema deste trabalho, são de interesse especial as aproximações feitas do ponto de vista da análise do discurso e metodologia no tocante à história das ideias. Nesse ponto, destacam-se as contribuições de Pedro Luiz Lima (2014) https://www.revistas.usp.br/leviathan/article/view/132345/128488 e Marcos Antonio Lopes, 2002 https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9049/7576.

[75] HANGARTNER, Andreas Christian. Teoría Política y Análisis del Discurso. El contextualismo lingüístico de Skinner y Pocock. LENGUA Y HABLA 19. ENERO-DICIEMBRE, 2015.

[76] Op. cit, p. 247. Do original: "según Skinner existe la posibilidad de recuperar la intención del autor (lo que estaba haciendo) si situamos el texto en el contexto de las convenciones ideológicas y debates de la época histórica en el que se sitúa ese texto".

[77] "Se quisermos entender qualquer texto deste tipo, devemos oferecer uma explicação não somente do sentido do que foi dito, mas também daquilo que o autor em questão pode ter pretendido com o que disse" SKINNER, Quentin. Significado e interpretação na História das Ideias. Tradução de Marcus Vinícius. Barbosa.Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 9, n. 20. P. 36.

autonomia do texto e a defesa de uma análise que leve em consideração elementos extratextuais, que deve ser reconhecido não só como contexto e sim como ferramenta de compreensão de seu sentido. A aproximação e a oposição são bem colocadas por Pedro Luiz Lima ao discorrer que "se, por um lado, Skinner demonstra uma preocupação similar à de Foucault quanto a refutação de uma concepção atomística de construção discursiva, por outro, o historiador britânico mantém-se ainda fiel à figura do autor"[78]. Essa importância, nova em Skinner, atribuída à figura do autor, não o coloca, porém, em relação de primado na análise do discurso e, tão somente, o coloca na teia de elementos relevantes à atribuição do sentido discursivo. O que contradiz Foucault que, "com sua noção de episteme, parece mesmo intentar a elisão do sujeito em seu papel criativo"[79]. Já Skinner, assim como Pocock, que acompanha em muitos pontos seu pensamento sobre a história das ideias, sendo outro representante da Escola de Cambridge, coloca em posição de destaque a intencionalidade. A proposta é tangível quando Skinner, ao discorrer sobre as formas de se aproximar da história do pensamento, enuncia que:

> (...)se quisermos entender qualquer texto deste tipo, devemos poder oferecer uma explicação não somente do sentido do que foi dito, mas também daquilo que o autor em questão pode ter pretendido com o que disse. Um estudo que enfoca exclusivamente naquilo que um escritor disse sobre uma doutrina será não somente inadequado, mas pode ser, em alguns casos, absolutamente enganoso como um guia para o que o escritor em questão tenha pretendido ou querido dizer.

Mais do que enriquecer a análise, a consideração dos elementos sociais, políticos e da rede de relações que subsidia um posicionamento são essenciais para a compreensão de seu real sentido. De forma oposta, a retirada do texto dessa teia de elementos contextuais é capaz de, mais do que obscurecer, distorcer o seu sentido. Essa abordagem atomizada, para Skinner, pode ser considerada até mesmo desleal, uma vez que cria condições de distorção do sentido original da obra. Conforme explica Hangartner, há uma preocupação em encontrar a "verdade" do texto. Preocupação que, embora não exista em Foucault - que, ao contrário, nega essa possibilidade - coexiste com uma defesa em comum: a da recuperação histórica do evento como elemento definidor do seu sentido.

---

[78] LIMA, Pedro Luiz. Entre a Arqueologia do Saber e o Contextualismo Lingüístico: um estudo comparativo dos métodos de Michel Foucault, Quentin Skinner e John Pocock. Leviathan | Cadernos de Pesquisa Política N. 8, pp.38-65, 2014. P. 59.
[79] Ibidem.

> Skinner tem essa inquietação sobre como o historiador pode recuperar o significado 'verdadeiro' — ou, ao menos, o conjunto de possíveis significados — de alguma afirmação ou de algum texto. Convencido da falácia das tradições convencionais baseadas na crença de que existem essências ou 'moléculas' de ideias que se mantêm no decorrer do tempo, Skinner pretende delimitar o significado a um campo mais restrito, recorrendo à análise histórica e linguística.[80]

Em síntese, a metodologia de Quentin Skinner no tocante à história das ideias contribui no aporte metodológico do presente trabalho, à medida em que se considera essencial a recuperação da intenção do autor na análise dos discursos jurídicos que formam o objeto da pesquisa: isto é, o plexo conceitual que forma a categoria "constituição em sentido material". Afinal, conforme Skinner, "qualquer afirmação é inevitavelmente a materialização de uma intenção específica em uma ocasião específica, proferida para a solução de um problema particular e, portanto, é específica para seu contexto ao ponto que seria simplista tentar transcendê-lo."[81].

Quentin Skinner argumenta que não há uma história de uma ideia a ser escrita, mas sim histórias de seus usos na argumentação. Essa noção será fundamental para a construção da perspectiva em que se busca abordar o objeto de pesquisa, isto é, a ideia de "constituição em sentido material", presente nos diferentes tempos da história constitucional e enunciada por diferentes sujeitos, de acordo com relações de poder localizadas no tempo e no espaço. Tendo em vista que o objetivo da presente pesquisa enfoca, principalmente, a análise dos usos e discursos que mobilizaram uma ideia, o aporte da Escola de Cambridge será essencial. Ao seu lado, porém, usaremos elementos foucaultianos, sobretudo na análise das relações de poder subjacentes ao discurso e nas alterações sociais praticadas a partir da prática discursiva, atribuindo-lhe sentido. A pesquisa busca, portanto, investigar a história dos usos e discursos que mobilizaram esta noção. A proposta condiz com o aporte de Skinner, que diz:

> Assim que percebemos de que não existe uma determinada ideia a qual vários escritores contribuíram, mas sim uma variedade de afirmações feita por uma série de agentes com uma multiplicidade de intenções, percebemos

[80] Do original "Skinner tiene esa inquietud de cómo el historiador puede recuperar el significado "verdadero", o al menos el conjunto de posibles significados de alguna afirmación o de algún texto. Convencido de la falacia de las tradiciones convencionales basadas en la creencia de que existen esencias o moléculas de ideas que se mantienen en el devenir del tiempo, Skinner pretende delimitar el significado a un terreno angosto, recurriendo al análisis histórico y linguístico." In: Hangartner, Andreas Christian. Teoría Política y Análisis del Discurso. El contextualismo lingüístico de Skinner y Pocock. LENGUA Y HABLA 19. ENERO-DICIEMBRE, 2015, p. 246.

[81] SKINNER, Quentin. Significado e interpretação na História das Ideias. Tradução de Marcus Vinícius Barbosa. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 9, n. 20, p. 358 - 399. jan./abr. 2017. P. 397.

> que não há uma história da ideia a ser escrita. Há somente a história de seus vários usos, e das várias intenções com as quais foi empregada"[82].

Para uma pesquisa deste gênero, o autor enfatiza a importância de recuperar as intenções por trás das declarações de agentes anteriores e entender o que eles queriam dizer com elas, elementos que serão abordados na presente investigação, a partir da apresentação dos contextos discursivos dos autores que mobilizaram esta ideia. John Pocock se baseia no argumento de Skinner, afirmando que a linguagem e o discurso são as únicas chaves para acessar uma história do pensamento político. Ele sugere um movimento histórico que não depende apenas das ações de um sujeito consciente.

> Uma grande parte de nossa prática como historiadores consiste em aprender a ler e reconhecer os diversos idiomas do discurso político da forma pela qual se encontravam disponíveis na cultura e na época em que o historiador está estudando: identificá-los à medida que aparecem na textura lingüística de um determinado texto e saber o que eles comumente teriam tomado possível ao autor do texto propor ou 'dizer'[83].

As semelhanças entre estas abordagens e os fundamentos precedentemente apresentados de Foucault residem na ênfase na primazia do discurso e a existência de múltiplos registros históricos e contextos discursivos. Por outro lado, são notadas distinções, em especial no que diz respeito ao papel do sujeito na formação de linguagens, ideias e conhecimentos políticos. No tocante à utilização dos referidos aportes para a presente pesquisa, alguns de seus pressupostos básicos em comum serão utilizados para a estruturação de um percurso metodológico que, a seguir, passamos a descrever. A fim de aplicar os pressupostos metodológicos da arqueologia dos saberes e da análise do discurso à história das ideias que compõem o *corpus* da presente pesquisa, os seguintes passos-chave serão realizados:

1. Identificação do objeto de análise: definição do conjunto de discursos que correspondem à "constituição em sentido material" para fins da presente pesquisa, delimitando-se as ideias que se enquadram no objeto de investigação, a partir do marco teórico escolhido, com base nas palavras-chave, conceitos, estruturas argumentativas e técnicas retóricas que compõem a categoria em questão

2. Análise das práticas discursivas: Investigação sobre os usos e discursos que mobilizaram a categoria “constituição em sentido material”, contextualizando em

---

[82] SKINNER, Quentin. Meaning and Understanding in the History of Ideas. In: SKINNER, Quentin. Visions of Politics. Londres: Cambridge University Press, 2001, vol. I, cap. 4, p. 57-89.
[83] POCOCK, J.G.A. Linguagens do ideário político. São Paulo: Edusp, 2003, p.33.

diferentes épocas e conjunturas sociopolíticas como a ciência jurídica utilizou desse plexo conceitual para legitimar ou deslegitimar projetos de poder e reforçar estruturas vigentes ou, ainda, defender a implementação de outras ausentes.

3. Identificação dos atores e sujeitos de poder: será examinado quais são os sujeitos que mobilizaram o conjunto discursivo da "constituição em sentido material" na ciência jurídica brasileira, e com que objetivo, reconhecendo em que contexto discursivo estavam inseridos e quais papéis ocupavam social e politicamente.

4. Mapear a relação entre as mudanças constitucionais e os usos e discursos da categoria "constituição em sentido material", analisando como as presenças e ausências, assim como sua assimilação desde o contexto de origem europeu à ciência jurídica brasileira, foi produto das relações sociopolíticas em diferentes contextos históricos e, de outro lado, contribuiu ativamente para construções teóricas com reflexos ativos nas estruturas sociojurídicas subjacentes.

Por fim, convém trazer a lembrança de autoria de Marcos Lopes, ao escrever sobre os pontos de convergência (e distanciamento) entre a arqueologia foucaultiana e o contextualismo linguístico de Skinner e sua aplicação concomitante enquanto método de uma pesquisa histórica:

> A ideia de um 'coquetel teórico' (Peter Burke) chacoalhado com ingredientes que não se anulem é uma concepção flexível e muito apropriada à história das Ideias. E isso porque aquilo que comumente se denomina 'método' de pesquisa em História não é muito mais do que uma reflexão filosófica particular (...) De outra forma, método não é uma receita que possa ser aplicada indistintamente, como se tratasse de uma técnica posta em curso por meio de procedimentos mecânicos. Se não, quem em seu juízo perfeito poderia se autodeterminar um skinneriano puro, ou um foucaultiano ortodoxo? Aliás, nada mais distante de Foucault do que a ortodoxia[84].

Dito isto, a escolha metodológica do presente trabalho em valer-se de pressupostos de diferentes abordagens se justifica pela possibilidade enunciada por Peter Burke de condensar elementos teóricos de diversas vertentes, naquilo que não se contradizem, na definição do método na pesquisa histórica, se afastando de uma ortodoxia e aderindo à análise plurimetodológica, o que vem reforçado, ainda, pela adoção de outra ferramenta metodológica de apoio precedentemente exposta, a tradução cultural.

---

[84] LOPES, Marcos. (2004). História das idéias segundo Michel Foucault e Quentin Skinner. Mediações - Revista de Ciências Sociais. 9. 83. 10.5433/2176-6665.2004v9n1p83.

## 1.3. DELINEAMENTOS DO MARCO TEÓRICO: CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL A PARTIR DE CONSTANTINO MORTATI.

Tendo em vista que expusemos qual é a noção que buscamos investigar e como, cumpre delinear qual é a delimitação que será utilizada para definir o ponto de partida da investigação sobre os usos e discursos que mobilizaram a noção de constituição em sentido material. Isto é, cumpre apresentar o que se entende pela categoria "constituição em sentido material" e qual é o marco teórico que a presente pesquisa adota. Para fins de delimitação, esta tese não parte do pressuposto de existir "uma" teoria da constituição em sentido material rígida e pré-definida em cujas bases fincará apoio e buscará parâmetro para investigação. Ao contrário, com fulcro na metodologia adotada, a perspectiva de pluralismo teórico-metodológico informa que a própria noção de materialidade da constituição apresenta característica polissêmica condicionada aos heterogêneos contextos discursivos em que se apresenta e enuncia. A delimitação de autores cujo pensamento jurídico compõe o corpo da pesquisa parte de noções pré-estabelecidas, mas flexíveis, aptas a remodelação a partir do desenvolvimento a ser percorrido pela presente pesquisa. Para traçar estes contornos iniciais é, porém, necessário adotar um ponto de partida teórico, capaz de informar o conteúdo norteador da presente pesquisa.

Em campo nacional, o tema é pouco estudado com profundidade e especificidade, como já indicamos ao justificar sua relevância acadêmica. Sem dúvida o texto mais significativo traduzido para língua portuguesa pelo professor Anderson Vichinkeski Teixeira é o ensaio do saudoso professor Maurizio Fioravanti intitulado "As doutrinas da constituição em sentido material"[85]. Juntamente a suas obras "*La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento* (Fioravanti, 2001)" e seu texto "*Lo Stato moderno nella dottrina della cos-tituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)"*, apresentam um ponto de partida na delimitação dos autores a quem recorrer quando se pesquisa uma "teoria da constituição material". No mesmo sentido é válido mencionar o ensaio de Goldoni e Wikinson (2018) também traduzido ao português, que apresenta os contornos

[85] FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)4(2):103-109, julho-dezembro 2012. Tradução do italiano por Anderson Vichinkeski Teixeira.

epistemológicos do que poderia ser identificado como “uma” constituição em sentido material. No entanto, além dessas obras o tema ainda é escasso na literatura pátria. As obras que se debruçam detidamente, como aquelas de autoria do marco teórico da presente pesquisa, não estão traduzidas, e em que pese haja obras que tratem de questões transversais à constituição em sentido material (Canteli, 2017[86]; Moreira Gouveia, 2020[87]), ainda não existe uma obra de fôlego dedicada a esse objeto e, em especial, buscando investigar a presença de seus pressupostos teóricos na ciência jurídica brasileira.

Por essa razão, para fins de delimitação do espectro de elementos que se busca pesquisar a partir do que entenderemos com “constituição material”, a presente pesquisa escolheu como marco teórico uma teoria específica sobre a constituição material enquanto ponto de partida, aquela de autoria do jurista italiano Costantino Mortati, a quem se atribui a primeira obra voltada integralmente ao desenvolvimento dos elementos que viriam a compor o substrato material da constituição em 1940. Embora sua obra que dá título ao tema seja desse ano, o desenvolvimento de seus pressupostos se estende para além desse momento de sua produção teórica. O desenvolvimento da teoria da constituição em sentido material de Costantino Mortati (1891-1985) é o resultado de um olhar ao tempo histórico e aos eventos constitucionais, com o reconhecimento de seus pilares estruturais na natureza da experiência humana e social através de um viés subjetivo, além de um constante exercício comparativo em relação às experiências estrangeiras. Seu método é aberto aos valores materiais do direito[88] e se constitui na tomada de consciência da crise do método de Vittorio Emanuele Orlando[89], que separa a ciência jurídica do substrato político e social adjacente, formando as construções mitológicas[90] que caracterizaram o liberalismo jurídico e a influência kelseniana.

---

[86] CANTELI, Thayrine Paôla. Função de governo e "Constituição material": construções mortatianas nas obras de Alberto Torres e Francisco Campos (1889-1945). 2017. 202p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis - SC.

[87] MOREIRA GOUVEIA, Kristal. Democracia e representação política no pós-autoritarismo italiano: A noção de “partidos políticos” de Costantino Mortati nos embates da experiência constituinte de 1948. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Orientação por Arno Dal Ri Jr. - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2020.

[88] ZAGREBELSKY, Gustavo. Il metodo di Mortati. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. P. 53.

[89] LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino - Dizionario Biografico degli Italiani - Vol. 77 (2012): LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto (2012).

[90] GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

Essa atitude metodológica deriva de uma tradição que vinha sendo desenvolvida pela "comunidade de luta contra o positivismo jurídico (*Kampfgemeinschaf*)[91]" e traz como influência o decisionismo e principalmente um "organicismo sempre latente"[92] de origem alemã, destacando-se entre seus interlocutores frequentes Carl Schmitt, Rudolf Smend e Herman Heller. Apesar das interlocuções, Costantino Mortati ao elaborar sua mais célebre construção, a "*Constituição em sentido material"* trava distinções teóricas com todos seus interlocutores, fazendo algo que considera não ter sido alcançado ainda pelas doutrinas precedentes, isto é, a criação de uma teoria da constituição que se propõe a ser ao mesmo tempo concreta e jurídica e que por isso, teoricamente original. Para Mortati, a teoria constitucional deveria satisfazer a necessidade de:

> (...) compreender a ordem formal, de ultrapassar seus limites, de ampliar a esfera da consideração jurídica para incluir elementos, que têm a função não de simples pressupostos, mas de fontes primárias da própria ordem, e que, por serem tais, porque são aptos a fornecer a garantia de sua validade, eles não podem ser considerados indiferentes ao jurista e serem rejeitados na esfera da política, ou genericamente na esfera pré-jurídica[93].

A construção "Constituição material" é, portanto, considerada uma criação original de Costantino Mortati, "em nome e substância"[94]. Não obstante, seus pressupostos teóricos remontem em sua mais remota acepção a uma construção Jellinekiana, apresentada em 1909[95]. A teoria é fruto de uma tendência antiformalista[96] que acompanha o reconhecimento da crise do Estado moderno[97] e sua incapacidade em abarcar a complexidade e pluralismo[98] do substrato social, mas

---

[91] ZAGREBELSKY, Gustavo. Premessa. In: MORTATI, Costantino. La costituzione in senso materiale. Milano: Giuffrè Editore, 1998. P. 5.
[92] LANCHESTER, Fulco. Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria, Roma-Bari, Laterza, 2004. P. 114.
[93] MORTATI, Costantino. La costituzione in senso materiale. Milano: Giuffrè, 1998 [1940]. P. 204.
[94] BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. Quaderni Costituzionali, [s.l.], n. 4, p. 803-894, 2011. Società Editrice Il Mulino. http://dx.doi.org/10.1439/36122
[95] BRIGAGLIA, Marco. La Teoria del Diritto di Costantino Mortati. Milano. Giuffrè, 2006.
[96] DRI, Clarissa Franzoi. Antiformalismo jurídico e direito internacional: teoria e prática à luz do pensamento de Georges Scelle. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, v.3, 2010.
[97] ROMANO, Santi. Lo Stato Moderno e La sua crisi. Discordo per l'inauturazione dell'anno accademico nella r. Università di Pisa. Pisa: Tipografia Vannuchi. 1909. Disponível em: <<https://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/f92532a251a98fe32f82c7c70de678a4.pdf>> Acesso em maio de 2019.
[98] O cerne do pensamento pluralista de Santi Romano está em seu método absolutamente jurídico de reconhecimento da estrutura Estatal enquanto criação superveniente ao Direito, e assim, como uma instituição, não a única. Instituição para o autor é uma figura objetivamente considerada de acordo com a presença de alguns requisitos. Enquanto o Estado conforma-se nesses requisitos, é uma instituição, mas não a única. Vê-se: "A solução que parece ser dada (...): a instituição é um ordenamento jurídico,

possui traços distintivos que denotam uma proposta jurídica ao reconhecimento do político. Nessa perspectiva, a teoria de Costantino Mortati sedimenta elementos que vinham sendo desenvolvidos por estes filões de pensamento jurídico que abarcam principalmente os territórios germânico, italiano e francês e propõe uma teoria integrativa entre Estado e Sociedade, vinculando a própria constituição da ordem jurídica aos processos sociais e políticos que se assentam dialeticamente[99].

É a percepção de Costantino Mortati sobre a noção de "materialidade constitucional" que servirá como marco teórico e critério delimitador dos pensamentos jurídicos a serem analisados neste trabalho. Em sua obra, Mortati dialoga diretamente com todos os interlocutores escolhidos para compor o *corpus* europeu da presente pesquisa. Isto é, ao explanar os contornos da sua teoria, constrói aproximações e distanciamentos com aqueles que considera tratarem de temas relacionados à mesma questão base que move sua pesquisa: o fundamento material da constituição, para além de uma visão formalista ou legalista. Portanto, a delimitação dos autores a serem analisados parte, parcialmente, da delimitação indicada pelo próprio Costantino Mortati, enquanto marco teórico de nossa pesquisa. Para isso, será considerada a obra de Mortati a partir de uma visão sistêmica e não isolada. Isto é, considerando desde suas obras anteriores à *"La costituzione in senso materiale"* até seus últimos escritos, pertencentes à terceira fase de sua produção acadêmica. Analisando as diferentes fases de seu pensamento, é possível compreender a linearidade teórica que garante estabilidade nuclear e, portanto, o caráter de teoria à noção de constituição em sentido material; sem renunciar das remodelações contextuais que demonstram o diálogo entre sua produção teórica e a realidade subjacente.

Na visão de Mortati o conteúdo que caracteriza a constituição material seria definido em um momento originário daquela ordem jurídica, e lhe daria fundamento,

---

uma esfera e si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. (...) Pode-se afirmar mesmo no que se refere ao significado etimológico da palavra "Estado", com o que se designa atualmente a mais importante das instituições. (ROMANO, 2008. P. 89).

[99] O pensamento de Mortati de que o estabelecimento o que provoca a constituição em sentido material é fruto de um processo dialético não é uma constante em seu pensamento jurídico. A produção teórica do autor pode ser dividida em três fases (Fioravanti, 2014), sendo que na primeira seu pensamento jurídico tinha tendências antipluralistas e funcionou como arcabouço teórico do fascismo, enquanto nas demais guiou-se por um viés pluralista. No contexto antipluralista a estabilização das forças da sociedade se dava através de um processo de diferenciação no qual o mais forte se sobrepunha ao mais fraco, mas no momento democrático de sua obra - que é o que interessa à presente pesquisa - esse momento constitutivo será obtido através de um procedimento de dialética, no qual as várias forças políticas operantes na sociedade disputarão entre si e formarão um compromisso representativo da orientação política geral da sociedade.

mas constituiria também o valor jurídico principal a partir do qual o direito operaria. Não se trata aqui de um requisito de validade ou tampouco da análise dos processos sociológicos que criam o fundamento de uma determinada ordem jurídica[100]. A Constituição em sentido material é um elemento que surge do conjunto de princípios e valores derivados das relações políticas que através de um processo de diferenciação geram a vontade "vencedora" que determina a vontade política estável juridicizada da sociedade. Esse processo, para Mortati, não emana da sociedade enquanto caos desorganizado, geradora do direito de forma espontânea[101]. A ordem jurídica primária ao contrário, nasce através de um processo organizado caracterizado pela síntese em uma vontade política que cria o fundamento primário daquele ordenamento: A constituição em sentido material. Esses valores constituintes da ordem jurídica que compõem o conteúdo da constituição material serão o critério para a constituição formal. É nesse sentido que Bognetti afirma que:

> (...)o pleno valor jurídico da constituição material reside no compromisso, exigido pela lógica do sistema e pelo correto raciocínio jurídico, de ler e desenvolver as disposições dessa Constituição à luz desses princípios e valores: que são de fato - como já foi dito - a base e justificação, a única fonte verdadeira de legitimidade[102].

Enquanto a constituição material possui um caráter autoreferencial, de origem e inauguração, e por isso mesmo, de fundamento da ordem jurídica; A constituição formal, segundo Mortati, é a expressão que irá atuar normativamente os valores da primeira. A materialização da constituição se dá, em grande medida através do destaque do elemento representativo na teoria da constituição em sentido material de Mortati: Só existe uma legítima transmissão de vontade para a formação dos valores que tomarão forma jurídica se houver uma representação política verossímil em relação aos grupos organizados que formam a sociedade. Esse processo de representação e formação da vontade política leva em conta outro aspecto do pensamento jurídico de Mortati que deve ser salientado: Na abordagem do autor, os elementos normalmente considerados pré-jurídicos são juridicizados[103].

---

[100] BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. Quaderni Costituzionali, [s.l.], n. 4, p. 803-894, 2011. Società Editrice Il Mulino. http://dx.doi.org/10.1439/36122

[101] FIORAVANTI, Maurizio. Mortati, Costantino. In: BIROCCHI, Italo et al (Org.). Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo). Bologna: Il Mulino, 2013.

[102] Op.cit. p. 802.

[103] Nesse sentido e para uma visão panorâmica da problemática à partir do tensão entre o elemento jurídico e processo de juridicização à luz da estrutura dos partidos políticos, ver: GREGORIO, Massimiliano. Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento. Per la storia pensiero giuridico moderno. Giuffrè, 2013; GREGORIO, Massimiliano. PARTE TOTALE.

Isto é, aquela confluência de forças políticas, de organização sociais, de grupos organizados do seio da comunidade são mais do que elementos pertencentes a ciências estranhas ao direito. Ao contrário, são componentes constitutivos dos valores que encarnam a constituição material. É o que Salvatore Bonfliglio explica:

> Na teoria da constituição em sentido material, as fontes "pré-jurídicas" são "juridicizadas", pois caracterizam tanto o estabelecimento quanto a estabilização da ordem constitucional. O direito não pode ser posterior ao estado, porque ambos nascem ao mesmo tempo. A origem factual do estado e, mais precisamente, a sua derivação de uma vontade que não lhe é estranha, não exclui de modo algum a natureza jurídica de sua formação[104].

Essa consideração das fontes pré-jurídicas como na verdade elementos jurídicos é um dos pontos nos quais desponta a originalidade do pensamento jurídico da Costantino Mortati: mais do que propor uma teoria sociológica do direito, em seu pensamento os elementos normalmente considerados oriundos do campo da sociologia são também jurídicos e por isso os processos de sua formação devem seguir disciplinas jurídicas que garantam a estabilidade de sua constituição. Notável é a consequência desse raciocínio nos processos de representação política, sobretudo no papel assumido pelos partidos políticos. Ocorre que a constituição em seu sentido material não se encerraria em seu momento constituinte, ao contrário. A verificação de materialidade consiste em um processo dinâmico de correspondência entre as verdadeiras dinâmicas que operam no substrato social e sua representação na formação da orientação política do Estado. Esse processo de representação pode ser verificado posteriormente nas propostas de sua materialização: a legitimação social é instrumentalizada através de uma proposição de sistema federativo no qual houvesse a franca presença dos grupos nos quais a sociedade se divide e organiza e sobretudo sobre o protagonismo e a regulamentação interna que Mortati propõe à disciplina dos partidos políticos.

Isso porque a investigação sobre a orientação política de um dado Estado não pode se afastar, na teoria de Mortati, da descoberta sobre a natureza e eficácia dos vínculos de representação política que conectam sociedade e governo e consequentemente, da averiguação sobre o grau de verossimilhança que liga as

---

VINCENZO ZANGARA E LE DOTTRINE DEL PARTITO POLITICO NEGLI ANNI TRENTA. Rivista Nomos: Le attualità nel diritto. Vol. 3. 2018.

[104] BONFIGLIO, Salvatore. IL CONTRIBUTO DI MORTATI NELLA FASE COSTITUENTE ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA TEORICA E STORICA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE. In: Nomos. Le attualità nel diritto. 3-2017. p. 2.

vontades desses dois polos. Ao associar o conteúdo normativo de uma dada ordem ao conteúdo extraído da constituição material, a teoria vincula todo o mecanismo de regulação social realizado pelo direito a uma condição representativa em relação à organização social da vida em comunidade. Em que pese a continuidade inerente à obra do multifacetado jurista italiano, outro aspecto que desperta atenção é o uso, por vezes, tencionando objetivo diverso, da mesma noção de materialidade da constituição em contextos sociopolíticos diferentes, sendo cognoscível a adaptação dos pressupostos teóricos à legitimação do contexto ideológico mais favorável aos interesses do autor.

Essa relação fica evidente ao verificarmos que o surgimento de sua “teoria” ocorreu no contexto do fascismo italiano, do qual foi partícipe teórico, momento em que associava o núcleo fundamental substancial da Constituição com a unidade política proveniente da interpretação da vontade do povo pelo seu único intérprete, o partido fascista, em uma estratégia discursiva que legitimava a alteração da constituição formal - muitas vezes transgredindo garantias fundamentais por ela resguardadas - por um suposto núcleo ético, quase espiritual de valores: a constituição em sentido material. Mais tarde em sua obra, a constituição material permanece por um lado com um certo fundamento inalterado, conforme já tratado acima, mas se transmuta em substância, passando o núcleo ético a se associar com a ideia de pluralismo político e dialética: posicionamentos que derivam de uma adoção à corrente democrática do partido social democrático ao qual Mortati adere quando da redemocratização italiana (1945-1947). Ou seja, a categoria “constituição material” foi mobilizada em sua produção teórica de forma eficiente para legitimar dois diferentes contextos sociopolíticos e ideológicos, de modo que seu significado, conceito e elementos não podem ser dissociados do tipo de sistema político que buscava legitimar. A conexão entre autor e obra se faz evidente, sendo o uso da categoria tão importante quanto seu próprio conteúdo.

É a partir do segundo capítulo da presente obra, que se passará a delimitar o recorte teórico do que é "constituição em sentido material" no contexto europeu, levando em conta a construção teórica específica de Costantino Mortati e de autores que com ele dialogam, cada um, a seu próprio modo e em seus respectivos contextos discursivos. Para isso, o próximo capítulo irá apresentar as intuições que sedimentaram o terreno no qual se erige o debate sobre a constituição em sentido material. Isto é, se destinará a abordar como correntes provenientes da Itália, França

e Alemanha colocaram a questão da refutação ao positivismo jurídico a partir de propostas que mobilizam elementos materializantes. Diversificadas entre si, abordando ora o aspecto orgânico das formações jurídicas, ora, sua perspectiva associativa, ou ainda, solidarista, o eixo em comum será que estes pensadores e pensamentos compõem um núcleo antiformalista que apresenta os primeiros elementos discursivos inerentes à constituição em sentido material.

A partir dessa investigação inicial, cujo teor será mais descritivo do que analítico, ainda no mesmo capítulo, pretendemos aprofundar-nos teoricamente na construção de uma teoria constitucional que se desenvolve a partir das intuições passadas e se estrutura em propostas concretas de oposição ao positivismo jurídico, caracterizando um núcleo de pensadores que dialogam diretamente entre si no debate sobre o sentido e o alcance da ideia de “constituição”. São estes os interlocutores diretos de Costantino Mortati, que contextualizado nessa complexa teia teórica de propostas e descontinuidades, elabora sua teoria da constituição em sentido material, que será o objeto de análise do terceiro capítulo.

Com o objetivo de compreender as estruturas e limites que compõem a proposta de Costantino Mortati, o terceiro capítulo pretende desmembrar os elementos que sustentam a referida teoria, identificando suas influências doutrinárias, individualizando a abordagem do pensamento jurídico de Costantino Mortati e ao fim sintetizando quais são os desdobramentos práticos oriundos de um reconhecimento da constituição em seu sentido material. Isso irá levar a partir de elementos-chave que compõem sua teoria e entender como funcionam enquanto chaves heurísticas de análise da realidade, podendo ser empregados para a investigação em outro contexto sociopolítico e jurídico completamente diverso, como será o caso do Brasil. É no quarto e último capítulo desta tese que empregaremos o resultado da análise sobre a teoria da constituição em sentido material segundo Costantino Mortati para identificar aproximações teóricas em usos discursivos mobilizados pelo pensamento jurídico brasileiro. Não há, aqui, qualquer pretensão de afirmar uma influência direta, ou ainda, que os autores brasileiros se apropriaram ou leram diretamente Costantino Mortati. Sabemos que há influências e diálogos cruzados, no entanto, o que nos interessa é compreender se é possível identificar nas estruturas propostas pelo pensamento jurídico brasileiro aproximações teóricas com os elementos componentes da constituição material, enquanto teoria geral.

Ainda no intuito de explanar como nosso marco teórico será abordado, ressalte-se que sobre o autor, existe farta obra em língua italiana dedicada, em especial, a sua constituição em sentido material. A título de historiografia e fontes secundárias serão utilizados como referencial para análise de sua construção teórica a obra de Marco Brigaglia (2006), que faz uma síntese eficiente da teoria da constituição em sentido material, tendo sido essa a primeira obra a sistematizar seu pensamento jurídico. Será utilizada a coletânea de Ugo de Siervo (1980), que faz uma análise da participação de Costantino Mortati - entre outros no processo constituinte italiano e associa propostas e escolhas às respectivas teorias dos juristas. Aspectos relativos à teoria do autor calabrês serão pesquisados na coletânea de Fulco Lanchester (1989), *"Il método di Mortati"* e a organizada pelos professores Mario Galiza e o saudoso Paolo Grossi em 1990, *"Il pensiero giuridico di Costantino Mortati"*, publicadas pelo *Centro Studi per il Pensiero Giuridico* do professor Paolo Grossi. Além dela, ainda de língua italiana há a coletânea de Fulco Lanchester *"Costantino Mortati: costituzionalista calabrese"* e duas obras publicadas por Massimiliano Gregorio, dedicadas ao pensamento do autor italiano. Esse material será analisado em conjunto às fontes primárias, que são as obras publicadas pelo próprio Costantino Mortati. Além de seus livros, iremos utilizar diversos ensaios seus, textos de opinião, artigos em coletâneas e seus principais livros, como fontes primárias. A coleta de fontes nos permite criar base para uma pesquisa sistemática que contempla todas as fases de seu pensamento jurídico e identifica a linearidade que define os contornos da constituição material, enquanto teoria geral.

Essa análise será feita a partir da abordagem sobre as teorias constitucionais emergentes a partir do século XX na Europa continental e os diferentes usos e discursos que enunciaram a noção de "materialidade da constituição", identificando os contextos e também o impacto que os eventos políticos e sociais dos autores responsáveis tiveram sobre sua utilização. Apenas a partir desse exercício de identificação, será possível individualizar quais elementos se associam à noção de "materialidade da constituição" ou "constituição em sentido material" e devem ser tomados como base para rastrear o processo de uma possível tradução cultural na ciência jurídica brasileira e os usos e discursos que mobilizaram, em território nacional, esta noção.

# 2 A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL: USOS E DISCURSOS NO CONTEXTO EUROPEU

É no terreno da crítica antiformalista e das disputas teóricas que floresceu o ambiente fértil para o surgimento de uma concepção material de constituição. Se, em sua face formal, a Constituição foi erguida como símbolo de ordem, estabilidade e autoridade estatal, é em seu sentido material que se deixa ver a trama viva de forças sociais, políticas e culturais que a sustentam e transformam. Nesse entrelaçamento de forma e substância se inscreve a tradição europeia de pensamento constitucional, marcada por um contínuo esforço de questionar a suficiência da norma escrita diante das dinâmicas reais que moldam o direito. A trajetória que aqui se inicia reencontra suas raízes nos debates que, desde o final do século XIX, passaram a confrontar os limites de um modelo jurídico ainda ancorado na abstração normativa.

Foi essa crítica, desdobrada em diferentes correntes, que abriu espaço para pensar a Constituição como fenômeno vivo, sempre em diálogo com os contextos históricos que lhe dão forma e sentido. É nesse solo que se lançaram as sementes de uma teoria da materialidade constitucional, um percurso que agora iniciaremos e posteriormente revisitaremos, por meio dos autores que alimentaram a densidade e a vitalidade desse debate, que contorna as vicissitudes e complexidades que analisam e tensionam a complexa relação entre o campo social, político e jurídico.

## 2.1. A MATERIALIDADE DA CONSTITUIÇÃO E O AMBIENTE CRÍTICO AO FORMALISMO JURÍDICO: PRECEDENTES TEÓRICOS

O trajeto teórico que leva ao questionamento do modelo formal de constituição e à proposição do que se entende, na presente pesquisa, como a noção de materialidade constitucional, nasce, antes de mais nada, de um movimento em comum: a crítica antiformalista ao positivismo jurídico. A proposição dos pressupostos teóricos que formam a noção de constituição em sentido material parte do reconhecimento de condições de formação, durabilidade e efetividade da constituição para além do mecanismo formal legal. Esse é um diálogo que se articula, sobretudo, a partir dos anos 20 do século XX, mas que inicia a partir da constatação, por uma gama de autores, do que seria a insuficiência formalista em identificar corretamente o que é o direito, desde o final do século XIX. Essa crítica ocorre dentro de um campo

discursivo em disputa, no qual diferentes atores tentam definir o que pode ser considerado uma constituição legítima e quais são seus fundamentos reais. Como argumenta Michel Foucault, os discursos não são neutros; eles operam como práticas de poder, delimitando quais conceitos podem circular e quais são marginalizados[105].

É essa crítica ao formalismo que irá abrir espaço para propostas, que, para os fins da presente pesquisa, serão identificadas como "propostas materializantes". São elas que, ao longo das décadas e dos diferentes contextos investigados, irão propor outros modelos, estruturas e elementos centrais para correta identificação do que pode ser entendido como "constituição"[106]. Os elementos discursivos das referidas propostas variam: seus autores, intenções, posições institucionais e modificações operadas no meio[107]; o que há em comum, em um primeiro momento, para a seleção de quem são esses autores é a crítica ao formalismo e a existência de uma proposta de materialidade constitucional, alternativa ao modelo formalista.

Enquanto o formalismo divorcia o elemento jurídico de campos adjacentes, o ambiente em que primeiro desenvolve(m)-se a(s) teoria(s) da constituição material é pautado no encontro entre o político e o jurídico e no resgate de elementos considerados na doutrina então hegemônica como espúrios ao direito, tais como a política, a sociologia, a filosofia, entre outros. A característica que alinha em um mesmo eixo autores e vertentes diversas é a marca da antítese: a antítese à tradição anterior e até então vigente em boa parte da Europa Ocidental do Século XIX: o positivismo jurídico e o formalismo jurídico[108]. São essas impostações intelectuais, que, em que pese as diferentes inclinações teóricas, possuem como elemento em comum a crítica ao formalismo jurídico, que formam os precedentes teóricos para a formação dos pressupostos teóricos da constituição em sentido material e serão analisadas no primeiro tópico do capítulo que ora se inicia, seja por meio do antiformalismo ou do pluralismo jurídico. Para compreender os usos e discursos sobre

---

[105] Foucault destaca que o discurso não apenas reflete, mas produz realidade. Sua crítica à neutralidade do saber jurídico pode ser encontrada em: FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Loyola, 1996. Ainda, em: Arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

[106] WOLKMER, Antônio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1990.

[107] Essa diversidade de abordagens pode ser pensada nos termos de uma "gramática do constitucionalismo material", cujos léxicos variam conforme os campos epistêmicos e os contextos de recepção. Ver: HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[108] Sobre o tema, ver: Alfredo Gallego Anabitarte, La discusión sobre el método en derecho público durantela República de Weimar (Ciencias del Espíritu y Método Jurídico), Revista Española de DerechoConstitucional, Madrid, n. 46, p. 24-25, jan.-abr. 1996.

a materialidade constitucional, se deve, primeiramente, investigar as primeiras raízes da crítica ao formalismo jurídico e a emergência de uma proposta materializante que beberia em maior ou menor medida da fonte dessas reflexões.

O conceito de constituição material emerge nesse contexto como uma ruptura discursiva em relação ao formalismo jurídico hegemônico do século XIX. O primeiro grande enunciador desse discurso materializante foi Ferdinand Lassalle, cuja teoria dos fatores reais do poder abriu um novo campo de possibilidades interpretativas para a teoria constitucional. Além desse autor, outros juristas contribuíram, ainda que diretamente, na construção dos pressupostos teóricos que fundamentam a noção de constitucional em sentido material. Autores críticos do modelo jurídico liberal do positivismo jurídico apresentaram alternativas pautadas no pluralismo jurídico[109], reconhecendo a ineficácia da doutrina então vigente e defendendo propostas capazes de abarcar outros elementos como núcleos de juridicidade. Embora esse grupo de autores não tenha se ocupado diretamente do conceito de Constituição, sua abordagem pluralista tem papel significativo no resgate dos elementos considerados espúrios pelo positivismo jurídico, enquanto componentes do fenômeno jurídico: tais como a história, a sociologia e a política.

Este capítulo tem como objetivo apresentar o estado da arte na Europa e, assim, reconstruir o percurso teórico da noção de constituição em sentido material, sem ainda apresentar uma análise crítica aprofundada. O propósito aqui é estabelecer o panorama conceitual e as principais influências teóricas que servem de base para os capítulos seguintes. Por esta razão o presente tópico buscará delinear alguns dentre os autores responsáveis por disseminar abordagens teóricas pautadas, de uma ou outra forma, na crítica ao positivismo jurídico e na proposição de uma noção de constituição (ou de direito) que considera as complexidades do fenômeno jurídico e o substrato social subjacente. Tendo em vista que se procura, então contextualizar o ambiente intelectual precedente à formação de uma "teoria constituição", mais do que esgotar as abordagens sobre o pluralismo jurídico, delimitamos o objeto do presente tópico através da escolha de autores representativos de três núcleos de juridicidade

[109] Tem-se em conta aqui a definição de Albernarz e Wolmer (2013, p. 57): "O núcleo, porém, para o qual converge esta abordagem é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de juridicidade, destacando-se a produção normativa gerada por grupos organizados semi-autônomos que compõem a tessitura social e pressupondo-se que apenas uma pequena parcela das inúmeras expectativas que regem a vida social, e não necessariamente as mais importantes delas para todos os grupos, encontram guarida no Direito Positivo Estatal."

em ebulição então na Europa: França, Itália e Alemanha, sendo os autores a serem abordados: Ferdinand Lassalle, Maurice Hauriou, Léon Duguit, Santi Romano e Otto von Gierke.

### *2.1.1. Os fatores reais do poder em Ferdinand Lassalle: A essência da constituição*

O percurso de pensadores que desafia a noção formalista de Constituição tem seu ponto de partida[110] com o responsável pela primeira explanação sobre o que seria a essência (material) da Constituição, ou ainda, o que virá a ser classificado posteriormente como conceito sociológico[111] de Constituição: Ferdinand Lassalle, autor da obra "A essência da Constituição" e da conceituação sobre os fatores reais do poder. Sua obra, fruto de um discurso proferido em 1862 serviria de inspiração para seguidores e opositores da noção material de Constituição elaborarem respostas ao longo das décadas seguintes. Ferdinand Lassalle[112], nasceu em Breslávia, Polônia, em 11 de abril de 1825. Durante a faculdade, Lassalle aproximou-se do sistema filosófico de Hegel[113] e rapidamente se envolveu com os acontecimentos políticos da época[114]. A esse ponto, ele estava associado a contemporâneos como Marx[115],

[110] A posição pioneira de Lassalle na abordagem sociológica e até mesmo, na inauguração de um percurso investigativo sobre a Teoria Constitucional, é acenada por vários autores: Para Aurélio Wander Bastos, no prefácio da tradução brasileira de "A essência da Constituição", foi Lassalle quem formulou os pressupostos da ordem jurídica social democrática através de uma teoria crítica; Para Mattos e Simon (2018, p. 128), Lassalle se tornou o principal expoente da Teoria Constitucional, constituindo uma Teoria da Constituição "sem constituição", pois baseada primariamente sobre o sociologismo.

[111] Posição tradicional em manuais de direito constitucional e livros de teorias de estado, tais como: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 2; MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva 17. ed. 2022; MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[112] Lassalle foi filho de comerciantes de ascendência judia. Apesar de inicialmente ter sido encaminhado para uma carreira no comércio, seguindo os passos do pai, suas inclinações rapidamente o levariam a outros rumos[112] (DAWSON, 1891). Tornando-se um filologista e, em seguida, um professor, Lassalle estudou ainda filosofia em Breslau e Berlim e foi aprovado com louvor.

[113] Elementos Hegelianos podem ser identificados na obra de Lassalle. De acordo com Santas Neto e Santos (2009, p. 92): "m sua filosofia da história, Lassalle herda de Hegel a crença de que o princípio da história seria o desenvolvimento da liberdade e que tal processo não poderia ser impedido, pois seria um processo histórico inevitável, que poderia, no entanto, ser acelerado. Lassalle era um otimista radical, mas não um determinista, pois acreditava que o homem poderia dar forma à liberdade na realidade histórica. A classe operária - alemã -, naquele momento histórico, seria, em suas aspirações, a indicada para desenvolver e realizar a liberdade, tida como princípio vivo da história. Sem privilégios particulares, a classe operária seria a adequada para iniciar uma nova etapa na história, pois nela não haveria contradição entre o interesse particular e o geral.".

[114] DAWSON, William Harbutt. German socialism and Ferdinand Lassalle. London: Swan Sonnenschein, 1891.

[115] A relação entre os pensamentos de Lassalle e Marx é explorada por Santos Neto e Santos (2009), segundo os quais, apesar da associação em comum com os ideais socialistas, havia relevantes

Engels e Wolff[116] sendo conhecido entre a classe trabalhadora de Disseldorf como um proeminente simpatizante do Socialismo[117]. Participou ativamente de levantes que integraram a Primavera dos Povos, discursando em eventos coletivos, no sentido de incitar o povo à uma postura de resistência armada em relação à decisão do governo Prussiano de dissolver a Assembleia Nacional, o que o faria ser preso em 1848 e banido de Berlim[118].

A questão movimentou os ânimos da população de Berlim e Lassalle foi convidado para promover uma palestra na associação de contribuintes de Berlim. O discurso que então proferiu viria a se tornar o livro “A essência da Constituição” e constituir o que pode ser considerado o pontapé inicial para a discussão sobre a materialidade constitucional. De acordo com Gisele Maria Bester, "o sociologismo constitucional tem seu exímio representante em Ferdinand Lassalle, o qual foi, no século passado, um precursor da socialdemocracia alemã."[119]. É sobre os elementos

distinções. De acordo com os autores, Lassalle foi duramente criticado por Marx devido à visão sobre o Estado, uma vez que o primeiro acreditava na possibilidade de uma revolução pacífica pela classe operária. Em suas obras, os autores abordam as aproximações e distanciamentos entre os pensamentos de Lassalle e Marx. Segundo os autores: “Lassalle foi muito criticado por Marx, pois ao contrário deste, preconizava uma evolução pacífica - por meio de reformas -, do capitalismo o socialismo. Ele representou, mais que qualquer outro, a emergência, na arena política, de um movimento pela igualdade que viu na criação e expansão do sufrágio eleitoral uma oportunidade de enorme potencial emancipatório para a classe trabalhadora.” (SANTOS NETO; SANTOS, 2009, pp. 84-85).

[116] SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; SANTOS, Leila Borges Dias. Ferdinand Lassalle e o Estado de Bem Estar Social. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 33, p. 84-93, 2009.

[117] Tendo vivido uma breve vida e falecido ainda em 1864, apenas 2 anos após proferir seu mais célebre discurso que tornaria-se a obra “A essência da Constituição”, a interferência de Lassalle propriamente no movimento operária deu-se de forma ainda embrionária, tendo maior repercussão no pensamento jurídico constitucional que seria desenvolvido a partir de suas provocações. Sobre o momento em que viveu e o impacto de sua presença política, Santos Neto e Santos (2009, p. 86): “Quando Lassalle surgiu na cena histórica alemã, o movimento operário estava ainda em seus primórdios. Suas primeiras intervenções públicas foram de apoio à unificação da Alemanha. Fortemente influenciado pelo romantismo alemão, criticou os camponeses que se alinharam aos seus senhores, e afirmou que a Alemanha só poderia realizar o seu destino histórico caso se transformasse numa nação única. Posteriormente argumentou que a missão histórica da classe operária alemã seria a de eliminar os privilégios e a da realização de um Estado nacional centralizado e forte. A via para obtenção de tal fim seria o sufrágio universal.”

[118] Segundo Dawson (1891, op.cit.), Lassalle retornaria apenas em 1859 disfarçado de motorista de taxi e se reaproximaria do campo político apenas em 1862[118]. O contexto então era de disputa constitucional, uma vez que o rei da Prússia dissolvera o parlamento, devido à não ter recebido seu apoio ao tentar forçar uma lei que reorganizava o exército e aumentava seus vencimentos. Ao fazê-lo, o rei justificou que poderia, “pelo bem da nação”.

[119] BESTER, Gisele Maria. A concepção de constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 36, n. 36, 1999, p. 231-250. P.232.

que inauguram a investigação sobre o conteúdo material da Constituição que as próximas páginas desta tese irão se debruçar[120].

Desde o início de sua fala, Ferdinand Lassalle delimita a pergunta condutora de suas ideias como: "qual é a essência de uma Constituição?". Seu propósito no discurso é apresentar uma construção do que pode ser entendido como Constituição *em si* e o que, por outro lado, não o é. Levantando a questão norteadora “Qual é a essência da Constituição”, Lassalle inicia por repelir o que considera como as tradicionais respostas, que classifica como "jurídicas", tais como: “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país”. As "respostas jurídicas", segundo ele, são capazes somente de descrever exteriormente como as Constituições se formam, apresentar seu conteúdo ou explicar o que fazem, mas não identificam o que faz de uma Constituição, Constituição. Descrever juridicamente o que é uma Constituição não alcança a resposta sobre sua essência, pois a resposta não deve ser estritamente jurídica, segundo o autor. Inicialmente, ele aborda, para delimitar qual é a "essência constitucional" é necessário descobrir "o que é a constituição”. Só partir desse dado, será possível avaliar se "uma determinada Constituição é, e porque, boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável"[121].

A essência da constituição, segue Lassalle a explicar, diz respeito às exigências substanciais da mesma. A definição de Constituição, para ser exata, deve ser capaz de ser aplicada a qualquer constituição em qualquer tempo ou local, e, para descobri-la "de nada servirão as definições jurídicas, que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados por uma nação ou por esta e o seu rei, proclamando-as Constituições, seja qual for o seu conteúdo". Essas considerações iniciais feitas logo no início do proclamado discurso de Lassalle traduzem um dado que especialmente nos interessa: a Constituição, a seu ver, *não é meramente jurídica*. A sua definição não pode ser encontrada apenas no Direito. Afinal, segundo Xavier, “os problemas constitucionais não são primariamente problemas de direito, mas de poder.”[122]

---

[120] XAVIER, Vinicius de Moura. A essência da Constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 3, n. 7, Lisboa, p. 5407-5427, 2014.

[121] LASSALLE, Ferdinad. A Essência da Constituição. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. P. 8.

[122] XAVIER, Vinicius de Moura. A essência da Constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 3, n. 7, Lisboa, p. 5407-5427, 2014. P. 5407.

Ao afirmar que a Constituição não é meramente jurídica, mas sim resultado de relações de poder concretas, Lassalle não apenas desafia a concepção formalista, mas propõe um novo regime de verdade para a teoria constitucional. Conforme argumenta Foucault, um regime de verdade se estabelece quando determinados discursos são legitimados como portadores do saber válido, ao passo que outros são relegados à periferia do conhecimento jurídico. No caso de Lassalle, seu discurso desloca o direito constitucional para um campo no qual a legitimidade não decorre do texto normativo, mas das forças sociais e políticas que o sustentam. Esse deslocamento discursivo alteraria o eixo do debate jurídico nas décadas seguintes, influenciando o pensamento jurídico dos demais autores a serem abordados no presente capítulo. A sua substância, aquilo que faz dela uma Constituição e não uma folha de papel está além do campo meramente jurídico, e sim "é a fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucionais."[123]. São estes os *fatores reais de poder*, pressuposto teórico do pensamento de Lassalle, ao qual ele dedica o restante de sua obra, primeiro os descrevendo, em seguida, os exemplificando, e por fim - quase timidamente - os questionando.

Na busca pelo conceito de Constituição, Lassalle inicia por distingui-la de "lei", um percurso sobre o qual vale a pena nos debruçarmos no momento, com objetivo de identificar os elementos materiais que fazem da Constituição o que ela é, e não outra coisa similar. Inicialmente, Lassalle apresenta a certeza da distinção ao explanar que, diferentemente da lei, a Constituição representa o “espírito unânime dos povos [que] uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. Apesar de ambas (lei e constituição) possuírem aproximações, por serem gerais e aprovadas através de votação legislativa, existem distinções que servem, sobremaneira, para explicar qual é o conceito de Constituição em Lassalle. A primeira distinção entre “lei” e “Constituição”, em Lassalle, é que a segunda é uma "lei fundamental". Do atributo “fundamental” podem ser desumidas duas conclusões: Primeiro, por ser fundamental, a Constituição será constitutiva de todas as outras leis, de forma que deverá "atuar e irradiar através das leis comuns"[124]. A segunda consequência, e principal, é que este "algo fundamental" que faz da Constituição ela mesma é "irrefutável", involuntário. A ideia de fundamento, em Lassalle, está associada à uma causa ou, ainda, a uma força, advinda da realidade,

[123] LASSALE, op.cit. p.8.
[124] LASSALLE, op.cit. p.10.

que se move de forma estrutural, *decorrendo* na Constituição de forma necessária. O fundamento da constituição é, portanto, fruto não de escolha e sim da necessidade.

> As coisas que têm um fundamento não o são assim por um capricho; existem porque necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permite serem de outro modo." (...) A ideia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz que torna por lei da necessidade que o que sobre ela se baseia seja assim e não de outro modo[125].

Opera-se sobre a Constituição algo que faz dela o que é. Que não pode ser alterado ou escolhido de acordo com a vontade de quem a escreve, mas sim, está inscrito nas forças que se movem de forma subjacente à sua existência, tornando-a Constituição. De acordo com Lassalle, "Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será (...), uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são"[126]. A questão que se coloca é: se, e em que medida, a Constituição possui força de constituir e operar situações jurídicas que, possivelmente, alterem, a realidade. Uma vez que a Constituição em si é fruto de fatores inscritos na realidade. Segundo Lassalle, ela é mais produto do que agente; Produto, pois, para descobrir a essência do que pode ser considerado Constituição, é necessário descobrir quais sãos as forças, os *poderes* capazes de se estabelecerem como Constituição.

Nesse sentido, a perspectiva realista é predominante em seu pensamento. Para o debate e a nível de influência em relação aos pensamentos que se desenvolvem a partir desse ponto, o que se destaca nesta delimitação inicial é: ao adotar uma postura descritiva, reconhecendo a relação de identidade entre os poderes de fato e a noção de "constituição real", atribuindo, porém à constituição escrita o papel de formalização de uma situação pré-existente, Lassalle, ainda que indiretamente, desconstitui a noção formalista[127] de Constituição e conecta, em essência, as dinâmicas reais que emergem das estruturas de poder sociais e aquilo que forma a noção de "constituição". A constituição *real* é, porque é. Existe independentemente de um procedimento e de uma decisão. Quais seriam, então,

---

[125] Ibidem.
[126] ibidem.
[127] Nesse sentido, Santos Neto e Santos (2009, p. 91): “O realismo jurídico tem natureza anti-metafísica, rejeita a jurisprudência mecanicista da escola da exegese e é cética com relação às normas e conceitos jurídicos, pois é contrário ao formalismo jurídico, que percebe as normas e sistemas jurídicos possuiria qualidades formais devido ao dogma da racionalidade do legislador, no formalismo jurídico, os códigos seriam a concretização da razão”.

essas dinâmicas reais, estes *fatos de poder* que determinam o que é, na realidade, a Constituição? A resposta consiste no célebre conceito de Lassalle: os fatores reais do poder. Segundo o autor, a Constituição real existe e sempre existiu em qualquer tempo e sociedade, uma vez que a Constituição corresponde aos elementos que tem força o suficiente para se estabelecerem no plano dos fatos e da realidade, gerando, assim, o que se entende por Constituição. Esses são os fatores reais do Poder. Segundo Lassalle:

> Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são[128].

A seguir, Lassalle aborda, um a um, os fatores reais de poder que interpreta existirem e constituírem seu conceito de Constituição dentro da realidade no qual este subscrito. Nesse sentido, elenca a) a Monarquia, que considera um fator de poder relevante, uma vez que é detentora do controle sobre o Exército. Na época, o Exército não jurava à Constituição e sim à Coroa; b) A aristocracia, que consistia na Câmara Alta com atribuição de fiscalizar os acordos dos proprietários. Um fato a ser notado é que Lassalle não *defende* que estes devam ser os fatores reais de poder, ele os *descreve*. No caso da aristocracia, por exemplo, Lassalle - que era um autoproclamado simpatizante das ideias socialistas - criticava a concentração de poder e a desproporção no peso dos votos dos membros da Câmara Alta e dos demais representantes do povo; c) A grande burguesia também é indicada por Lassalle como um fator real de poder, uma vez que, segundo o contexto fático atual, a expansão industrial não aceitaria uma Constituição que limitasse a liberdade comercial ou a expansão capitalista da Grande Burguesia. Sendo assim, há um exercício real de poder que faz, desse grupo, um fator real de poder; d) Os banqueiros também são elencados nessa lista, uma vez que o governo utilizava deles como recurso, realizando empréstimos e, de certa forma, dependendo desse grupo.

A pequena burguesia e a classe operária são indicadas, não exatamente como um fator real de poder, mas como elemento que, *em situações extremas*, é parte integrante da Constituição. Nesse sentido, “nos casos extremos e desesperados também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição”[129]. Sobre

[128] LASSALLE, op.cit. p. 26.
[129] LASSALLE, op.cit. p.32.

essa questão, é relevante salientar que Lassalle identifica um papel relevante no povo enquanto *cultura coletiva e consciência social do país*, porém sua falta de expressividade enquanto parte da Constituição se dá devido à desproporção da participação política deste em relação aos demais fatores de poder, que possuem os meios de fato de impor suas vontades e alterar os rumos do país. O poder político do rei tem manejo sobre o exército, é dotado de organização e força. É capaz de reunir-se, funcionando como uma disciplina única e ser utilizado de acordo com sua vontade. Diferentemente do povo (aqui Lassalle se refere ao povo como "nação"), que embora seja infinitamente maior, não está *organizado.* Contextualmente, é importante perceber que, ainda no início de seu percurso político, e considerando ainda sua associação aos pensamentos socialistas da época, a fala sobre a fragilidade do povo em relação aos demais fatores reais do poder, devido à ausência de organização, longe de representar um descrédito ao povo, pode ser interpretada como uma *incitação à organização da classe operária*. Destaque-se que esse discurso é feito na sede da Associação de Operários de Berlim.

Lassalle não descreveu os elementos que constituem a Constituição a partir do que entendia como ideal. Sua abordagem não é propositiva e sim descritiva. Isso pode ser percebido pelo contraste entre suas ideias/percursos (socialistas) e pela identificação de quais são os elementos que compõem a Constituição, alguns inclusive pelos quais ele lamenta, como é o caso da Aristocracia (e provavelmente a burguesia também). O conceito de Constituição em Lassalle é descritivo e realista. Nesse sentido, explicam Gama e Cornely:

> Pode-se perceber que segundo Lassalle a Constituição acaba por refletir o contexto social em que está inserida, ratificando a distribuição de riqueza e de poder que se verifica factualmente na sociedade. A Constituição, assim, apenas enuncia os fatos que já são verificados de modo concreto na realidade social, sendo que, caso disponha de modo diverso da realidade concreta, não haverá, por conta disso, uma modificação na estrutura e divisão do poder[130].

Ainda no tocante à referência às ideias de *cultura coletiva* e *consciência social do país*, outro elemento se destaca na obra de Lassalle, que é a referência a uma espécie de "espírito do povo", ligado à uma condição pautada na historicidade da nação, enquanto povo, desenvolvendo uma noção de núcleo espiritual que, viria a

[130] GAMA, Clairton Kubassewski; CORNELY, Felipe. A essência da constituição em perspectiva contemporânea: Desconsideração do texto constitucional na visão de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Re Severa Verum Gaudium, v. 6, n. 1, Porto Alegre, p. 101-122, jun. 2021. P.108

repercutir nos estudos posteriores sobre a identificação do cerne material constitucional. Os elementos da historicidade, herança hegeliana, as condições de negação do formalismo, a consideração dos fatos de poder como elementos constitutivos da constituição e a identificação de um espírito do povo de natureza nacionalista pincelam as intuições lassalleanas que irão dar o pontapé inicial para as discussões sobre a constituição em sentido material. Quanto a estes elementos[131]:

> Lassalle sentia necessidade de adaptar os métodos de luta, e os fins à realidade concreta das condições históricas. Para ele o movimento da história é definido pela consciência, não dos indivíduos, mas das classes. Pois o processo histórico se realizaria pelos conflitos de classes, que para vencer, deveriam ter consciência de seus fins e dos fins do adversário. A consciência seria requisito e produto do processo histórico. As classes é que produziriam tal consciência. A série dos feitos históricos seria a exterioridade do desenvolvimento da ideia. A classe refletiria, por meio da consciência, o desenvolvimento do espírito absoluto. E o espírito do povo é que seria portador de determinado grau de desenvolvimento, sendo predestinada a sua missão. Este espírito do povo se corporificaria no Estado, que seria dominado pela ideia da classe trabalhadora, realizadora da atuação da liberdade humana, por meio de uma consciência plena

Em seguida, após descrever quais seriam os elementos constitutivos da Constituição (os fatores reais de poder), ele coloca a questão da “constituição escrita” e qual é seu papel/relação com a constituição real. Diferentemente da constituição real, que sempre existiu em qualquer país/organização social de qualquer natureza, a Constituição escrita é uma invenção moderna e se trata, em verdade, de uma forma de legitimação de poder[132] por parte de quem o detém. Nesse sentido, Lassalle:

> Todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos de sua história, uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos - e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância -, não são as constituições reais e efetivas, mas sim, as constituições escritas nas folhas de papel"[133].

As Constituições Escritas são invenção do Estado Moderno, com o fenômeno do monopólio do Direito pelo Estado. A missão das constituições escritas é "estabelecer documentalmente numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente”. A forma de avaliar se uma Constituição escrita é boa e duradoura

---

131 SANTOS e NETO; SANTOS, op.cit. p.92.

132 Segundo Xavier (op.cit, p. 5418), o papel da Constituição Escrita, longe de ser irrelevante, de acordo com a análise de Lassalle, constitui uma ponte forma de legitimação do poder: “Nesse ponto, importantíssima a sua definição do motivo pelo qual seria necessária, na visão dos detentores de poder, a existência de uma Constituição escrita. Para Lassalle, seria como mera forma de legitimação, mais legítima, mais fácil, mais convincente.”

133 LASSALLE, op.cit. p.28.

é através da sua correspondência com a Constituição real. Caso ambas sejam distintas, mais cedo ou mais tarde, a primeira irá se tornar apenas "uma folha de papel". Vem daí a famosa e muitas vezes mal interpretada afirmação de Lassalle de que a Constituição escrita é apenas uma folha de papel. Ao afirmar isso, o autor não descredibiliza a Constituição enquanto instrumento formal. Ao contrário, ele afirma que é através da Constituição escrita que o poder/fato se torna jurídico, deixando de ser apenas *poder* e passando a ser *direito*. Tratando da distinção entre ambas, o autor afirma:

> Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito - instituições jurídicas. Quem atentar contra eles, atenta contra a lei, e por consequente é punido[134].

Afirma, ainda, que essa Constituição escrita por si só não é capaz de criar o que é o poder. Ela é resultado deste e sua função é afirma-lo juridicamente, e, assim, legitimá-lo. As forças constitutivas (A Constituição real, isto é, os fatores reais de poder) existem inobstante dessa. Como afirmam Gama e Cornely, "a Constituição real descreve esses fatores reais de poder e as relações que deles se originam. Enquanto que a Constituição escrita é aquela em que se positivou esses fatores"[135]. Assim, a Constituição (escrita) não cria o poder, mas ela cria o estado *jurídico* do poder. Nesse sentido, Georges Bourdeau:

> A Constituição deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois se antes dela o Poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Lei Fundamental ele muda de natureza e se juridiciza, convertendo-se em Poder de direito, desencarnado e despersonalizado[136].

A Constituição escrita não é irrelevante para Lassalle, mas ela não é a Constituição real. Esta última vem dos fatos e do poder. Ultrapassa aquela "apenas" jurídica, pois é fruto de toda a realidade subjacente. É possível entender que através dessa operação, é dado o pontapé inicial para uma série de reflexões a respeito da

---

[134] Op.cit. p. 32

[135] GARMA; CORNELY, op.cit.p.109.

[136]BOURDEAU, Georges. Traité de Science Politique. Paris. LGDJ. 1984, tomo IV, pp. 44/45. In. A defesa da livre concorrência na Constituição. MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. Separata da revista arquivos do Ministério da Justiça. a.47.n. 184. Jul/dez 1994. p. 9.))

relação entre direito e política, a partir do eixo da constituição. Essas discussões irão convergir, em alguma medida, para a noção de "materialidade", ainda que esse termo não tenha sido explicitamente falado ou sequer acenado em sua obra, uma leitura discursiva de seu pensamento leva aos pressupostos filosóficos e teóricos que irão guiar as primeiras reflexões sobre a constituição em sentido material, em substância e nome. De acordo com Xavier, sobre Lassalle:

> Coube-lhe o mérito de haver lançado as bases de uma análise da Constituição no sentido material e sociológico, ao afirmar a necessidade de distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. Considerando que a verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos fatores reais e efetivos de poder que dominam nessa sociedade[137].

A produção de Ferdinand Lassalle, propriamente dia, não ultrapassa em muito o livro sobre o qual ora nos debruçamos. Ele viria a falecer apenas 2 anos depois deste discurso, em um duelo por razões pessoais. Porém o impacto de seu posicionamento reverbera por todo o século vindouro, em especial pelo mérito de identificar elementos constitutivos da noção de Constituição além da visão formalista que então orbitava o circuito intelectual de juristas. Lassalle utiliza elementos da história, sociologia e realismo para delinear o que considera fundamento da Constituição. Identifica no poder o que cria a conjuntura da Constituição real, mas não nega papel relevante à Constituição escrita (esta, sim, jurídica), uma vez que a interpreta como instrumento de legitimação do poder de fato pelos detentores do mesmo. Ultrapassando a visão formalista, inaugura a abordagem realista na investigação constitucional. Segundo o autor:

> Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder. A verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social[138].

Suas provocações geram encaminhamentos bastante relevantes para a investigação a qual nos propomos a realizar nesta pesquisa. É a partir de Lassalle, que uma série de autores se investe da tarefa de identificar e delinear o que seria o núcleo material da constituição, para além de sua existem formalmente escrita. A partir

---

[137] XAVIER, Felipe Rodrigues. Viragem Constitucional, de Lassalle a Hesse. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 111, n.p., São Paulo, 2019.
[138] LASSALLE, op.cit. p. 40.

dessas intuições, começa a se delinear um ambiente propício à atribuição do termo “constitucional” para elementos além dos tradicionais jurídicos.

Identificamos como elementos discursivos: os fatores do poder, o elemento historicista, a abordagem realista e, claro, o “espírito do povo”. Estes traços que, segundo Lassalle, delineiam a matéria constitucional em “essência”, serão o ponto de partida para as impostações intelectuais que se desenvolvem nas próximas décadas, delineando o que se entende por “constituição em sentido material”. Segundo Gisele Maria Bester, "apesar da diferença histórica que os separou, Lassalle introduziu os subsídios sociológicos que servem de negação à moderna teoria do Direito de Hans Kelsen"[139]. A aproximação entre política e direito configura a principal operação deste período de antecedentes teóricos à formação de uma Teoria Constitucional novecentista e em muito sofrerá influência dos pensamentos de Lassalle. No campo do discurso jurídico, essa transformação pode ser compreendida como uma disputa por qual enunciado sobre a constituição material seria legitimado como saber jurídico válido. Se Lassalle rompeu com o formalismo ao descrever a constituição como reflexo das forças sociais, Léon Duguit e Maurice Hauriou disputarão essa noção ao propor caminhos distintos para estruturar essa materialidade. A seguir, abordaremos como Duguit e Hauriou operam dentro desse campo discursivo, cada um propondo um modelo específico de verdade sobre a constituição material, um centrado na função social do direito, e outro na estabilidade institucional como fundamento da constituição.

### *2.1.2. Antiformalismo em Léon Duguit e Institucionalismo em Maurice Hauriou*

A construção de modelos que se opõem à noção formalista de Constituição e que, em maior ou menor medida, constroem elementos que contribuirão no delineamento da noção de constituição em sentido material, não é linear, embora se desdobre em uma rede de influências interconectadas, seja por continuidades ou descontinuidades. Nesse trajeto, dois pensadores jurídicos elaboraram diferentes formas de pensar o Estado e o Direito que contribuem para a presente discussão,

[139] BESTER, op.cit. p. 234.

sendo eles: Maurice Hauriou e Léon Duguit[140]. Ambos os autores, em que pese oposições a serem destacadas em suas teorias, contribuem em suas formulações com a noção de constituição em sentido material em uma perspectiva antiformalista e, além disso, com a própria proposição de novos fundamentos para o direito público.

Maurice Hauriou (1856-1929) foi um jurista francês a quem se credita a criação da teoria institucionalista do direito[141]. Foi um professor de direito público da Universidade de Toulouse, cuja formação multifacetada incluía além de disciplinas jurídicas, interesse ávido por matérias como biologia, física, psicologia e sociologia. Tendo influência do campo teórico da sociologia[142], Hauriou passou a concentrar seus maiores esforços intelectuais em criar uma teoria do direito público que combinasse objetivismo e subjetivismo[143]. Segundo Cezary Węgliński, a abordagem de Hauriou em relação à ciência jurídica possui como traço distintivo uma perspectiva crítica que combina o método jurídico doutrinário e uma análise com influências da sociologia e do historicismo[144], com objetivo de transpor os modelos de positivismo jurídico objetivo e, ainda, criticar as vertentes majoritariamente sociológicas[145], como a de Léon

[140] Para uma análise aprofundada sobre os elementos em comum entre Hauriou e Duguit, ver: FARIAS, José Fernando de Castro. A Teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999
O autor constrói o percurso de aproximações entre os franceses desde suas trajetórias profissionais. "Léon Duguit e Maurice Hauriou foram dois juristas franceses contemporâneos. Duguit nasceu em 4 de fevereiro de 1859, em Libourne, e faleceu em 18 de dezembro de 1928. Hauriou nasceu em 17 de agosto de 1856, em laville, região de Charente, e faleceu em 11 de março de 1929. Ambos foram aprovados no mesmo concurso para professor titular (professeur agrégé), realizado no ano de 1882, que, nessa época, na França, era um concurso único para todas as disciplinas, exigindo-se uma formação global dos juristas, o que explicaria o conhecimento dos dois juristas tinham do Direito Romano e do Direito Civil. Eles foram professores e doyens (diretores) de duas grandes Faculdades de Direito do Sudoeste da França (Duguit foi da Faculdade de Direito de Bordeaux e Hauriou foi da Faculdade de Direito de Tolouse. (FARIAS, 1999, pp. 11-12.)
[141] COELHO, Luís Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Curitiba: Livraria Del Rey Editora e Livraria Jurídica. 1983.
[142] REALE, Miguel. Fundamentos do Direito, Ribeirão Preto, Editora Migalhas, 4ª edição. 2014.
[143] DE CICCO, Claudio. Considerações sobre o institucionalismo de Maurice Hauriou: bases filosóficas e verificação histórica/considerações sobre o institucionalismo de Maurice Hauriou: bases filosóficas e verificação histórica. Revista quaestio iuris. v. 13, p. 1, 2020, p. 881; REALE, op.cit, p.291.
[144] WĘGLIŃSKI, CEZARY. Maurice Hauriou's Theory of the Institution: Legal Institutionalism and the Science of the State. Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej, v. 32, n. 3, p. 88-102, 2022. P. 89.
[145] HAURIOU, Maurice. Sociological Writings, Pref. by Frédéric Audren and Marc Milet. Paris, Dalloz, 2008.

Duguit[146]. Suas influências remetem à Escola Histórica[147] e retoma, em suas proposições, postulados de Savigny, Gierke e De Maistre. Consegue, porém, ultrapassar o limite de influência desses autores e construir uma proposta original, ao fundamentar sua teoria no conceito de *instituição*, que assim é definida pelo autor:

> Uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos[148].

A produção de Maurice Hauriou tratou de forma profícua de temas relativos aos fundamentos do direito público e do direito administrativo. Em 1910, *em "Principes de Droit Public"*, tratou da noção de "ideia diretiva", que integraria suas principais reflexões fundadoras do institucionalismo. Em *"Précis de Droit Constitutionnel"*, de 1923, abordou os princípios da estabilidade política da ordem institucional. É em sua obra *"Théorie de l'Institution et de la Fondation"*, traduzida em português em 2002 para "Teoria da Instituição e da Fundação", porém, que aprofunda a noção de que o direito nasce das instituições que estruturam a vida política e social. Esta obra, que viria a gerar o ensaio "A teoria da Instituição da fundação: ensaio de vitalismo social" em 1925, é onde o autor francês atinge suas conclusões mais sólidas sobre o delineamento da instituição enquanto gênero do qual o Estado é apenas uma das espécies. Enfrentando o problema que considera, fundamental ao Direito - a transformação da situação de fato em situação de Direito - Hauriou coloca como momento central aquele no qual ocorre o processo de consolidação ou permanência. Isto é, quando nasce a instituição, através de operações jurídicas repetidas por um governo ou administração, conectadas por procedimentos próprios e que encontram durabilidade devido à manutenção social.

---

[146] De acordo com Cezary Węgliński, Duguit foi o maior adversário científico de Hauriou. Essa não é uma concepção unânime e autores como FARIAS (1998) e COMPARATO (1999) colocam os autores no mesmo campo de crítica ao formalismo jurídico, identificando elementos em comum em suas teorias de direito público. Porém, embora ambos compartilhassem a crítica ao positivismo jurídico, Hauriou criticava o papel da ordem social em Duguit, que seria exageramente sociológico em sua análise. Segundo o autor: "Hauriou criticized Duguit's theory by affirming that the application of social sciences in law should not amount to complete abstraction, radical social determinism or absolute reductionism subjecting the law to sociology. Instead, Hauriou intended to combine subjectivism and objectivism in both ontological and epistemological assumptions of his theory." Cezary Węgliński (2020, p. 90). Demais divergências e aproximações serão tratadas a seguir.

[147] DE CICCO, op.cit., p.85.

[148] HAURIOU, Maurice. A Teoria da Instituição e da Fundação: Ensaio de Vitalismo Social. Tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009. P.19.

> O problema fundamental do Direito é a transformação da *situação de fato* em *situação de direito*. E isto se verifica quando há um encontro entre operações jurídicas repetidas de governo e de administração, ligadas por procedimentos, de modo a ter uma duração consistente na trama mais leve das relações jurídicas passageiras[149].

Quando esses elementos, cuja criação e execução são implementadas e guiadas por uma ideia diretiva, funcionam através de mecanismos de coação e sanção e se estabelecem de forma perene, pode-se, então, reconhecer a existência de uma instituição. A noção de ideia diretiva é fundamental para sua definição de instituições, pois é esta que guia sua estruturação e continuidade. Segundo Hauriou, se trata da "ideia de uma obra a ser realizada para vantagem do grupo social, sendo tal ideia o elemento mais importante da instituição"[150]. O poder oriundo desse processo de criação deve ser organizado em uma estrutura hierárquica que permita sua realização efetiva, através do estabelecimento de funções, normas e procedimentos. Isso tudo irá se operar através de manifestações de comunhão, isto é, rituais e práticas que mantêm a coesão do grupo e garantem seu aspecto duradouro e contínuo. A durabilidade fundamenta a legitimidade da instituição. Dessa definição é possível extrair conclusões que se integram no percurso teórico de construção dos pressupostos da constituição em sentido material, ainda que em uma cadeia de influência incipiente.

Analisando discursivamente esses elementos, é possível identificar que ideia diretiva, poder organizado e manifestações de comunhão apresentam-se como mais do que simples conceitos abstratos, podendo ser interpretados como práticas discursivas que estruturam e legitimam relações de poder dentro do direito e da política e ultrapassam a noção liberal de que toda a experiência jurídica vem do Estado e do direito positivo propriamente dito. A institucionalização do direito em Hauriou também pode ser lida como a construção de um regime de verdade jurídica, no qual as instituições se apresentam como a principal fonte de normatividade. Como destaca Michel Foucault, os discursos jurídicos não apenas descrevem a realidade, mas a constroem, delimitando quais formas de direito são legítimas e quais são marginalizadas. Dessa forma, ao sustentar que as instituições têm um papel primário na criação do direito, Hauriou reconfigura a própria estrutura discursiva da normatividade jurídica. A instituição, portanto, não se trata de um fenômeno social

---

[149] HAURIOU, Maurice. Teoria dell'istituzione e della fondazione, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931. Pp.13-14.
[150] Ibidem, p. 17.

espontâneo e sim das relações de poder que se operam em uma estrutura estável e legítima. A forma como Hauriou (2002) enuncia estes elementos e, a partir deles, estrutura a relação entre instituições, Estado e norma jurídica alinha-se à crítica do formalismo jurídico e abre espaço para o reconhecimento de uma noção mais ampla de juridicidade e, consequentemente, de constituição. Hauriou divide as instituições em duas espécies: instituições coisas e instituições-coisas[151]. As primeiras são definidas como uma categoria central, enquanto as segundas são consideradas secundárias (estáticas). Na segunda categoria, Hauriou enquadra os atos de direito positivo[152]. Estes últimos, portanto, são apenas uma das manifestações das instituições. Considerando que, em Hauriou, todas as instituições produzem um regime legal próprio, é possível compreender que as consequências de sua teoria acenam uma proposta de pluralismo jurídico. Neste sentido, Cezary Węgliński:

> O mais crucial é a tese do pluralismo jurídico, segundo a qual a legalidade não é um domínio exclusivo do Estado, mas pertence a "múltiplas instituições cujas complexas relações de poder e equilíbrio compõem a estrutura social". Segundo Hauriou, conforme indicado acima, toda instituição social cria sua própria legalidade, a qual é independente do direito estatal positivo estabelecido e reconhecido[153].

Ao negar a exclusividade da criação do direito ao Estado, e enquadrá-lo como apenas uma das instituições produtoras de juridicidade, Hauriou defende que as condições de criação jurídicas dependem do reconhecimento da existência de uma instituição, isto é, dos elementos discursivos supramencionados e, em especial no conceito de durabilidade, cuja existência depende da legitimidade. O jurídico não se resume, portanto, ao direito positivo[154]. Como explica Weglinski, *"this social legality is, according to him, not "properly juridical", but "primary moral or intellectual"[155]. Essa é a fundação para o conceito de Hauriou de "bloco de legalidade"[156]*, que engloba fontes de juridicidade para além do texto normativo emanado pelo Estado. O conceito de

---

[151] A divisão é feita de forma sistemática na obra HAURIOU, Maurice. Summary of administrative law and public law, Paris, Dalloz, 2002.
[152] MAZÈRES, J.-A. La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué. In Pouvoir et liberte : études offertes à Jacques Mourgeon. Bruxelles, Bruylant. 1998.
[153] The most crucial is the thesis of legal pluralism according to which legality is not an exclusive domain of the state but belongs to "multiple institutions whose complex relations of power and balance compose the social structure". Op.cit. p. 92.
[154] LORINI, G. Dimensioni giuridiche dell'istituzionale. Padova: CEDAM. 2000.
[155] WĘGLIŃSKI, Cezary. Maurice Hauriou's Theory of the Institution: Legal Institutionalism and the Science of the State. ARCHIWUM FILOZOFII PRAWA I FILOZOFII SPOŁECZNEJ. 2022/3. https://doi.org/10.36280/AFPiFS.2022.3.88, p. 93.
[156] HAURIOU, 2002, op.cit.

"bloco de legalidade", cunhado por Hauriou para designer o conjunto de *"regulatory rules [...] into legality understood in the broad sense, that is to say in the sense of a block of rules whose provisions must be observed for the validity of particular acts*" será futuramente resgatado, como veremos nos capítulos seguintes desta tese, como inspiração para o conceito de "bloco de constitucionalidade" de Louis Favoreu[157]. Segundo Roblot-Troizier:

> Assimilada aos padrões constitucionais, a expressão "bloco de constitucionalidade" apaga a distinção, dentro dos parâmetros de referência para o controle de constitucionalidade, entre aqueles que possuem valor constitucional e aqueles que, mesmo não possuindo tal valor, condicionam a constitucionalidade da norma objeto de análise.[158].

Esta noção, cujas repercussões na contemporaneidade possuem estreita afinidade com o delineamento de uma ideia de "constituição em sentido material", contempla o conjunto de elementos de valor constitucional que ultrapassam o texto normativo em si[159] e constituem objeto da discussão mais atual sobre o que compõe/poderia compor um núcleo material de constituição. Embora este seja um tema a ser abordado no último capítulo desta tese, o reconhecimento de sua afiliação teórica identificada, quase um século antes, à incipiente ideia de Hauriou, é um dado importante na investigação sobre a construção, através do tempo, de uma noção de constituição em sentido material.

No tocante às consequências da teoria institucionalista de Hauriou no delineamento do que viria a ser uma constituição em sentido material, concluímos o seguinte: tendo o núcleo material da constituição como elemento que manifesta o cerne político e jurídico de uma sociedade, é possível entender que, em Hauriou, a constituição material consiste na estrutura organizacional do Estado[160], baseada em práticas sociais e políticas efetivas, formando uma ordem institucional que garante a

---

[157] FAVOREU, Louis. La Constitution et son juge. Paris: Economica, 2014; FAVOREU, Louis. "The Block of Constitutionality," in The Constitution and its Judge , Paris, Economica, 2014, p. 565, in part p. 566.

[158] Do original: "Assimilated to constitutional standards, the expression "block of constitutionality" erases the distinction, within the standards of reference for constitutional review, between those which have constitutional value and those which, without having this value, condition the constitutionality of a standard being reviewed" Em: ROBLOT-TROIZIER, Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel, "Jus Politicum" 2018/21, http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-les-sources-du-droit-constitutionnel-1261.html.

[159] FAVOREU, Louis. La Constitution et son juge. Paris: Economica, 2014. Sobre o tema, relevante ver: FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, v. 54, n. 1, 2006.

[160] WIECZOREK, op.cit.

continuidade do Estado através da durabilidade[161]. A sua legitimidade está ligada à forma como a ordem institucional se baseia em costumes e estruturas consolidadas através da tradição[162]. Seu institucionalismo jurídico sugere, portanto, que a constituição em sentido material ultrapassa o texto normativo e está embutida em práticas e costumes que estruturam o Estado. A noção de "poder organizado" (*pouvoir organisé*)[163] indica que a constituição verdadeira não é uma abstração jurídica, mas um conjunto de estruturas efetivas de poder, consolidadas e legitimadas por meio da adesão social[164]. É possível ver elos entre as provocações trazidas por Ferdinand Lassalle e o desenvolvimento das ideias de Maurice Hauriou. Enquanto Lassalle defendia que a constituição verdadeira de um país era um reflexo das forças políticas e sociais, Hauriou ampliou esta ideia, argumentando que as instituições (como forma organizada e estruturada de ordem social, com juridicidade própria) seriam as verdadeiras estruturas de poder, independentemente do direito formal[165].

Sua noção de "poder organizado" ecoa a ideia lassalliana de que as forças políticas moldam a estrutura do Estado, mas Hauriou desloca a ênfase das forças políticas sociais para as instituições jurídicas estabilizadas ao longo do tempo[166]. Sua ideia central é a de que instituições sociais e políticas estabelecem um ordenamento real, independentemente do direito formal, quando presentes os elementos estruturantes (ideia diretiva, durabilidade, poder organizado, manutenção social e aderência)[167]. Embora não trabalhe nos termos gramaticais exatos, os pressupostos teóricos e os enunciados discursivos se conectam aos elementos que constituem a

---

[161] MILLARD, E. Hauriou et la théorie de l'institution. Droit et société, 30-31, pp. 381-412. 1995.

[162] De acordo com Cezar Bessa, na visão de Hauriou "o Direito é a própria realidade social integrada pelo conjunto prevalente de ideias diretoras que reúnem em torno de si as forças conjugadas dos que pretendem a sua atualização." Em: BESSA, Cesar. A teoria da instituição do Estado e sua autonomia relativa: de Marx e Gramsci a Maurice Hariou. Consciência: revista interdisciplinar de sociologia e direito. Vol.15, nº1, pp. 67-81, 2013. P.78.

[163] HAURIOU, Maurice. Principes de droit public [Eng. Principles of Public Law], 1st edition [reprint], Paris 2010; HAURIOU, Maurice. A Teoria da Instituição e da Fundação: Ensaio de Vitalismo Social. Tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009.

[164] Segundo José Fernando Farias (2000, p.254), "Hauriou quer por em evidência o aspecto do poder organizado característico de toda instituição, que, segundo ele, é essencialmente baseada sobre um sistema de equilíbrio de contrapesos, de poderes e de contrapoderes, de separação de poderes, ou mais exatamente de funções, de separação de competências sobre um regime representativo". Em: FARIAS, José Fernando. A Origem do Direito de Solidariedade. São Paulo: Renovar. 2000. P.246.

[165] DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. Estado, democracia e direitos na crise do Constitucionalismo liberal: uma comparação entre o pensamento jurídico francês e brasileiro. Tese. USP, 2012.

[166] WIECZOREK, T. Institución y constitución en el pensamiento de Maurice Hauriou. Revista Ágora Filosófica, v. 20, n. 2, p. 132-166, 1 out. 2020.

[167] Segundo Hauriou, aderência não é "acceptance by the subjects of the acts' dominant force, because there can be a resistance against these acts, but rather a consent to sustain the institution despite of the acts of its executive organs" (HAURIOU, 2010, p. 14).

constituição em sentido material, de acordo com a delimitação adotada na presente pesquisa, podendo esta ser lida em Hauriou nas instituições que garantem a organização e continuidade do poder[168]. É nesse contexto que interessa analisar os elementos de continuidade e descontinuidade em relação a seu contemporâneo francês, Léon Duguit.

Léon Duguit (1858-1929) foi um jurista francês decano da Faculdade de Bordeaux, com fortes influências sociológicas e responsável por uma das mais bem elaboradas críticas à concepção jurídica do Estado e da noção de direito subjetivo da transição entre séculos XIX e XX[169]. O jurista francês faz parte do mesmo panorama de propostas antiformalistas que Hauriou, mas desenvolve sua teoria do direito público com base em fundamentos que, em muitos pontos, divergem profundamente do último, fazendo com que seja considerado por alguns autores como seu principal adversário intelectual[170]. De acordo com José Fernando de Castro Farias, apesar de serem constantemente colocados como opositores, do ponto de vista epistemológico, esta clivagem não prospera, pois ambos se colocam no polo opositor em relação à concepção individualista do direito[171]. Isto é, junto com outros como Eugen Ehrlich, Georges Gurvitch, Del Velcchio[172], além dos demais autores que serão tratados nas próximas páginas, "Duguit e Hauriou, por caminhos diferentes, tentaram abrir espaço para a construção de um sistema jurídico aberto e pluralista, a fim de viabilizar a emergência de um novo saber jurídico, que correspondesse a novas práticas"[173]. É essa mesma inclinação ao pluralismo e à crítica do modelo formal de constituição liberal que faz reconhecer nesses autores aproximações aos elementos que constituem o percurso formador da noção constituição em sentido material[174]. Nesse sentido:

---

[168] AUDEN, F., Millet, M. Préface. Maurice Hauriou sociologue. In M. Hauriou, Écrits sociologiques. Paris: Dalloz. 2008.

[169] PASHUKANIS, E. Leon Duguit. In: Entsiklopediia gosudarstva i prava, Leon Diugi, (1925-1926), Moscou, vol. 1, pp. 1064-1068. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/pashukanis/1925/mes/40.htm>.

[170] WĘGLIŃSKI, op.cit. p. 90.

[171] FARIAS, José Fernando de Castro. A Teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

[172] NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. In: Direito em Debate, n. 05. Rio Grande do Sul: Unijuí, 1995. Pg. 13.

[173] FARIAS, José Fernando de Castro. A Teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

[174] De acordo com Farias (1999, p. 3): "No fim do século XIX e no início do século XX, os enunciados de Duguit e Hauriou representavam uma descontinuidade em relação ao imaginário jurídico político liberal clássico, correspondendo às mudanças das práticas positivas do imaginário jurídico-político. Os

> No jogo enunciativo do discurso jurídico do fim do século XIX e do início do século XX, a lógica funcional de Duguit e a lógica institucional de Hauriou, mesmo revelando certas diferenças, representavam, na verdade, uma unidade discursiva que estaria em descontinuidade em relação a outros enunciados anteriores (como os do direito clássico e os do direito moderno) e em relação a enunciados da mesma época[175].

As diferenças entre suas concepções, porém, são relevantes, e serão a seguir apontadas, como forma de compreender quais elementos discursivos são mobilizados na tentativa de apresentar propostas ao modelo então vigente. Diferentemente de Hauriou, que defendia a dualidade entre elementos subjetivismo e objetivos do direito, Duguit adota a regra do direito objetivo, rejeitando uma noção subjetivista do direito[176]. A filiação teórica de Duguit é a Escola Sociológica de Émile Durkheim[177]. Os fundamentos jurídicos estão, em sua visão, presentes na própria sociedade, através do conceito de "solidariedade social", que é o pilar de sua teoria de direito público. Sua teoria nega o monismo jurídico. Conforme explica Bortolozzi Junior, sua visão de solidariedade baseada no funcionalismo vê todo o aparato social através da complementariedade de funções, "aceitando o Estado apenas como agente de coordenação de atividades segundo as exigências da solidariedade"[178].

Léon Duguit criticava as construções abstratas e metafísicas do direito, categoria na qual enquadrava a “vontade geral” e a ideia de soberania em Rousseau. O fundamento do direito, segundo o autor francês, era a solidariedade social e o que legitimava o poder governante era uma situação de fato (a diferenciação entre governantes e governados) que encontrava adesão social, deslocando assim o debate do campo da ficção para a realidade dos fatos e relações. Segundo o jurista francês:

> Dizia-se que solidariedade era a caridade cristã ou a fraternidade da divisa republicana. De maneira alguma. Solidariedade é, a um só tempo, mais e menos do que a caridade e a fraternidade. A caridade e a fraternidade constituem um dever moral. A solidariedade é um fato. A noção clara desse

---

enunciados dos dois juristas são tomados como corpus exemplar dessa reformulação, na medida em que traduzem, no plano do direito, a tentativa de construção da fundamentação teórica do Estado de Solidariedade.

175 Ibidem, p.3.

176 BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

177 MONEREO PÉREZ, José Luis, CALVO GONZÁLEZ, José. Léon Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación. Revista de Derecho Constitucional Europeo. ano 2, n. 4, julho-dezembro 2005.

178 BORTOLOZZI JUNIOR, F. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 12, 28 abr. 2017. P.22.

> fato será um fundamento da ação, poderá mesmo fundar uma regra de conduta; mas a solidariedade não é, em si mesma, uma regra de conduta[179].

Esse posicionamento coloca Duguit no campo do "realismo jurídico"[180]. O Estado não possui um papel *per se* como entidade fictícia abstrata, tampouco é dotado de uma "soberania natural"[181]. Na visão de Duguit, pautada no realismo com influências historicistas, o Estado resume-se, de fato, a um grupo de governantes (*group d'individus*)[182] que estabeleceu o poder reconhecido sobre os governados e opera, com coercibilidade. O poder é um fato, independentemente de sua origem. Se é fruto de deliberação ou imposição, isso não define sua legitimidade[183]. O que define a legitimidade ou não desse poder não será sua forma de investidura e sim, sua atuação em face da promoção e continuidade da solidariedade social e do serviço público[184]. A análise da legitimidade do poder não está na sua forma de criação, ao contrário. Duguit traça em sua obra "Fundamentos do direito" uma crítica a todos os discursos legitimadores do poder a partir de sua forma de investidura: tanto os teocráticos, como os despóticos e também os democráticos. A respeito desses últimos, inova ao reputá-los ainda mais danosos à liberdade do que os demais.

---

[179] No original: "On a dit que solidarité c'était la charité chrétienne, ou la fraternité de la devise républicaine. Non point. Solidarité, c'est à la fois plus et moins que la charité et la fraternité. La charité et la fraternité constituent un devoir moral. La solidarité est un fait. La notion claire de ce fait sera un ressort d'action, pourra même fonder une règle de conduite; mais la solidarité n'est pas en elle - même une règle de conduite." Em: DUGUIT, Léon. L'État, le droit objectif et la loi positive. Paris: Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1901. p. 23.

[180] SORDI, B. Léon duguit e a itália. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 15, n. 2, p. e64339, 19 mar. 2021. P.5.

[181] A crítica feita por Duguit em sua obra "Fundamentos do direito" sobre o "sofisma da soberania" cunhado por Rousseau é feroz. Segundo o autor, esse postulado, sacralizado na modernidade, é constituído de "valor nulo e (...) o pretenso dogma da soberania nacional constitui hipótese gratuita e, mais do que isso, postulado inútil" (DUGUIT, 1990, p. 72). Segundo o autor francês, o contrato social é uma abstração irrealizável, uma vez que, embora Rousseau defenda a indivisibilidade da soberania, o sufrágio universal está associado ao poder de mandar de uma maioria que, nem por isso é legítimo. No entanto, esse fato per se significa que a ideia de Rousseau "A soberania, assim conhecida, não constitui a soma das vontades individuais, mas uma vontade geral em que vêm fundir-se as vontades individuais" não coaduna com a ideia de não fracionamento de soberania. Logo, o sufrágio universal não é reflexo da soberania nacional, "portanto, nem o próprio dogma da soberania do povo pode dar fundamento à participação de todos no poder político" (DUGUIT, 1990, p 74).

[182] Aprofundamentos sobre esta noção podem ser encontrados na obra: DUGUIT, Léon. Sovranità e libertà. Torino: Giappichelli, 2007.

[183] "Entre todas as sociedades chamadas de Estado, das mais primitivas às mais complexas, encontramos sempre um fator comum: indivíduos mais fortes que querem e podem impor a sua vontade aos restantes e, nesse caso, pouco importa que esses grupos estejam ou não fixados em um território, que sejam ou não reconhecidos por outros grupos(...)."(DUGUIT, 1990, p.79)

[184] O tema é elaborado com especificidade em DUGUIT, Léon. Les transformations du droit public. Paris: Colin, 1913.

Segundo o revolucionário autor francês, sobre a Revolução Francesa e a consequente ascensão do Império da Lei e dos Parlamentos:

> A revolução surgiu para proteger o indivíduo do absolutismo monárquico, fundado no direito divino dos reis, esse é o seu propósito. Entretanto, a partir daí, surge o despotismo das assembleias populares, mais radicais que as precedentes, estabelecidas contra o despotismo dos reis. A injustiça é sempre injusta, seja praticada pelo povo, por seus representantes ou por um príncipe, e, com frequência, a instituição da soberania popular costuma esquecer-se disso[185].

De acordo com Léon Duguit, o que existe é o poder como *fato*, e ancorar-se em uma justificativa metafísica (seja religiosa seja a própria ideia de soberania) apenas reveste aquela realidade da ilusão de legitimidade, retirando o foco do que realmente importa: a funcionalidade do poder. A legitimação desse poder não pode vir de um fundamento abstrato e imaterial e sim guarda estreita relação com sua capacidade de fazer-se reconhecer como legítimo pela sociedade, operando efeitos concretos e materiais. Segundo Marcial Barreto Casabona:

> No pensamento do fundador da Escola de Bordeaux, o direito é legitimado não em função de sua origem, mas em razão de seu conteúdo, de sua destinação, de sua finalidade de assegurar o funcionamento do sistema social que, na sociedade moderna, só pode repousar sobre o sistema da solidariedade social enquanto espaço de socialização e de individualização, de movimentação e de ação[186].

Isto é, se opera ou não em favor da legitimidade social e se o Estado age, ou não, conforme o direito. São estas as métricas de legitimidade em sua visão, que, por isso mesma, apresenta um inerente realismo. Ao afastar-se do normativismo[187] e do voluntarismo estatal, a teoria de Duguit se estrutura na solidariedade social como fundamento normativo. Essa perspectiva se alinha com os elementos da constituição em sentido material, uma vez que pressupõem que a organização jurídica não provém do estabelecimento de um texto legal e sim que é decorrência da realidade social e da interdependência funcional.

---

[185] DUGUIT, León. Fundamentos do direito. São Paulo: Ícone, 1999. P.95.

[186] CASABONA, Marcial Barreto Casabona. O princípio Constitucional da Solidariedade no Direito de Família. Tese de Doutorado. PUC-São Paulo. São Paulo: 2007.

[187] De acordo com José Afonso da Silva, o normativismo é nascido do constitucionalismo moderno, ligada à ideia do Estado liberal e ao racionalismo. Para essa concepção, a atuação jurídica é vista, em maior ou menor medida, como um resultado da razão, derivada de certos princípios considerados relativamente imutáveis. Tais princípios orientam e transformam a realidade social, sendo resguardados pela Constituição. Para mais detalhes, ver: Silva, José Afonso da. “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

> Uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra pode formular-se do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolve-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deve ser a expressão e o desenvolvimento deste princípio. Esta ética, regra de direito emanente da solidariedade social, modela-se nesta e mostra-se com os mesmos caracteres[188].

Portanto, o direito não nasce da vontade do Estado e sim das exigências concretas da vida em sociedade, apresentando-se como um produto das relações sociais que objetivamente se impõem, gerando uma estrutura que articula governantes e governados. Essa abordagem aproxima Duguit da concepção de Ferdinand Lassalle, que argumentava que a constituição real não decorre do conteúdo de uma "folha escrita" e sim da some dos fatores reais do poder. No entanto, os autores se distanciam em um ponto central: Enquanto Lassalle centraliza como elementos constitutivos as forças políticas e econômicas, Duguit defende que o elemento normativo é a solidariedade social. Nesta conjuntura de ideias, ambos se distanciam de Hauriou, pois este último se baseia na ideia de instituição, previamente abordada. Em ambos os pensamentos é possível analisar enunciados discursivos que desconstroem o paradigma do período sobre a legitimidade do Estado:

> Os enunciados de Duguit e de Hauriou são situados no quadro de uma mesma formação discursiva, uma vez que apresentam uma regularidade, uma unidade determinada pelas suas condições de possibilidade, pelos seus campos de experiência, enfim, pela sua maneira de problematizar o Estado e o Direito[189].

Enquanto Ferdinand Lassalle inaugura o debate sobre a constituição em sentido material ao identificar os fatores reais de poder como seu verdadeiro fundamento, Léon Duguit avança essa crítica ao deslocar a noção de legitimidade do poder para sua função social. Se Lassalle argumenta que o direito constitucional reflete a estrutura concreta das forças políticas e econômicas, Duguit reformula essa ideia, afirmando que a própria juridicidade decorre da solidariedade social. Dessa forma, ambos se afastam do formalismo jurídico do século XIX, mas o fazem sob perspectivas distintas: Lassalle enfatiza o poder como fato constitutivo da constituição, enquanto Duguit defende que a normatividade jurídica só se legitima pela função social que desempenha.

---

[188] DUGUIT, 1999, op.cit. p.45.
[189] FARIAS, 1999, op.cit. p.3.

Já Léon Duguit reconfigura o direito público a partir da solidariedade social, Maurice Hauriou propõe uma resposta alternativa, fundamentada na ideia de instituição. Em vez de enxergar a normatividade como resultado das relações sociais concretas, como Duguit sugere, Hauriou vê o direito como uma construção institucional, baseada na organização hierárquica do poder e na ideia diretiva que sustenta sua continuidade. Ambos rejeitam o positivismo jurídico formalista, mas por caminhos distintos: Duguit dissolve o Estado na sociedade, atribuindo-lhe um papel meramente funcional, enquanto Hauriou reabilita o conceito de instituição como o verdadeiro *locus* da juridicidade.

Em todos os autores abordados até então, é possível analisar o discurso verificando um deslocamento do poder político do Estado para a sociedade, em diferentes formatos e medidas. Em especial, quando se vislumbra a análise foucaultiana do discurso das relações de poder. Como Foucault defende, o direito deve ser compreendido como um discurso que se legitima e se perpetua através de práticas sociais, instituições e saberes, o que converge com a visão de Duguit, sobre o direito ser um produto social. A forma como este produto social e constrói e estrutura é variável. Para Duguit, a sociedade organizada por meio da solidariedade distribui funções em uma estrutura que emana juridicidade de maneira orgânica. Já em Hauriou há um formalismo estrutural maior na concepção do conceito de instituição. No entanto, ambos, cada um a seu modo, elabora propostas que deslocam o fundamento da criação da juridicidade da forma estatal para um outro modelo, com requisitos e elementos próprios.

No caso de Duguit, a solidariedade social pode ser vista como um dispositivo regulador que disciplina comportamentos e organiza a ordem social[190]. Segundo essa ótica, a constituição em sentido material pode ser percebida como o efeito estrutural dessas forças reguladoras. A relação com as ideias de Hauriou apresenta-se da seguinte forma: ambos os autores desmontam a ideia de Estado como fonte exclusiva do direito, mas utilizando caminhos distintos. Enquanto em Duguit, as relações sociais concretas são o fundamento do direito, em Hauriou, a instituição é um dispositivo de

[190] Sendo a regra de direito similar para todos os homens, considerando que impõe a todos a cooperação na solidariedade social, estabelece, contudo, para cada um, deveres diferentes, porque a tendência e o potencial, em cada homem, são diferentes e por isso mesmo devem cooperar de maneira diferente na solidariedade social. (...) Toda sociedade implica solidariedade: toda regra de conduta dos homens que vivem em sociedade leva a cooperar nessa solidariedade: todas as relações sociais foram e sempre serão relações de similitude ou de divisão do trabalho. (DUGUIT, 1999, p.45).

estabilização das relações de poder. Ambos os autores contribuem, com suas diferentes teorias críticas com a construção dos elementos que fundamentam a constituição em sentido material, uma vez que essa noção parte do pressuposto de que a constituição não pode ser reduzida a seu texto formal e o Estado não é o único produtor de juridicidade[191].

Ambos partem do discurso de um campo de forças dinâmico, em que normas jurídicas, instituições e relações interagem e estruturam-se em dinâmicas que definem a organização política da sociedade e emanam, em diferentes aspectos, juridicidade própria. Se em Duguit o direito é fenômeno essencialmente social, em Hauriou, se trata de fenômeno institucional. São diferentes perspectivas sobre o mesmo objeto, que são as estruturas que ligam Direito e Política e passam a encontrar um terreno fértil nos pensadores jurídicos da transição entre séculos XIX e XX. É possível perceber como o ponto de partida inaugurado por Ferdinand Lassalle, cria um ambiente favorável a proposições que buscam em elementos até então vistos como extrajurídicos, a fundamentação para a juridicidade.

É nesta toada que se anunciam as intuições percussoras do debate sobre a materialidade da constituição, ainda que de forma incipiente. Enquanto Hauriou e Duguit forneceram diferentes caminhos para criticar o formalismo jurídico - um pela centralidade da instituição, outro pela funcionalidade social do direito -, uma nova perspectiva emergia na teoria jurídica: o pluralismo jurídico. Essa abordagem, desenvolvida com destaque por Otto von Gierke e Santi Romano, rompe definitivamente com a ideia de que o Estado é o único produtor do direito, deslocando o foco para a existência de múltiplos centros normativos. Ao reconhecer a capacidade das associações, instituições e comunidades de gerarem suas próprias normas, Gierke e Romano ampliaram as bases do pensamento jurídico além do positivismo estatal. A seguir, analisaremos como suas ideias contribuíram para a noção de constituição em sentido material, desenvolvendo a crítica antiformalista e criando novas tecituras teóricas que influirão diretamente nas construções que erigem a teoria constitucional do século XX.

[191] WOLKMER, Antônio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1990.

### *2.1.3. Pluralismo jurídico em Otto von Gierke e Santi Romano*

A crítica ao formalismo jurídico que estrutura a noção de constituição em sentido material não se limitou à disputa entre normativistas e antiformalistas, mas também impulsionou uma mudança fundamental na própria concepção do direito. Se Ferdinand Lassalle inaugurou a ideia de que a constituição é determinada pelos fatores reais de poder e Léon Duguit e Maurice Hauriou avançaram essa discussão ao reconfigurar a relação entre Estado, sociedade e normatividade, um terceiro eixo de transformação emergiu na teoria jurídica: o pluralismo jurídico[192]. A noção de constituição material pressupõe que o direito não se reduz a um texto normativo estatal, mas se manifesta em estruturas sociais, instituições e dinâmicas de poder. Essa perspectiva encontra um desdobramento significativo nas obras de Otto von Gierke e Santi Romano, dois autores que, sob influências distintas, questionaram a ideia do Estado como único produtor do direito e propuseram uma visão mais ampla da normatividade jurídica. Para ambos, a juridicidade não é monopólio estatal, mas um fenômeno plural que se estrutura a partir de diferentes centros normativos.

A Otto von Gierke (1851-1921)[193] é atribuído, por muitos autores, o papel de fundador do pluralismo jurídico[194]. Segundo Valdoir Santos, seus "estudos analíticos recaíram sobre o direito das diversas organizações existentes da Alemanha"[195]. Sendo um estudioso do direito alemão, organizações sociais e corporações alemãs,

---

[192] Uma lista complessiva de autores que contribuem com esse movimento teórico é apresentada por Albernaz e Wolkmer (2013, p. 68): “Incluem-se no Pluralismo Jurídico desde autores das primeiras décadas do século XX, entre eles jusfilósofos como Otto von Gierke, Maurice Hauriou, Santi Romano e Giorgio Del Vecchio, e sociólogos do direito como Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch; antropólogos do direito das décadas de 1940a 1960, como Bronislaw Malinowski e Sally Falk Moore, juristas como Leopold Pospisil, JohnGriffiths, John Gilissen e Sally Engle Merry, e, nas últimas décadas, autores como Boaventura deSousa Santos, Norbert Rouland, André-Jean Arnaud, Gunther Teubner, Antonio Carlos Wolkmer,José Geraldo de Sousa Jr., Oscar Correas, Jesús Antonio de la Torre Rangel e Edgar Ardila Amaya, entre outros.”.

[193] “Otto von Gierke iniciou seus estudos jurídicos em 1857 nas cidades de Berlim e Heidelberg. Obteve o título de doutor em direito junto ao importante historiador Carl Gustav Homeyer. Filho de funcionários do governo prussiano e acostumado às discussões sobre política e economia em sua própria casa, carregava como marco mais contundente da sua obra a clara preocupação com os fundamentos sociais do direito, especialmente, do direito alemão em contraposição às ideias individualistas decorrentes do crescente renascimento dos estudos sobre o direito romano marcado pelo movimento pandectista alemão.” (LAUTENSCHLAGER JR, 2016, p. 7).

[194] Nesse sentido, afirmam: TELLES JÚNIOR, Goffredo. A criação do direito. São Paulo: Calil, 1953. p.431; SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito. 5ª ed. 2010. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo; REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. 3 ed., São Paulo: Martins, 1972. p. 251-253.

[195] SANTOS, Valdoir da Silva. O Multiculturalismo, o Pluralismo Jurídico e os Novos Sujeitos Coletivos no Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). UFSC, Florianópolis, 2006. P. 289.

além de fazer uma crítica ao direito romano e muitos de seus dogmas, como o princípio da maioria e a legalidade, o autor alemão teceu uma crítica fundamentada à centralidade do Estado. Sendo conhecido como “o pai da teoria realista das associações ou sociedades”[196], o autor defendia que as organizações sociais produziam direito dentro de si, independentemente do Estado, e é assim que as ideias dele se conectam com a noção de pluralismo jurídico. Isto é, em sua concepção o direito vinha das próprias relações das organizações e associações e não porque o Estado o impunha. Para Gierke, "há uma consciência e uma vontade determinada dentro do contexto de cada organização ou corporação, que cria suas próprias normas ou regras de conduta."[197].

Se, segundo Antônio Carlos Wolkmer, o pluralismo jurídico possui em seu núcleo a negação do Estado enquanto fonte única e exclusiva da juridicidade[198], podem ser inclusos nessa esteira de autores que contribuíram a essa tradição aqueles que reconhecem a juridicidade extra estatal. No caso de Otto von Gierke, a sua produção se constrói a partir da defesa do direito produzido por organizações e associações alemãs a partir de seus funcionamento e regras reconhecidas pelos seus membros, ressaltando como noções legalistas como o princípio da maioria são, mais do que verdades naturais, decisões impostas pelo Estado a partir de uma construção histórica.

Os pressupostos teóricos de seu pensamento podem ser encontrados centralmente em dois textos que serão nesta pesquisa analisados: “*Sur le principie de majoritè*”, discurso realizado em 1913 no Congresso Internacional de Historiadores e “*The social role of private law*”, escrito em 1889 e traduzido para o inglês em 2018. No primeiro, o autor fundamenta sua crítica ao direito romano, que deu as bases para o *civil law* e à noção de legalidade, e é a partir disso que critica a ideia de que todo o direito provém do Estado, então no texto uma conexão maior entre o tema e o que ele está falando começa a surgir a partir dessa percepção. Traz, ainda, sua percepção sobre a natureza das relações humanas e as organizações sociais, fincando as bases de seu pluralismo. No segundo texto, através da crítica ao direito civil, ele defende a

---

[196] LAUTENSCHLAGER JR, N. Notas sobre "A história do princípio da maioria de Otto Friedrich Von Gierke (1841-1921)". Revista de Direito Mercantil 166/167.USP, 2016. https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133708/162247 p.8.

[197] SANTOS, op.cit. 290.

[198] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. P.183.

organicidade do direito, ao invés de ser um instituto físico ou mecânico. Otto von Gierke se preocupa em resgatar a complexidade do fenômeno jurídico ao definir a lei como uma expressão da vida social[199].

Em "*Sur le principie de majorità*", Otto von Gierke critica a construção abstrata da ideia de "maioria", princípio que, segundo ele, não passa de uma ficção jurídica, cujas razões de validade não estão em um fundamento próprio do instituto e sim no processo histórico através do qual foi imposto de forma gradual. Neste ponto, é possível ver uma aproximação entre as críticas do autor e as de Léon Duguit em relação ao princípio da soberania. Ambos questionam o caráter mitológico dessas construções, próprias do modelo liberal. Assim como atribuem sua validade a fatores históricos de imposição de poder, mais do que a algum elemento próprio e inerente às próprias noções.

De forma gradual o princípio da maioria, conforme coloca o autor, foi introduzido nos sistemas jurídicos, conquistando eficácia formal e suplantando o princípio da unanimidade. Este último historicamente é colocado como oriundo de formas de organização coletiva, construção orgânica da sociedade, como as "associações de mercadores e agricultores do interior, onde as decisões eram sempre declaradas e decididas pela multidão reunida de associados de forma uníssona e unânime"[200]. Segundo o autor quando esse princípio é introduzido funciona como uma continuidade da unanimidade, mas com o passar do tempo, a aplicação irrestrita do princípio da maioria começa a suprimir a vontade da minoria, porque começa a haver uma identificação entre “a decisão da maioria” e “a decisão de todos”. A partir do momento em que se considera a decisão da maioria como a decisão de todos, se suprime a decisão da minoria. Nesse sentido argumenta que:

> Analisado sob este ponto de vista, o princípio da maioria não recebe uma validade absoluta na essência das associações humanas, mas apenas um valor historicamente condicionado. O simples poderio da maioria dos votos não pode chancelar em nenhuma associação ou muito menos no Estado o caráter de pessoa jurídica viva.[201]

---

[199] MCGAUGHEY, E. Otto von Gierke: The Social Role of Private Law. German Law Journal, 19(4), 1017-1116. doi:10.1017/S207183220002294X. 2018. P. 1027.

[200] Do original, “À la campagne, en particulier, les décisions des associations du marché et des paysans étaient prises à l’unanimité par les membres du plein droit“. VON GIERKE, O., Traducteur Von Busekist, O. (2014). Sur le principe de majorité (1913) Raisons politiques, 53(1), 171-185. https://doi.org/10.3917/rai.053.0171. P. 173.

[201] Do original, “Sous cet angle, le principe de majorité n’a pas de validité absolue fondée sur la nature des associations humaines, mais seulement une valeur relative due à l’histoire. La seule domination de la majorité des voix ne peut pas faire de l’association et, encore moins de l’État, une association vivante.”. VON GIERKE, O. Op.cit. pp.182-183.

É no âmbito da crítica desse princípio que Otto von Gierke faz um apanhado histórico do direito romano, em especial do papel do *Corpus Iuris Civilis* na legitimação dessa "pessoa ficta" coletiva, conceito atribuído ao Estado, mas que, segundo o jurista alemão, também engloba as associações. É neste ponto que o autor desdobra a sua defesa em relação às esferas intermediárias, um conceito que se mostrará crucial no desenvolvimento posterior da teoria da constituição em sentido material. Na busca pela definição do ser coletivo/ficção jurídica, enquanto gênero, o jurista delineia:

> O ser coletivo em si é algo totalmente distinto da soma dos seus membros individuais, e nada é capaz de extrair da vontade individual concordante a vontade homogênea do Estado ou da corporação. Como membros da cooperativa, cada pessoa, em seu contexto organizado, somente pode representar a totalidade viva em sua unidade jurídica[202].

Seu argumento central é que a associação não é a soma de indivíduos e vontades individuais e sim um organismo com vida e juridicidade própria. O efeito duplo desta afirmação é a negação da visão iluminista - elemento em comum da crítica pluralista - que concebe um indivíduo homogêneo, uniforme, sob a égide da igualdade formal. A crítica ao princípio da maioria, portanto, é também uma crítica ao modelo liberal de direito, que considera todos os indivíduos como iguais (formalmente) desconsiderando as heterogeneidades e complexidades do fenômeno social e, ainda, as comunidades intermediárias nas quais estão contextualizados. Ele termina o texto assim, reforçando que o princípio da maioria não é algo que pertence à “ordem das coisas” e sim que só existe porque foi historicamente estabelecido Por fim ele arremata dizendo:

> Assim, para a análise histórico-orgânica, o princípio da maioria é um fator importante para a constituição das associações, embora não seja capaz, por si só, de conformar um corpo social vivo. O seu âmbito de validade não pode ser fundamentado racionalmente, mas apenas historicamente, e seu valor não pode ser determinado de forma absoluta, e sim medido apenas conforme seu respectivo efeito na vida orgânica do ser coletivo.[203]

---

[202] Do original, “La communauté, en tant que telle, est tout à fait autre chose que la somme des individus lui appartenant, et aucun art ne peut arracher à la volonté unanime des individus la volonté homogène de l’État ou de la corporation. En tant que membres de l’association, les individus ne peuvent représenter le tout vivant dans son unité juridique que dans son lien organique.“ VON GIERKE, O. Op.cit. pp.182.

[203] Do original, “En effet, le principe de majorité est un facteur important, selon la considération historique et organique, pour la construction des associations mais, seul, il est incapable de former des corps sociaux vivants. Son domaine de validité ne peut pas être justifié rationnellement, mais seulement de manière historique ; sa valeur ne peut pas être définie de façon absolue, elle ne doit être mesurée que selon son fonctionnement dans la vie organique des communautés.”. VON GIERKE, O. Op.cit. pp.184.

Segundo Sabadell, para Otto von Gierke, cada organização tem vida jurídica própria, criando suas próprias regras, sendo assim, o Direito existe além do Estado. Segundo a autora, Otto von Gierke "analisou o direito das várias organizações sociais (corporações - *Genossenschaften*) na Alemanha, sustentando que cada organização possui vontade e consciência e cria suas próprias regras jurídicas."[204] Conforme Renée Dellagnezze, Otto von Gierke como principal teórico do pluralismo jurídico do século XIX defendeu que o direito não era tinha como fonte principal o Estado e sim "atividade humana, a partir de comunidades organizadas" [205],. O autor explica:

> Otto Friedrich von Gierke desenvolveu a concepção de Direito Corporativo proposto por seu professor Georg Beseler, seguindo, a exemplo de seu mestre, a linha germanista da Escola Histórica do Direito. Nesse estudo sobre Direito Corporativo sustentou que as associações seriam organismos vivos, quer dizer, entidades psíquicas reais e, assim, teriam independência de ação distinta da de seus membros. Por sua vez, a consideração das associações como entes reais, ou orgânicos, manifesta o raciocínio típico da Escola Históirica (sic) do Direito. Nessa construção ainda nota-se manifesta oposição ao jusnaturalismo racional, que negava personalidade jurídica às associações.[206]

A forma como essa ideia foi desenvolvida se fundamentou e influenciou, reciprocamente, o Direito corporativo, sendo ela marcada pela "preocupação de equilíbrio entre tradicionalismo e liberalismo"[207]. Esses pressupostos serão resgatados oportunamente ao analisarmos os elementos que comporão a efetiva proposição original da Constituição em sentido material, nos quais estão incluídas as "comunidades intermediárias"[208]. Estas são centrais nas propostas de pluralismo

---

[204] SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito. 5ª ed. 2010. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. P.142.
[205] DELLAGNEZZE, René. O pluralismo jurídico. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 138, 2015. Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16159 p.5.
[206] Op.cit. p.6.
[207] Ibidem
[208] Von Gierke utiliza o modelo medieval como inspiração para sua construção de uma juridicidade descentralizada e dinâmica, oriunda diretamente das associações constituídas pela própria sociedade. Segundo Emanuele Conte (2023, p. 2): "Born in 1841, Gierke was acknowledged as the preeminent historian of the medieval corporations, and the portraitist of an allegedly German legal system, based on a network of communities united in creating a state radically different from the French model.". Esse mesmo exemplo seria posteriormente resgatado por outros pluralistas, que desenvolvem seus pressupostos, como Antonio Manuel Hespanha, Paolo Grossi e Antonio Wolkmer, e comparam a experiência medieval à moderna, ressaltando o papel de rede proveniente de um contexto em que não há o intuito de monopólio do poder político ou da experiência jurídica, conforme vem a ocorrer posteriormente com o advento do Estado Moderno. Nesse sentido, a experiência medieval oferece rico laboratório da pluralidade através do ius commune sendo Otto Von Gierke um dos primeiros autores a resgatar esta análise.

jurídico do jurista alemão. Conforme Emanuele Conte, ao analisar o contexto e propostas que envolviam o desenvolvimento do pluralismo jurídico à luz da visão de Gierke:

> Publicado apenas um ano após os famosos *Discursos à Nação Alemã* de Fichte, a reforma municipal elaborada por Freiherr vom Stein concretizou uma de suas principais propostas: restaurar as tradicionais comunidades medievais que garantiam os direitos dos burgueses alemães, criando uma ampla rede de comunidades urbanas cujo status jurídico não dependia do Estado central. Na visão de Gierke, este foi um exemplo brilhante do que hoje chamamos de "pluralismo jurídico".[209]

A crítica de Von Gierke, portanto, estava pautada na teoria da realidade subjetiva, tomando os agrupamentos sociais pelo que são e não pela forma fictícia dada pelo Estado e pelo que Paolo Grossi viria depois a chamar de "mitologias"[210]. Nesse sentido, Schoueri e Barbosa:

> Precursor das ideias subjacentes à teoria da realidade objetiva, Otto Von Gierke se inspirou no raciocínio jusnaturalista de Grócio e Pufendorf, de acordo com o qual o povo e a cidade teriam um corpo ou espírito moral (*spiritum unum*) e que, por possuírem tal conteúdo, deveriam ser considerados "seres" ou "pessoas morais". Para Gierke, a pessoa jurídica possuiria natureza "supraindividual", sendo "uma pessoa efetiva e completa, como a pessoa individual.[211]

Em relação a esta pessoa "supraindividual", assevera o jurista alemão que "sua alma está na vontade comum, seu corpo no organismo associativo"[212]. No segundo texto mencionado, "O papel do social do direito privado", Otto Von Gierke resgata estas reflexões, as aprofundando ao redor da dualidade entre direito privado e direito público. Dualidade esta que, segundo o autor, não existe no plano da realidade, se tratando de uma construção romana com o objetivo de sedimentar *"the idea of a law that was independent and equal to the state"*[213].

---

[209] Do original "Issued just one year after Fichte's famous Addresses to the German Nation, the municipal reform drafted by Freiherr vom Stein realized one of their central proposals: restoring the traditional medieval communities that granted the rights of the German burghers, creating a large network of city communities whose legal status did not depend on the central state. In the view of Gierke, this was a shining example of what we now call "legal pluralism." CONTE, Emanuele. Legal Pluralism from History to Theory and Back: Otto von Gierke, Santi Romano, and Francesco Calasso on Medieval Institutions. Law and History Review (2023), 1-12, 2023.

[210] GROSSI, Paolo. Op.cit.

[211] SCHOUERI, L. E.; BARBOSA, M. C. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. Direito Tributário Atual, v. 30, p. 251-273, 2014.p.255.

[212] Op.cit. p.258.

[213] "A ideia de um direito que seja independe e igual ao do Estado". VON GIERKE, 2018, op.cit. p.1038.

Neste propósito, novamente o jurista resgata a experiência medieval como parâmetro de organicidade, considerando-a uma representação mais adequada das complexidades inerentes ao fenômeno social do que o modelo estatalista baseado na dualidade entre direito público e privado e outras abstrações meramente teóricas, tais como a própria ideia de Estado soberano. O retrato medieval como representativo da pluralidade jurídica fica claro na seguinte construção, que o define:

> Não havia Estado soberano, nem indivíduo soberano. O Estado estava ligado ao indivíduo e às incontáveis associações comunitárias; ele cedia o campo espiritual à Igreja, e a vida econômica às cooperativas. O indivíduo permanecia dedicado à comunidade; na família e na comunidade seus pensamentos e aspirações floresciam. [214]

Através da descrição do passado, o jurista alemão anuncia um possível retorno. A ideia central do texto é a de que é chegado o momento de um resgate dessa complexidade, e isso deve ser feito através do reconhecimento de outros centros de juridicidade que emanam direito, além do próprio Estado. Esse tom de advertência e prenúncio dialoga bastante com o que veremos a seguir, que era também enunciado pelo seu contemporâneo Santi Romano, igualmente nuclear no desenvolvimento do pluralismo jurídico europeu. Otto von Gierke traduz com clareza sua concepção do fenômeno jurídico para além do modelo frio e matemático do liberalismo, através do seguinte:

> A escola histórica, o ressurgimento da identidade coletiva, o recolhimento da nação ao seio do povo, o reavivamento do espírito comunitário nos indivíduos, o inesperado fortalecimento do pensamento coletivo em igrejas, congregações, clubes e cooperativas, o renascimento do direito alemão— todos esses são aspectos particulares de um movimento poderoso e abrangente, que marca profundamente os tempos atuais e nossa juventude. Em meio a tais transformações, enfrentamos a questão do papel do direito à luz de uma nova aurora. Retornamos em pensamento à unidade de todo direito. Nosso propósito no direito público é a liberdade, e no direito privado é a comunidade.[215]

---

[214] Do original, “There was no sovereign state, and there was no sovereign individual. The state was tied to the individual and to the countless community associations; it conceded the spiritual field to the church, and economic life to cooperatives. The individual remained dedicated to the community; in the family and community his thoughts and his aspirations flourished.”. VON GIEKE, O. The Social Role of Private Law. German Law Journal. Translation by McGaughey, Ewan. 19(4):1017-1116. doi:10.1017/S207183220002294X. 2018. P.1040.

[215] Do original “The historic school, the re-emergence of collective identity, the retreat of the nation within the people, the re-awakening of the communal spirit in individuals, the unforeseen rise in communal thought in churches, congregations, clubs and co-operatives, the renaissance of German law—all of these are individual aspects of a powerful and general movement, which is imprinted in our times upon our youth. In the midst of such change, we face the question of the role of law in light of a new morning. We cast our minds back to the unity of all law. Our purpose in public law is freedom, and in private law it is community.” Von Gierke, op.cit. p. 1048.

"Identidade coletiva", "Espírito comum" e "pensamento comum" são elementos a serem observados com bastante atenção na construção acima. O que começa a delinear-se como central na proposta de pluralismo em Otto von Gierke é um elemento *espiritual* pertencente ao corpo social, organicamente. O reconhecimento deste elemento é realizado através das associações e comunidades intermediárias e deve ser ele o centro da juridicidade, com o reflexo da identidade social.

A crítica de Otto von Gierke ao formalismo jurídico partiu de uma revisão histórica do direito e da forma como as sociedades se organizam. Seu pensamento destacou a importância das associações e comunidades intermediárias como espaços legítimos de produção jurídica, contestando a centralização estatal como única fonte normativa. Essa visão resgata a complexidade do fenômeno jurídico e enfatiza a pluralidade das formas de juridicidade existentes dentro de uma sociedade.

Nesse sentido, Gierke constrói bases de diálogo em relação a uma das formulações mais marcantes do pluralismo jurídico no século XX: a teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano. O jurista italiano avança a noção de que o direito não é apenas um reflexo do Estado, mas um sistema dinâmico, composto por múltiplos ordenamentos jurídicos que coexistem e interagem. Sua teoria reforça a ideia de que a constituição em sentido material não pode ser reduzida a um documento normativo, mas deve ser compreendida como uma estrutura complexa de normas e instituições que operam simultaneamente. O caminho do pluralismo jurídico, que vinha sendo pavimentado desde o fim do século XIX recebe um novo influxo significativo a partir das reflexões de Santi Romano, jurista italiano cuja teoria sobre o ordenamento jurídico será marcante na construção dos pressupostos teóricos da constituição em sentido material. Suas reflexões impactam de forma significativa no que Piero Ziccardi reconhece como o problema capital do positivismo jurídico: "identificar o direito existente no mundo dos fatos através da identificação entre direito e sociedade"[216].

[216] ZICCARDI, Piero. As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi romano: o direito internacional. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 41-54, 2010. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n56p41. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p41. P. 43.

Santi Romano, nascido em 1875 em Palermo, foi discípulo de Vittorio Emanuele Orlando, fato este significativo para sua formação intelectual[217]. Seguindo os passos do mestre, Romano buscou através de sua obra reconstruir a análise do direito através de uma ótica de ciência jurídica, sem, contudo, renunciar ao reconhecimento das complexidades sociais inerentes ao fenômeno jurídico[218]. As reflexões de Santi Romano dialogam com bastante clareza com as intuições levantadas por Otto Von Gierke, uma vez que o primeiro desenvolve no campo da ciência jurídica a ideia do "pluralismo jurídico" a partir do conceito de instituições. Ambos os autores, ao aprofundar a crítica ao modelo liberal de Estado, resgatam a complexidade do fenômeno social subjacente ao jurídico e, ainda, a própria identidade entre ambas as dimensões. Nesse sentido, Emanuele Conte aborda a linha de influência entre os autores:

> A imagem traçada por Gierke sobre uma Idade Média alemã pluralista exerceu grande influência sobre os estudos jurídicos na Europa, chegando a afetar inclusive o jurista italiano Santi Romano, cujo livro sobre o "ordenamento jurídico" é considerado um marco na construção das teorias jurídicas pluralistas. Uma vez passado de um historiador do direito como Gierke para um teórico como Romano, o modelo de uma ordem jurídica pluralista retornou à historiografia jurídica.[219]

Desde sua conferência *"La crise del Stato Moderno"* em 1909, Santi Romano contribui para o reconhecimento a ineficácia do modelo liberal de ciência jurídica que vigia através dos pressupostos teóricos do positivismo jurídico. A insuficiência do Estado[220] em contemplar a pluralidade jurídica inerente ao substrato social é a noção

---

[217] ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. ROMANO, Santi. O Ordenamento jurídico. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

[218] Segundo Alberto Romano, em nota biográfica (p.34), o objetivo de Orlando assim se apresentava: "Trata-se, acima de tudo, da superação de um certo ecletismo nos tratados da matéria, mediante a utilização de contribuições filosóficas, históricas, políticas, sociológicas, etc., assim como da adoção de uma abordagem estritamente jurídica voltada, seguindo o exemplo dos especialistas do direito privado, à definição dos princípios gerais da própria matéria". Essa impostação reflete-se nos objetivos de Romano, que segundo a mesma nota, "se demonstrou mestre na reconstrução eminentemente jurídica dos institutos de direito público".

[219] Do original: "Gierke's image of a pluralist German Middle Ages largely influenced legal scholarship in Europe, even affecting the Italian scholar Santi Romano, whose book on the "legal order" has been considered a milestone in the construction of pluralist legal theories. Once passed from a legal historian like Gierke to a theorist like Romano, the model of a pluralist legal order returned to legal historiography.".CONTE, E. Op.cit. p.1.

[220] Em sua conferência, Santi Romano fundamenta a crítica às concepções que identificam o Estado como detentor de toda a experiência jurídica ao demonstrar a juridicidade própria de outros núcleos e relações, como as associações profissionais. "O núcleo de verdade mais indiscutível que vivifica as modernas tendências ao sistema corporativo constitui-se de uma constatação bastante simples: a de que as relações sociais que diretamente interessam ao direito público não se exaurem naquelas relações que têm por termo o indivíduo, de um lado, e o Estado e as comunidades territoriais menores, de outro." Tradução de Felipe Pante em: Romano, S., & Campos, F. P. L. de. (2021). O

motora de suas provocações e será desenvolvida através de sua teoria do ordenamento jurídico. O pensamento jurídico de Santi Romano apresenta uma contribuição significativa no deslocamento do Estado, “estupenda criação do direito”[221] para a figura das "instituições" como centros produtores de normatividade, gênero do qual o Estado seria apenas uma espécie. Sua obra mais significativa sobre o tema, "O ordenamento jurídico", publicada pela primeira vez em 1917 e traduzida para o português em 2008 pelo Prof. Arno Dal Ri Junior, condensa suas mais significativas reflexões a respeito do conceito de instituição e do delineamento do que seria o direito e a norma jurídica.

No contexto italiano, Santi Romano é responsável por criar uma teoria que reconhece a complexidade do fenômeno jurídico para além da produção estatal, ultrapassando os limites do normativismo jurídico, mas ao mesmo tempo, o realizando de uma forma que considera eminentemente jurídica, isto é, refutando a visão sociológica[222]. O autor inicia sua obra “O Ordenamento Jurídico” por apresentar um descontentamento com a forma como o Direito tem sido tradicionalmente definido pelos pensadores teóricos. Parte do pressuposto de que a identidade entre "direito" e "regra" deve ser abolida, por se tratar de uma visão que prioriza apenas a perspectiva prática, ignorando os elementos do direito público de forma satisfatória[223]. De acordo com Romano, é necessário distinguir as normas jurídicas do ordenamento jurídico analisado de forma unitária, para ser possível compreender verdadeiramente o conceito de direito. O autor coloca que muitas vezes a inexatidão de conceitos abstratos se deve à insuficiência vocabular e à pobreza das palavras para distinguir ideias diferentes. Isso se aplica com o Direito, que pode ao mesmo tempo ser

---

Estado moderno e a sua crise. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 122, 13-44. https://doi.org/10.9732/2021.v122.886.

[221] Romano, S., & Campos, F. P. L. de. (2021). O Estado moderno e a sua crise. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 122, 13-44. https://doi.org/10.9732/2021.v122.886.

[222] “A compreensão do direito que deveria ser realizada pela sociologia não é uma consequência aceita por Romano, que, ao contrário, reivindica para a ciência jurídica a tarefa de conhecer inteiramente o fenômeno social, considerando-a apta para isto. De fato, muitas vezes ele afirma e reitera que entre sociedade e instituição, e entre instituição e ordenamento jurídico, existe uma mesma identidade: por conseqüência, também entre sociedade e ordenamento jurídico.” ZICCARDI, Piero. As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi romano: o direito internacional. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 41-54, 2010. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n56p41. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p41. Acesso em: 13 mar. 2025. P. 43.

[223] ROMANO, Santi. O Ordenamento jurídico. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

interpretado como o conjunto de normas ou como um ordenamento jurídico como um todo.

Desde o início, o autor enfatiza a diferença gritante entre conjunto de normas e ordenamento na sua totalidade. Um ordenamento jurídico é diferente de um conjunto aritmético de suas normas pois quando analisado, leva em conta sua natureza, seus elementos imateriais. O ordenamento é uma unidade em si, concreta e efetiva[224]. É impossível analisar as normas que compõem o ordenamento sem antepor seu conceito unitário, sendo como analisar os membros de um homem sem ter noção anterior de que se trata o todo de um homem. A hipótese de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas unitário é um postulado errôneo e deve ser desconstruído, pois, as normas não são os únicos elementos essenciais do Direito. O ordenamento jurídico é uma entidade que por um lado move-se de acordo com as normas, mas por outro, move as normas como "peões". O que pensam os juristas e os não juristas compõe também o direito, sendo algo vivo e dinâmico.

Quando se pensa em ordenamento, não se fala apenas de normas, que são apenas um de seus elementos, mas de toda a diversificada organização, incluindo os mecanismos e engrenagens, as relações de autoridade, força e poder, isto é, elementos discursivos que mobilizam as estruturas jurídicas, formando uma unidade até mesmo independente dos elementos em si[225]. Aqui Romano coloca sua mais original construção, definindo ordenamento jurídico:

> O ordenamento jurídico deve ser entendido como uma entidade que por um lado de move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo move quase como se elas fossem peões de xadrez. Deste modo elas representam mais um objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento de sua estrutura (normas). Sob determinadas perspectivas é possível afirmar que as normas coincidem com os traços essenciais de um ordenamento jurídico que por reflexo.[226]

---

[224] "É evidente que se queremos definir todo um ordenamento jurídico, não podemos levar em consideração somente às suas partes individuais ou aquelas que assim se crêem, ou seja, as normas que ali estão compreendidas, para depois dizer que este é o conjunto destas partes, mas é necessário chegar ao ponto que as caracterizam, a natureza deste conjunto ou deste todo." (ROMANO, 2008, p. 66)

[225] "(...)A natureza de um ordenamento jurídico não se demonstra totalmente e não pode ser compreendida enquanto se tenha em exame somente às várias normas que dele fazem parte, negligenciando a unidade que constitui. Esta unidade do ordenamento é algo de diferente das normas, e, ao menos até um certo ponto, independente." ROMANO, Santi. O Ordenamento jurídico. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P.68.

[226] ROMANO, S. Op.cit. p.69.

Segundo Santi Romano, embora o direito seja feito de normas retiradas da consciência coletiva a quem se impõem, ele a transcende, toma forma própria e a ela se opõem. Para resolver as contendas entre os membros da sociedade, uma consciência superior encarna as razões de coexistência e do sistema que a gerou, surge e intervém como mediador social entre os indivíduos. Essa consciência é a encarnação do eu social, abstrato, objetivo e expressa pelo direito. Dela que advém a objetividade do direito. Nesse sentido, explana:

> O direito não é ou não é somente a norma posta, mas sim a entidade que a põe. O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não se inicia com a emanação de uma regra, mas no momento anterior. As normas são somente manifestação de tal fenômeno, uma das suas várias manifestações, um meio através do qual se afirma o poder daquele eu social.[227]

Logicamente, concluímos que, de acordo com esses pressupostos teóricos, o direito não é a norma posta e sim essa entidade que o compõe. As normas são apenas a manifestação desse fenômeno jurídico, que se inicia em momento anterior. O processo de objetivação então não se refere às normas e sim a esse momento anterior. A norma, em si, não é objetiva por ser escrita ou exata, até porque existem ordenamentos jurídicos sem normas escritas. Como exemplo o juiz que julga com base na justiça do caso particular. Nesse ponto o autor nega a ideia de normas de aplicação concreta, pois sendo norma, deve ser abstrata e geral. Equidade, justiça de caso concreto, dentro outros, são outros elementos jurídicos que compõem e servem de base - não em hierarquia inferior ao ordenamento jurídico, mas não necessariamente norma jurídica. Já a objetividade provém da impessoalidade do poder que elabora e fixa a norma.

No intento de formular a definição correta de direito, o autor explora, ainda, a definição de sanção[228]. Santi Romano acredita que a sanção pode não ser norma jurídica e sim elemento jurídico, que constitui o ordenamento jurídico considerado no

---

[227] Op.cit. p.72.

[228] Contrapondo-se a pressupostos vigentes no positivismo jurídico, Santi Romano entende que a sanção não é norma e sim elemento que compõe o direito. Segundo o autor "Acreditamos, de fato, que a sanção possa não ser objeto de uma norma específica. Pode, ao contrário, ser imanente e latente nas engrenagens do aparelho orgânico que constitui o ordenamento jurídico considerado no seu todo (...) Pode-se então dizer que apresentar a sanção como um elemento do direito é afirmar que, mesmo não querendo, o direito não consiste unicamente em normas jurídicas, e que estas são ligadas, ou melhor, suspensas, por outros elementos, bem longe de serem algo complementar, acessório às normas, as precedem, formando a base na qual fundamentam-se suas raízes (...)." (p.75). Segundo essa concepção, o direito abrange mais do que a norma jurídica, demonstrando outro contraponto ao normativismo jurídico.

seu todo; pode ser força que atua de forma indireto, garantia efetiva, freio inato, enfim, várias coisas que não são norma jurídica, justamente porque defende que nem todo direito é norma. Sanção pode então ser vista como um elemento do direito, o que demonstra que o direito não consiste só em normas jurídicas, mas em vários elementos, suspensos, dos quais advém sua força. Não são algo complementar e acessório, e sim sua base e raiz. Para conceituar direito, ainda, devem ser levados em conta três elementos. Primeiramente, o direito deve levar em conta o conceito de sociedade, tendo em vista que não se trata de uma simples relação entre indivíduos e sim uma relação que cria uma entidade distinta de seus indivíduos, compondo uma unidade concreta extrinsecamente, devidamente constituída. Isso tem duas consequências que se completam: Aquilo que não sai da esfera puramente individual não pode ser considerado direito; A sociedade em sentido verdadeiro só o é, se manifestar o fenômeno jurídico.

Em segundo lugar, o conceito do direito deve conter a ideia de ordem social; essa ideia é proveniente a anterior, seu corolário. Isso exclui qualquer elemento que conduza ao arbítrio e desorganização. Toda manifestação deve ser ordenada ao menos no que diz respeito aos seus consócios. Por fim, a ordem social posta pelo direito não advém da existência de normas. Ela não exclui as normas, mas se ao mesmo tempo ela serve às normas, ela vai além delas; O direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo.

A consequência dessas considerações é que “todo ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico. Existe entre os dois conceitos uma equação necessária absoluta”[229]. Sendo assim, em Santi Romano, Direito pode ser interpretado com dois sentidos: Um ordenamento na sua completude e unidade, uma instituição; ou um preceito ou um conjunto de preceitos agrupados ou sistematizados de forma variada para diferenciá-los dos não jurídicos. É neste ponto de sua obra que Romano debruça-se sobre o conceito de instituição, fazendo menção principalmente à dois autores: Ferrara e Hauriou. De Ferrara, Romano colhe que seu conceito de instituição dá início a uma noção relacionada ao

[229] ROMANO, 2008, op.cit. p.78.

substrato das pessoas jurídicas está em uma organização, que antecede a pessoa jurídica.

Para ele a instituição ou organização não seria um ente voltado a atingir escopo social, sendo considerado como sujeito de direito. A importância para esse trabalho é indireta, apenas para salientar que existem, nessa doutrina, entidades que não importando se lhe são atribuídas personalidade, não são puros organismos naturais, mas somente instituições. Já a influência de Hauriou, mais preponderante, contribui por delinear um conceito mais amplo de instituição, afirmando como uma categoria do direito público, sendo uma organização social. Romano resgata que, segundo o autor francês, a instituição seria como uma realidade social, uma entidade fechada diferente dos indivíduos que dela fazem parte, possuindo uma personalidade própria, ou ao menos sendo candidata a personificação.

O mérito da concepção de Hauriou, para Romano, é reconduzir ao mundo jurídico o conceito de instituição entendido de um modo amplo. No entanto, critica sua abordagem institucionalista porque, segundo o jurista italiano, esta delimita a figura de instituição a organizações com certo nível de desenvolvimento, e somente os entes organizados em forma constitucional e representativa. Enquanto Hauriou ainda concebe o Estado como uma instituição central, Romano desloca essa primazia para uma multiplicidade de ordenamentos, reforçando o pluralismo jurídico. Neste ponto é palpável de forma mais significativa a influência de Otto Von Gierke. Segundo Emanuele Conte, “Romano retira de Gierke a ideia da convivência medieval entre diferentes corporações, cuja personalidade jurídica não é concedida nem criada pelo Estado, pois elas existem juridicamente antes e independentemente dele.”[230]

Se Hauriou define as instituições como estruturas normativas que garantem a estabilidade do direito, Romano ultrapassa essa visão ao argumentar que o direito é, essencialmente, um ordenamento jurídico em si mesmo, composto por elementos normativos e metanormativos. Para ambos, a normatividade jurídica não decorre exclusivamente da legislação estatal, mas emerge da própria organização social. Ambos os autores abrem espaço para o direito além do Estado, porém, divergem na centralidade que ainda remanesce do poder do Estado, que é mais forte em Hauriou.

[230] Conte, 2023, op. cit.p.7. Do original: “Romano takes from Gierke the medieval coexistence of different corporations, whose legal personality is neither granted nor created by the state because they exist in law before and independently from the state”.

A concepção de Romano sobre ordenamento jurídico, instituição e direito permite identificar elementos para uma constituição em sentido material, ainda que de forma incipiente. Ao considerar o elemento Instituição como central à verificação de juridicidade, Santi Romano abre espaço para considerar estruturas dotadas de determinados elementos e estabilidade como jurídicas, identificando o ordenamento jurídico a partir de uma concepção vívida. Segundo Gonçalves e Lauda:

> As ideias de Santi Romano permitem deduzir que a constituição representa uma espécie de Instituição, a qual é responsável pela esfera de eficácia do ordenamento jurídico, pois seguindo sua lógica*, "l'ordinamento giuridico vale solo nell'ambito segnato dagli elementi costitutivi della istituzione di cui si trata".* Nesse caso, a constituição, enquanto ordenamento jurídico superior ou base de tal ordenamento, passa a determinar as próprias condições de existência e validade dos demais ordenamentos em nível inferior, tornando-se o pressuposto dos demais ordenamentos.[231]

São estes alguns elementos que pavimentam o caminho para a construção de uma ideia de constituição em sentido material a partir das reflexões que surgem ainda em um momento anterior ao desenvolvimento de uma teoria constitucional propriamente dita. Como já mencionado, estes autores não enfrentam diretamente a disputa teórica sobre o conceito de constituição, mas suas diferentes propostas sobre *o que é e de onde vem a juridicidade* servirão de fermento para o delineamento desta noção algumas décadas depois, razão pela qual consideramos relevante, para fins da presente pesquisa, apresentar o ambiente intelectual de precedentes teóricos a esta criação. Sobretudo, podemos perceber a relevância da expansão da noção de "jurídico" em suas reflexões. Ao proporem outras estruturas como definidoras de juridicidade, afastam-se da visão estatalista e formalista que dominava certos ambientes intelectuais e criam um campo de debate fértil para o surgimento de propostas mais estruturadas sobre os fundamentos da juridicidade.

A teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano consolidou uma visão do direito como fenômeno plural, no qual diferentes esferas normativas coexistem e se sobrepõem à legislação estatal. Assim como Gierke, ele reconhece que a realidade jurídica não se restringe ao Estado e que diversas organizações e instituições possuem capacidade normativa própria. Essa abordagem amplia significativamente o entendimento da constituição em sentido material, o que nos levaria a propor que ela

---

[231] GONÇALVES, A. I. Q. e LAUDA, B. B. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: Uma proposta de diálogo entre Santi Romano, Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Ruy Cirne Lima. Rev. Seara Jurídica, dez. 2015. P.7.

se manifesta em múltiplas instâncias e não apenas no texto jurídico formal. Ao longo do século XX, essa concepção influenciou profundamente os debates sobre constitucionalismo, inspirando teorias contemporâneas que questionam a rigidez do modelo positivista. O ambiente acadêmico apresentado no tópico que agora se encerra é rico no fermento intelectual que irá gerar a elaboração de propostas ao modelo liberal estatal. Essas propostas, de diversas filiações ideológicas e políticas, possuem como elemento em comum a concepção incipiente de materialidade da constituição, através do reconhecimento da influência normativista e da ampliação do escopo investigativo do direito público a elementos até então considerados extrajurídicos. Os desdobramentos teóricos desses pensamentos passam a compor um campo de disputa discursivo na primeira metade do século XX com o desenvolvimento de uma *teoria constitucional.* A seguir, exploraremos como essas ideias foram reinterpretadas, revelando as disputas teóricas em torno da noção de constituição material.

## 2.2. O SURGIMENTO DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL: A DISCUSSÃO SOBRE MATERIALIDADE DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DOS ANOS 20

As primeiras décadas do século XX tiveram um destaque particular no âmbito da história do direito público devido ao desenvolvimento teórico de ideias antiliberais que apresentaram novas percepções para além do formalismo legal e do positivismo jurídico então dominantes. Os primórdios dessas percepções remontam à advertência de cunho histórico promovida por Friedrich Carl von Savigny em 1814[232], trazendo à tona a experiência jurídica como "tradição viva"[233], sendo acentuadas pela perspectiva

[232] Trata-se aqui de célebre obra "Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do direito" de Friedrich Carl von Savigny, quando em 1814, refutou a tese de Anton Justus Thibaut sobre a necessidade de uma codificação do direito alemão. Para Savigny, a codificação seria incompatível com o caráter orgânico da experiência jurídica alemã, dotada de um historicismo inerente, impassível de ser limitado em uma estrutura fechada codificada. A perspectiva histórica de Savigny foi um fermento proeminente no despertar de discussões que resistiam à perspectiva liberal do Direito, a esse ponto consolidada através dos movimentos decorrentes da Revolução Francesa e em especial, do Code Napoleônico, (PAOLO GROSSI, 2021; DAL RI Jr., 2005, p. 105). Seguindo a essa advertência, vieram autores que, partindo de outros pontos de análise, também retiravam o direito dos restritos moldes oferecidos pelo contratualismo e pelo jusnaturalismo sob outro local de análise, como foi o caso da perspectiva sociológica do direito.

[233] HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. P.386.

sociológica lançada por Ferdinand Lassalle, em 1863[234], que conduziria ao alvorecer de uma série de impostações antiformalistas, marcando as primeiras décadas do século XX com a crítica às tendências liberais do Direito.

Os autores precedentemente trabalhados fazem parte desse amplo movimento teórico e abordam a crítica antiliberal através de perspectivas de reformulação dos pressupostos do direito público. Mas quais tendências liberais constituíam os alvos dessas diferentes intuições antiformalistas?

Uma síntese eficaz do *problema* do Estado Liberal pode ser encontrada em Santi Romano, quando advertia para "A crise do Estado Moderno"[235], referindo-se ao fato de que os grupos sociais não se viam refletidos na estrutura estatal de poder: Esse deslocamento entre o Estado, como vértice da estrutura política, e sua base, povo, teria gerado um problema de legitimidade no edifício jurídico liberal[236].

Essa crise, sobretudo de representatividade[237], era também uma crise de método[238], acentuada pela tendência reducionista da perspectiva liberal e do positivismo jurídico - que começava a despontar no campo teórico - em alienar as ciências jurídicas de elementos considerados "espúrios", ignorando as intersecções entre o direito e outras perspectivas de análise do fenômeno social como a história, a política, a sociologia e a filosofia. Além disso, outro problema apontava no campo do direito público, especialmente no que concerne à questão da representação.

---

[234] Em 1863, Ferdinand Lassalle apresentava a fundação para um constitucionalismo sociológico através de seu discurso à Associação de Contribuintes de Berlim, defendendo que a verdadeira essência da Constituição não se limitava a um documento escrito e, sim, no "pacto juramentado entre o rei e seu povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país" (LASSALLE, 1998). Diferencia a força da Constituição da de uma mera lei, ao atribuir à primeira o conteúdo do "espírito dos povos" (LASSALLE, 1998), mais "sagrado" e "imóvel que uma lei comum".

[235] A referência é ao discurso do jurista italiano Santi Romano intitulado "A crise do Estado Moderno", quando na alvorada do século XX, em 1908, falando aos alunos do curso de ciências jurídicas de Pisa, advertia para a insuficiência do Estado Moderno, tal como se configurava na época, por ser incapaz de refletir de forma eficaz e verossímil as forças políticas e sociais que formavam a tecitura social.

[236] Não obstante, no campo do substrato social, o povo, em seu movimento dinâmico e irrefreável agregava-se independente de espaços institucionais: fosse por similitude de categoria profissional, grupo religioso ou interesses geográficos, os grupos humanos se organizavam naturalmente, passando a formar pressões sociais em virtude dos interesses em comum que os ligavam, ainda que não integrassem a vida política do Estado: esses eram alguns dos motivos que levavam, segundo Santi Romano, à uma "crise do Estado Moderno", sendo aquela estrutura estatal, segundo o autor, incapaz de refletir a experiência jurídica tal como era.

[237] COSTA; Pietro. Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

[238] Esse cenário abriu espaço para o desenvolvimento das Teorias Constitucionais e para o que Michael Stolleis chamou de "luta pelo método" (STOLLEIS, 2004), referindo-se à oposição entre a interpretação positivista de Hans Kelsen e as tendências antiformalistas que propunham alternativas pautadas em uma visão integrativa e sociológica da Constituição, sendo representadas respectivamente por Rudolf Smend e Herman Heller

Se o modelo liberal se demostrava individualizado e fragmentado, não correspondendo à uma solução satisfatória que integrasse o povo à vida política do Estado de forma efetiva através do liame representativo; essa mesma fragmentação evidenciaria o desencadear de outro efeito prático voltado a intensificar as críticas a seu respeito: a fragilidade de governabilidade. Poucos cenários ilustram tão bem essa hipótese quanto a experiência vivenciada na República de Weimar, em 1919[239].

Caso que fascinou e continua a fascinar a teoria do direito público, a experiência de Weimar, cujo tratamento na história do direito é extenso e profícuo[240], chama atenção pelo fato de que, mesmo sob a vigência daquela que é considerada a primeira Constituição Social e Democrática europeia[241], a República de Weimar, marcada por um sistema parlamentarista extremamente polarizado e fragmentado, chegou a tal ponto de enfraquecimento do poder executivo que, no ano de 1929, o contexto institucional e político se demonstrava já de absoluta impossibilidade de governabilidade[242]. O resultado desse fenômeno foi a sucumbência do sistema ao regime nazista[243], por ter criado condições constitucionais frágeis a ponto de serem incapazes de se proteger do golpe do *Führer*, gerando a notável descontinuidade entre a República regida pela primeira Carta de Direitos Social da Europa e o regime autoritário que conduziu a devastação da Alemanha no final da primeira metade do século XX[244].

---

[239] De acordo com Paulo Marcio Cruz, Daniela Lopes de Faria e Christian Normitsu Ito (2016), "A República de Weimar, é o nome por qual é conhecida a república estabelecida na Alemanha após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, e que durou até ao início do regime nazista, em 1933, tendo como sistema de governo uma democracia representativa semi-presidencial.As circunstâncias em que foi criada a República de Weimar foram muito especiais. Prestes a perder a Primeira Guerra Mundial, a liderança militar alemã, altamente autocrática e conservadora, atirou o poder para as mãos dos democratas, em particular o Partido Social Democrata, que acabou por ter de negociar a paz, ou seja, a derrota na guerra.Face a essa situação política, que alguns compararam a um presente envenenado à democracia, acabou por lançar os fundamentos que permitiram mais tarde a Adolf Hitler posicionar-se como o arauto de um regresso ao passado imperial e antidemocrático da Alemanha e implantar o nazismo."

[240] Em solo brasileiro, a principal coletânea sobre a experiência constitucional de Weimar foi publicada em homenagem ao seu centenário. Vide: BERCOVICI, Gilberto (coord.). Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019). São Paulo: Quartier Latin, 2019.

[241] BERCOVICI, G. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n.142, pp.35-51. 1999.

[242] OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

[243] Sobre as complexidades e contradições da experiência de Weimar, ver: DYMETMAN, A. Uma Arquitetura da Indiferença: a República de Weimar. São Paulo: Perspectiva, 2002.

[244] As razões de tal colapso passam por diversas interpretações, assetando-se nas bases de que não houve uma consolidação política que ligasse ao povo à decisão democrática constituinte, formando um "império com vestes de República" (LANCHESTER, 2002) ou ainda que soberania foi constituída sobre

Ainda antes da ascensão nazista, no final da década de vinte, os inusitados elementos políticos envolvendo a experiência de Weimar já eram tópico de análise e debate, despertando a atenção dos juristas do direito público europeu. A falta de governabilidade e constantes instabilidades internas acenavam que a forma de governo adotada perpetuava problemas a esse ponto já bastante criticados: a falta de coesão entre o substrato social e o aparato estatal, assim como a fragmentação política[245]. Reforçando o substrato à crítica aos modelos de Estado liberal, a esse ponto diretamente associado à fragmentação e à consequente falta de governabilidade, o diagnóstico da instabilidade de Weimar foi associá-la, portanto, ao resultado de um sistema sem unidade política. Tal fenômeno abriu espaço para propostas alternativas de desenho institucional como forma de superação da tripartição dos poderes de Montesquieu, tendo por objetivo, deste modo, a garantia de uma forma de governo que tutelasse a unidade política.

Se antes o debate jurídico era dominado pela crítica ao formalismo, a partir dos anos 1920 surgem as primeiras tentativas estruturadas de reformular o conceito de Constituição, como consequência e com influência dessas proposições anteriores, tratadas no tópico precedente desta tese. É nesse ambiente intelectual que a Europa se torna o laboratório de propostas que compõem o que se compreende como o início da Teoria Constitucional, formado principalmente a partir da década de 20 a partir das provocações e críticas à falta de governabilidade de Weimar que autores do direito público e teoria do estado propõem novas formas de interpretar o fenômeno constitucional, indo além da simples negação do modelo liberal.

Forma-se então um ambiente intelectual, em especial entre os anos 1920 e 1930, no qual ocorre a consolidação de diferentes abordagens que, embora ainda não formulassem explicitamente a noção de Constituição em Sentido Material[246],

---

bases meramente geográficas e não nacionais, diversamente do que ocorreu em Inglaterra e França (CAMPODONICO, 2015). O que nos interessa para a presente pesquisa é que, assim como interessa hoje ao campo da teoria constitucional, essa experiência foi também marcante objeto de análise para os teóricos do direito público da primeira metade do século XX.

[245] Sobre a relação entre as propostas autoritárias e a crítica ao liberalismo, vide: BIELEFELDT, Heiner. Carl Schmitt's critique of liberalism: systematic reconstruction and countercriticism. In: DYZENHAUS, David. Law as politics: Carl Schmitt's critique of liberalism. Durham: Duke University Press, 1998; BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. Tradução de Mario A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019; SEITZER, Jeffrey. Carl Schmitt's internal critique of liberal constitutionalism: Verfassungslehre as a response to the Weimar State crisis. In: DYZENHAUS, David (ed.). Law as politics: Carl Schmitt's critique of liberalism. Durham: Duke University Press, 1998.

[246] A teoria da Constituição em sentido material propriamente dita é elaborada por Costantino Mortati em 1940 e será abordada no próximo tópico. Os autores escolhidos para esta apresentação do debate

estabeleceram suas bases conceituais e desafiaram o positivismo normativista, criando o que se reconhece como uma Teoria Constitucional. A teoria constitucional desse período passa a reconhecer que a constituição não pode ser reduzida a um esquema puramente normativo e que sua efetividade decorre de fatores sociais, políticos e institucionais.

Rudolf Smend, por meio de sua teoria integrativa, buscou compreender a constituição como um processo contínuo de legitimação social, enfatizando seu caráter dinâmico. Hermann Heller reforçou essa perspectiva ao situar a constituição dentro da realidade política e social, defendendo um Estado ativo na concretização dos direitos fundamentais. Já Carl Schmitt radicalizou a discussão ao deslocar o fundamento da constituição para a decisão soberana, tornando a exceção um elemento central da teoria constitucional. Estas impostações são em maior ou menor medida influenciadas pelo ambiente intelectual que se estabelecia na transição entre o século XIX e XX, tratado no tópico anterior, do qual participaram Ferdinand Lassalle, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Otto Von Gierke e Santi Romano. O elo em comum entre os teóricos é a crítica antiliberal e a proposição de modelos constitucionais alternativos que consideram perspectivas consideradas pelo positivismo antijurídicas. Todos, em alguma medida, possuem como interlocutor comum Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, na perspectiva da identidade entre Direito e Ordem Jurídica Estatal, eliminando do ordenamento jurídico elementos provenientes de outros campos, como a política, sociologia ou história. Por essa razão ao abordar a perspectiva desses autores, serão abordados contrapontos relevantes com a teoria do autor austríaco, adversário intelectual de qualquer jurista que se propusesse a refutar o positivismo jurídico naquele contexto.

Nos subtópicos a seguir, examinaremos como cada um desses teóricos contribuiu para essa transformação do pensamento constitucional e para a contestação da visão normativista do positivismo jurídico, através de suas proposições

---

teórico sobre as teorias constitucionais no contexto de Weimar são autores com quem Mortati dialoga diretamente em sua obra “A constituição em sentido material” que nasce como uma tentativa de correção dos defeitos de realismo e concretude que verifica nas obras desses autores. Nesse sentido, explica-se que um dos critérios para a seleção dos autores a serem analisados nesta obra é a relação elaborada pelo próprio Costantino Mortati ao longo de sua obra. Dessa forma, explica Gustavo Zagrebelsky, na nota introdutória à “A constituição em sentido material”: “Nel rifiuto del formalismo positivistico, il nome di Mortati, oltre che quello di Santi Romano in Itália, può a bom diritto essere avvicinato, nella dottrina tedesca, a quello di Erich Kaufmann, Heinrich Triepel, Gerhard Leibhols, Hemann Heller, Carl Schmitt, Rudolf Smend e, nella dottrina fancese, a quello di Maurice Hauriou e di Léon Duguit: tutti autori bem conosciuti com i quali Mortati, nelle pagine de La Costituzione in senso materiale, aprì um dialogo non consueto dela dottrina italiana di quegli anni”.(Zagrebelsky, 1998, XVI)

de modelo constitucional. Analisaremos a forma como suas propostas foram estruturadas e como em seus pressupostos teóricos é possível identificar elementos que dialogam com a noção de constituição em sentido material. O critério de seleção considerou os juristas que compõem de forma marcante o que se reconhece como um caleidoscópio de propostas alternativa ao positivismo jurídico a partir da Alemanha da primeira metade do século XX, que possuem como interlocutor e adversarial intelectual em comum a teoria do Estado da Escola de Viena de Hans Kelsen, sendo estes Rudolf Smend, Hermann Heller e Carl Schmitt[247]. São autores que se associam, seja por contraposição ou afinidade pela obra "A constituição em sentido material", elaborada por Costantino Mortati, a ser explanada no próximo tópico e que constitui o principal marco teórico da presente tese.

### *2.2.1. A teoria integrativa de Rudolf Smend e o "espírito" da Constituição*

Em meio à crise constitucional da República de Weimar[248], um dos mais relevantes teóricos daquele contexto foi Rudolf Smend (1882-1975), considerado por alguns um dos principais opositores teóricos de Hans Kelsen. Integrando uma gama de autores alemães integrou a *"Kampfgemeinschaft"* (comunidade de luta) contra o positivismo jurídico"[249] Smend será um dos interlocutores de Costantino Mortati, criador da original forma da "constituição em sentido material" em sua obra que será tratada nos tópicos sucessivos. Os pressupostos teóricos de Smend, porém, merecem atenção especial na análise da noção que configura objeto da presente tese, uma vez que, embora não aborde o conceito em nome, será influente na mobilização discursiva de elementos essenciais à construção de uma noção teórica de Constituição em

[247] A seleção de autores considerou, principalmente, aqueles que foram os maiores interlocutores do próprio Costantino Mortati, autor da obra "A constituição em sentido material", ao longo de seu livro. É uma seleção realizada em outras obras, a exemplo: "Bisogni, Giovanni. "La Costituzione Materiale a Weimar. Hermann Heller, Rudolf Smend, Carl Schmitt." Filosofia Politica, 2023. doi:10.1416/106669.". No ensaio, Giovanni Bisogni identifica os três autores alemães como responsáveis por, em alguma medida, contribuir com a noção de materialidade constitucional, que viria a tomar forma concreta e estruturada no pensamento italiano de Mortati.

[248] Segundo o próprio Smend, em 1945, na base de sua Teoria da integração estava "the sight of the political chaos of the sickly constitutional state of the 1920s, out of which emerged a desire to offer in contrast the original healthy sense of the life of the constitution.". 6. Rudolf Smend, "Integrationslehre," in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, vol. 5 (Stuttgart: G. Fischer, 1956), 299-302, reprinted in Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 481.

[249] ZAGREBELSKY, Gustavo. "Introduzione". In: SMEND, Rudolf. Costituzione e diritto costituzionale. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 5.

sentido material, como a questão da unidade política e do espírito substancial relacionados através da integração[250].

A mais relevante contribuição ao debate sobre a natureza da Constituição ocorre através de sua obra "A constituição e o direito constitucional" (Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassun*, 1928) em que elabora a Teoria da Integração[251] como panorama explicativo para a Constituição e a relação entre Estado e sociedade[252], em uma tentativa de se opor ao reducionismo positivista[253]. Segundo Stefan Korioth:

> Com base nessa orientação metodológica, Smend se distancia nitidamente de um reducionismo positivista, no qual o Estado é concebido apenas como uma pessoa jurídica, dotada de direitos e deveres e, como tal, portadora da vontade estatal. Ele rejeita com igual veemência a identificação do Estado com a ordem jurídica proposta por Kelsen, que transforma a teoria do Estado, por definição, em uma ciência das normas. Em contraste, Smend concebe o Estado como parte de uma realidade espiritual "integrada", ou seja, uma realidade espiritual que emerge da interação dos processos vitais individuais.[254]

---

[250] Sobre a relação entre as construções teóricas dos autores alemães que configuram-se essenciais na interlocução com Costantino Mortati na configuração de uma noção de constituição em sentido material, ver: Bisogni, Giovanni. "La Costituzione Materiale a Weimar. Hermann Heller, Rudolf Smend, Carl Schmitt." Filosofia Politica, 2023. doi:10.1416/106669.. O artigo examina as reflexões dos autores alemães sobre elementos de materialidade constitucional.

[251] Já tinha apresentado seus pressupostos de forma mais breve em 1923 na obra "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform," in Festgabe der Berliner Juristischen Fakultaet fi4r Wilhelm Kahl (Tubingen: J. C. B. Mohr, 1923). Antes disso, já elaborava tentativas de refutar o positivism jurídico. Conforme aborda Korioth: "Smend's attempts to overcome state law positivism in the theories of the state and of state law began in the final years of the Empire. His most important work during this phase, a precursor of his theory of integration of the 1920s, was the 1916 study Unwritten Constitutional Law in the Monarchic Federal State [Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat]. Smend began by analyzing the political practice of the federal system under the Empire and discovered many elements that contradicted the norms of the Constitution of 1871".

[252] De acordo com André Luiz Fernandes Fellet (2012), a teoria de Rudolf Smend possui como uma de suas grandes influências a Teoria do Estado de Georg Jellinek. Em especial, o autor defende que, provavelmente, o ponto de partida de Smend é a construção de Jellinek a respeito dos influxos recíprocos entre "Estado" e "unidade política", utilizada por Smend na elaboração de sua relação dialética e dinâmica entre Estado e indivíduos como meio de, através da integração promover a unidade política. Enfatiza-se que o elemento da unidade é veiculado como um elemento discursivo em Smend, o que justifica-se pela oposição ao contexto de fragmentação política de Weimar.

[253] A teoria da integração foi posteriormente desenvolvida por discípulos de Smend — como Konrad Hesse, Horst Ehmke e Peter Häberle — que a transformaram em uma teoria constitucional substantiva voltada à Lei Fundamental, atribuindo à constituição a tarefa primordial de formar e conservar a unidade política. Conforme explica Verena Frick: "Initially focused on the state, Smend's influential students like Konrad Hesse, Horst Ehmke, or Peter Häberle developed the theory of integration further and turned it into a substantive constitutional theory for the Basic Law, which declared forming and conserving political unity as the constitution's prime tasks." (2019, p. 21).

[254] Do original: "On this methodological basis, Smend distinguishes himself clearly from a positivist reductionism, where the state is only a legal person, equipped with rights and duties and, as such, bearer of the state's will. He rejects just as sharply Kelsen's identification of the state with the legal order, which makes state theory per se a science of norms. In contrast, Smend sees the state as part of an "integrated" spiritual reality, that is to say, a spiritual reality emerging from the interaction of individual lifeprocesses.". KORIOTH, Stefan. Rudolf Smend". In Weimar: A Jurisprudence of Crisis. edited by Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, 207-248. Berkeley: University of California Press. 2000.

Rudolf Smend foi um jurista e cientista político alemão que foi professor da Universidade de Göttingen. Segundo sua abordagem com influências sociológicas[255], o Estado é uma forma de coletividade que se enquadra em um esquema mais geral de coletividades, mostrando uma influência de pensadores antiformalistas, como Otto Von Gierke. Em seu percurso teórico, buscou formular uma teoria que respondesse ao desafio central daquele período: como manter a unidade política em um contexto de instabilidade institucional e fragmentação social?

Como tratado na apresentação do presente capítulo, a Constituição de Weimar (1919) havia instituído um modelo democrático inédito na Alemanha, mas rapidamente se viu sob forte contestação, tanto pela radicalização dos extremos políticos quanto pela fragilidade do parlamentarismo frente às crises econômicas e à volatilidade da opinião pública[256]. A falta de governabilidade refletiu, para muitos juristas que compuseram a supramencionada *luta pelo método,* as fragilidades da teoria do Estado da Escola de Viena e foi nesse cenário que Smend propôs sua teoria da integração[257]. De acordo com Rudolf Smend, a crise de Weimar, que corresponde a um eficiente espelho da crise da teoria do Estado representa não apenas um problema político, mas sim um problema epistemológico e metodológico, para o qual sua resposta integrativa trará a solução. Segundo o autor:

> A crise da teoria do Estado não teve origem na guerra ou nas convulsões sociais. Historicamente, trata-se de um acontecimento espiritual — e, mais ainda, de um acontecimento acadêmico. Com razão, tem sido atribuída ao neokantismo ou, de forma mais geral, a um tipo de atitude acadêmica do qual o neokantismo é a representação filosófica.[258]

---

[255] De acordo com Landecker (1951, p. 39): Smend's integration theory is intended as conceptual framework for the study of the social phenomena which make up the reality of the state. Its broad significance for sociology resides in the fact that he shows little concern with particular characteristics of the "state" as distinguished from other varieties of collective life.

[256] LUTHER, Jorg. "Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione". In Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale, Annali dell'istituto storico italo-germanico di Trento (24) (pagg. 177-205). Il Mulino. 1987.

[257] Para uma visão complessiva sobre o debate, ver: Jove Villares, Daniel. "Smend y Kelsen, estado como integración y problemas actuales." Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 24 (February 4, 2021): 64-82. http://dx.doi.org/10.17979/afdudc.2020.24.0.7460.

[258] Do original: The crisis of the theory of the state did not originate in war and upheaval. Historically it is a spiritual event and even more so a scholarly event. It has been rightly traced to neo-Kantianism, or, more generally, to a type of scholarly attitude of which neo-Kantianism is the philosophical representation. Smend, Rudolf. "Constitution and Constitutional Law". Weimar: A Jurisprudence of Crisis, edited by Arthur Jacobson and Bernhard Schlink, Berkeley: University of California Press, 2001, pp. 213-248. https://doi.org/10.1525/9780520929685-023. P.214.

Concebendo a Constituição não apenas como um conjunto de normas, mas como um processo contínuo de coesão social e política, sua proposta é opor-se diretamente ao normativismo estrito de Kelsen[259] e também ao decisionismo político de Schmitt, de quem trataremos a seguir. Smend argumentava que a Constituição só poderia se sustentar se houvesse uma conexão orgânica entre os cidadãos, as instituições e os valores compartilhados, permitindo que o Estado se fortalecesse sem recorrer a uma autoridade soberana absoluta[260]. Segundo Smend a noção de integração está intrinsecamente ligado ao conceito de Constituição enquanto dinâmica de vida do Estado em sua totalidade, isto é, muito além da produção normativa:

> A constituição é a ordem jurídica do Estado, ou, mais precisamente, da vida por meio da qual o Estado adquire sua realidade — ou seja, do seu processo de integração. O sentido desse processo é a produção continuamente renovada da totalidade da vida estatal, e a constituição fornece as normas jurídicas para os diversos aspectos desse processo.[261]

Sua teoria do integralismo emergiu como uma resposta à crise de governabilidade de Weimar, ao enfatizar que a sobrevivência constitucional dependia de mecanismos de integração entre os diversos setores da sociedade e não apenas da obediência formal às normas constitucionais, razão pela qual o foco do processo reside na construção de uma unidade política, em oposição à fragmentação da realidade sociopolítica de Weimar[262]. De acordo com Werner Landecker, Smend parte da premissa de que uma abordagem realista sobre o Estado deve ser precedida por uma abordagem realista de entidades coletivas sociais, que se relacionam com os indivíduos de forma dialética, gerando uma rede de interdependência. Segundo Werner Landecker:

> Uma relação dialética é aquela em que as unidades não apenas interagem, mas são interdependentes. Elas não existem fora dessa relação, nem mesmo sob uma forma diferente daquela que assumem dentro dela. O indivíduo e o

---

[259] A resposta de Hans Kelsen à Teoria da Integração é extremamente ácida e detalhista, fazendo uma verdadeira revisão do livro de Smend, e rebatendo ponto a ponto cada um de seus argumentos. Embora não integre o objeto da presente tese, é válido consultar: KELSEN, Hans. O Estado como integração: um confronto de princípios. Trad. Plínio Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[260] LUTHER, op.cit.

[261] Do original: “The constitution is the legal order of the state, or more precisely, of the life through which the state has its reality, namely, of its process of integration. The meaning of this process is the constantly renewed production of the totality of the life of the state, and the constitution provides the legal norms for various aspects of this process”. SMEND, op.cit. p.240.

[262] GOZZI, Gustavo. “La crisi della dottrina dello Stato nell’età di Weimar”. In: GOZZI, Gustavo. SCHIERA, Pierangelo (orgs.). Crise istituzionale e Teoria dello Stato in Germania dopo la Prima Guerra mondiale. Bologna: il Mulino, 1987, p. 145.

> grupo, enquanto unidades de uma relação dialética, não podem ser isolados um do outro.[263]

Essa dialética traz o caráter orgânico para a relação entre indivíduo e coletividade (tal como o Estado) e direciona a construção teórica de Smend para o conceito de *integração*, que é essencial para compreender a proposta constitucional do autor. De acordo com André Luiz Fernandes Fellet, "as formas espirituais coletivas não são estáticas, sendo unidades de sentido da realidade espiritual em constante atualização funcional, em constante reprodução."[264] Nesse sentido, Smend:

> [...] o Estado não constitui como tal uma totalidade imóvel, cuja única expressão externa consiste em expedir leis, acordos diplomáticos, sentenças ou atos administrativos. Se o Estado existe, é unicamente graças a estas diversas manifestações, expressões de uma estrutura espiritual e, de um modo mais decisivo, através das transformações e renovações que tem como objeto imediato dita estrutura inteligível. O Estado existe e se desenvolve exclusivamente neste processo de contínua renovação e permanente revivescência; utilizando aqui a célebre caracterização da Nação de autoria de Renan, o Estado vive de um plebiscito que se renova a cada dia. Para esse processo, que é o núcleo substancial da dinâmica do Estado, propus já em outro lugar a denominação de integração.[265]

Rudolf Smend concebe a Constituição como um processo dinâmico de integração, no qual indivíduos e instituições se conectam para formar uma ordem comum, através de diferentes perspectivas de integração. Há nessa integração um elemento *espiritual* que ocorre de forma dinâmica, fazendo do direito um processo e não uma instituição estática. Sobre o aspecto espiritual da integração, Stefan Korioth explica:

> "Integração" significa a união contínua e unificadora dos cidadãos em um Estado, não no sentido de um contrato social hipotético ou histórico, mas no da experiência espiritual de pertencimento e união espiritual dos cidadãos. Essa realidade espiritual do "ser-Estado" não é estática, nem um "fato natural que deve ser aceito"; ao contrário, ela está em constante recriação, à medida que as ações e experiências dos cidadãos se unem como eventos que criam, corporificam e simbolizam a unidade estatal.[266]

---

[263] A dialectic relationship is one in which the units do not merely interact but are interdependent. They do not exist outside this relationship, not even in a form different from the one they take within this relationship. The individual and the group, as units of a dialectic relationship, cannot be isolated from each other. LANDECKER, Werner S. "Smend's Theory of Integration." Social Forces 29, no. 1. 39-48. https://doi.org/10.2307/2572755. 1951. P.39.

[264] FELLET, André Luiz Fernandes. "RUDOLF SMEND E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO "ORDEM OBJETIVA DE VALORES". Ano 1 (2012), RIDB, Ano 1 (2012), nº 11. P.6609.

[265] SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Pp.62-63.

[266] Do original: "Integration" means the continuous, unifying joinder of citizens in a state, not in the sense of a hypothetical or historical social contract, but in that of the citizens' spiritual experience of belonging and spiritual union. This spiritual reality of "state-ness" is not static, nor is it a "natural fact that must be

O aspecto da dinamicidade é essencial para sua concepção. De acordo com Smend, o Estado "existe e é presente no processo de constante renovação, continuamente sendo experienciado como novo, ele existe... por causa de um plebiscito que é repetido todos os dias."[267] Sua teoria busca responder à seguinte questão: como a Constituição mantém a unidade do Estado sem se reduzir a um mero conjunto de normas (como em Kelsen) ou a um poder soberano absoluto (como em Schmitt)? Para solucionar esse dilema, Smend parte de uma premissa central: a Constituição não é um conjunto estático de normas, mas sim um processo contínuo de integração social, cultural e política, uma vez que "o Estado existe apenas porque, e na medida em que, se integra constantemente e é formado em e pelos indivíduos — esse processo constante é sua essência como realidade espiritual e social".[268] Segundo o autor alemão:

> As teorias do Estado e do direito estatal tratam o Estado como parte da realidade espiritual. As estruturas espirituais coletivas, enquanto partes da realidade, não são substâncias estáticas, mas unidades de sentido da vida espiritual real — atos espirituais. Sua realidade é a da atualização funcional, da reprodução ou, mais precisamente, da realização e formação espiritual contínuas.[269]

Para Smend, a Constituição é um processo e não uma estrutura estática. Estado e sociedade se relacionam de forma dialética e orgânica, influenciando-se mutuamente. Essa conexão ocorre por meio de três formas de integração: pessoal, funcional e objetiva (material), todas ancoradas em um substrato cultural e simbólico. O primeiro elemento, integração pessoal, diz respeito à relação entre indivíduo e Estado. Nesta perspectiva, o Estado não é um ente abstrato, mas sim um processo contínuo no qual os indivíduos se integram por meio de valores, tradições e pertencimento, garantindo sua unidade política. Segundo Smend:

---

accepted"; instead, it is constantly reemerging, as citizens' actions and experiences come together as events creating, embodying and symbolizing state unity. KORIOTH, S. Op.cit. p. 210.

[267] "(…) exists and is present only in this process of constant renewal, continuously being-experienced as new; it exists… because of a plebiscite repeated daily." Smend, Rudolf. "Constitution and Constitutional Law". Weimar: A Jurisprudence of Crisis, edited by Arthur Jacobson and Bernhard Schlink, Berkeley: University of California Press, 2001, pp. 213-248. https://doi.org/10.1525/9780520929685-023. P.136.

[268] Do original "the state exists only because, and to the extent, it constantly integrates and is formed in and of individuals—this constant process is its essence as a spiritual and social reality"". SMEND, op.cit. p.214.

[269] Do original "The theories of the state and state law deal with the state as part of spiritual reality. Collective spiritual structures as parts of reality are not static substances but units of meaning of real spiritual life—spiritual acts. Their reality is that of functional actualization, reproduction, or more precisely, of continual spiritual achievement and formation". Op.cit. p.217.

> A estrutura fenomenológica do ego na tradição idealista não é a de um elemento objetificável da vida espiritual em uma relação causal com essa vida. O ego não é concebível primeiro em si mesmo e depois como causa da vida espiritual, mas apenas na medida em que existe espiritualmente, se expressa, compreende, participa do mundo espiritual; ou seja, na medida em que é, em algum sentido geral, membro da comunidade, intencionalmente conectado aos outros.[270]

Segundo a integração pessoal, portanto, o indivíduo não é um elemento alienado do Estado e sim faz parte de um processo de integração, com quem se relaciona de forma orgânica e dialética. A integração funcional, por sua vez, diz respeito ao papel das instituições na manutenção da coesão estatal. De acordo com Landecker esse tipo de integração "opera por meio das diversas atividades das instituições governamentais, que servem não apenas como instrumentos de tomada de decisões políticas, mas como meios de integrar a população ao Estado"[271]. Sua função é mediadora entre a sociedade e o Estado, participando ativamente do processo de integração. Segundo o jurista alemão:

> Eleições, negociações parlamentares, formação de gabinete, referendos populares — todos são funções integradoras. Ou seja, podem ser justificados não apenas — (...) — mas esse processo é o ponto principal desses procedimentos: eles integram — isto é, contribuem para criar a individualidade política específica de toda a nação e, assim, a condição para sua atuação juridicamente compreensível, seja ela boa ou má em conteúdo.[272]

Mais do que meros órgãos de poder, tribunais, parlamento e governo funcionam como canais de negociação e harmonização de interesses, promovendo a unidade política. Essa visão demonstra como, para Smend, o direito vai além do campo normativo, atingindo a realidade social e institucional que estrutura as relações de poder. O processo de integração funciona através da formação de canais de

---

[270] "The phenomenological structure of the ego in idealist scholarship is not that of an objectifiable element of spiritual life in a causal relationship with this life. The ego is not conceivable first in itself and then as causal for spiritual life, but only to the extent that it spiritually exists, expresses itself, understands, takes part in the spiritual world; that is, the extent to which it is in some general sense a member of the community, intentionally connected to others.". Ibidem.

[271] "(…) operates through the various activities of governmental institutions which serve not only as instruments of political decision-making but as means of integrating the population into the state." Landecker, op.cit.p.37.

[272] Elections, parliamentary negotiations, cabinet formation, popular referenda—all are integrating functions. That is, they can be justified not only—(...)—but this process is the main point of these procedures: they integrate—that is, they do their part to create the specific political individuality of the entire nation, and thus the condition for its legally comprehensible activity, whether good or bad in content. Smend, Rudolf. "Constitution and Constitutional Law". Weimar: A Jurisprudence of Crisis, edited by Arthur Jacobson and Bernhard Schlink, Berkeley: University of California Press, 2001, pp. 213-248. https://doi.org/10.1525/9780520929685-023. P.225.

expressão da vontade política institucionalizada, que se torna qualificada devido à organização, estrutura e hierarquia. Estes mediadores captam não só um processo de maioria e sim o conteúdo espiritual de um povo como um todo, segundo o autor. Existe uma relação íntima entre a integração funcional e o elemento espiritual de acordo com Smend:

> O característico dos processos integradores de uma comunidade determinada reside em que ditos processos são geralmente processos que produzem, atualizam, renovam ou desenvolvem a substância espiritual da comunidade, que é precisamente o que constitui seu conteúdo objetivo. Na vida política são, portanto, fundamentalmente processos de conformação da vontade comunitária. Entretanto, isso não deve ser entendido - ao menos, não exclusivamente - em um sentido jurídico, é dizer, como se se tratasse de um negócio jurídico em sua acepção mais ampla, senão no sentido de uma contínua restauração da comunidade política como agrupamento de vontades, isto é, da permanente criação das condições necessárias para as sucessivas atualizações - incluindo especialmente as de tipo jurídico - da comunidade política como comunidade de vontades[273].

Ao dizer que essa integração de valores não pode ser entendida em um sentido jurídico, Smend expande o campo da integração para além da norma, reconhecendo abertamente a inclusão de elementos políticos, sociais e simbólicos. Esse processo de identificação conduz à noção de Constituição. Como veremos no capítulo a seguir, esta noção dialoga diretamente com a construção de Costantino Mortati. De acordo com o jurista italiano, o conceito de “comunidade intermediárias” corresponde a canais de mediação entre a vontade popular amorfa e a construção de uma orientação política única e institucionalizada. Embora não defenda a ideia de “integração” diretamente e em alguns pontos até mesmo a refute, Mortati conversa com Smend no tocante ao reconhecimento de uma estrutura de transmissão da vontade política do povo que não orbite nem na organicidade amorfa, tampouco no estatalismo rígido. Canais institucionais (mas não necessariamente estatais) de organização social cumprem esta função em ambos os autores, criando uma aproximação em suas noções de constituição. Por fim, Smend defende a existência da integração objetiva/material, baseada na cultura, nos valores e nos símbolos que conferem coesão ao Estado. Para Landecker:

> Smend emphasizes the importance of historical continuity and cultural symbols in maintaining the unity of the state. He argues that integration occurs not only through personal and functional factors but also through shared

[273] SMEND, 1985, op.cit.

> traditions, beliefs, and national symbols that provide a sense of collective identity.[274]

Com forte papel na construção da unidade, esse terceiro tipo de integração, também cultural e simbólica possui conexão com os valores que integram o indivíduo, o Estado e a sociedade[275], em um processo contínuo. Há um elemento fortemente simbólico nesse aspecto da introdução, que direciona a análise à "identidade" entre povo e Estado. Esse elemento será intrinsecamente presente nas propostas de "constituição em sentido material" que serão influenciadas por seu pensamento. Segundo o Smend:

> Vive-se o Estado, é-se integrado ao Estado, em virtude da experiência dessa pluralidade de valores — ou de momentos individuais dela — como momentos essenciais do próprio Estado. Com isso, o momento da liderança e os procedimentos de integração podem desempenhar um papel; em contraste, a integração por meio da participação em um conteúdo substantivo de valores constitui outro, um terceiro tipo de integração.[276]

Diferente da integração funcional, que se dá por meio das instituições, essa dimensão objetiva/material sustenta a unidade política por meio da identidade nacional, das ideias constitucionais, das tradições, da religião e da memória histórica compartilhada. Esses elementos promovem uma integração considerada por Smend a nível "espiritual", que forma uma relação de unidade entre Estado e povo através da Constituição, em uma perspectiva que se afasta completamente dos pressupostos do normativismo. Essa unidade é um elemento significativo na estabilidade institucional e configura aspectos relevantes na definição de uma Constituição. Emerge do conceito de integração a própria noção de Constituição, que em muito influenciará e se aproximará do que vem a ser constituído como noção de Constituição em sentido material. Para verificar a presença dos elementos discursivos dessa noção, basta verificar os contornos apresentados por Smend à ideia de Constituição:

---

[274] Smend enfatiza a importância da continuidade histórica e dos símbolos culturais na manutenção da unidade do Estado. Ele argumenta que a integração ocorre não apenas por meio de fatores pessoais e funcionais, mas também por meio de tradições compartilhadas, crenças e símbolos nacionais que fornecem um senso de identidade coletiva. Landecker, op.cit. p.45.

[275] Embora Smend descentralize o Estado do debate, suas reflexões, assim como as de seus contemporâneos alemães ainda são mais focadas na relação entre Estado, unidade política e sociedade do que na construção de um conceito de Constituição, que muitas vezes aparece como consequência dessa dialética. Nesse sentido explica Giovanni Bisogni, ao diferenciar estas reflexões daquelas de Mortati, que será originalmente o criador do conceito de Constituição em Sentido Material: "A Mortati interessa la costituzione, non lo Stato; a Heller, a Smend, a Schmitt ciò che fa problema è, invece, lo Stato: la concettualizzazione della costituzione è funzione di questo problema, una concettualizzazione che - come si vedrà - varia da autore ad autore a seconda del 'posto' che viene assegnato alla costituzione nella soluzione di quel problema". (BISOGNI, 2023, p. 36).

[276] SMEND, op.cit. p. 231.

> A constituição é a ordem jurídica do Estado, ou, mais precisamente, da vida por meio da qual o Estado adquire sua realidade — ou seja, de seu processo de integração. O significado desse processo é a produção constantemente renovada da totalidade da vida do Estado, e a constituição fornece as normas jurídicas para os diversos aspectos desse processo.[277]

A Constituição na perspectiva de Smend não é a norma em si e sim um processo que organiza a vida do Estado através da integração[278]. Ainda que não utilize propriamente este termo, considerando a Constituição Material como uma concepção que inclui, no conceito constitucional, elementos que transcendem as normas escritas e abarcam fatores políticos, sociais e culturais, é possível notar pontos de convergência com a teoria da integração[279]. Smend antecipa, de certa forma, a ideia de que a Constituição não se esgota no texto jurídico, mas se manifesta no tecido social e institucional que a sustenta. Essa intuição, que não é nova e já surgiu nos autores precedentemente tratados, ganha contornos novos através de Smend em relação à quais elementos passam a ser mobilizados na sua delimitação da Constituição. Em especial, devem ser enfatizados o papel do elemento "espiritual", a "identidade" e o caráter "simbólico", e, ainda, o objetivo de "unidade" entre Estado e sociedade através da Constituição. Serão esses os discursos mais relevantes no percurso teórico da construção de uma "constituição em sentido material".

A teoria integrativa de Rudolf Smend pode ser interpretada, à luz da análise do discurso de Foucault, como parte de uma tentativa de reorganização do campo jurídico a partir de um novo regime de verdade. Nesse contexto, a legitimidade constitucional não decorre mais da rigidez formal do texto, mas da sua capacidade de produzir coesão simbólica e reforçar, continuamente, uma ideia de unidade no corpo político. A noção de integração funciona, nesse arranjo, como um enunciado que opera efeitos normativos ao mesmo tempo em que disciplina a linguagem do direito e da política. É nesse ponto que a ideia de "espírito da constituição" adquire função

---

[277] Op.cit.p. 240;

[278] Segundo o autor, "Thus it is the spirit of the constitution itself, its focus not on the details but on the totality of the state and the totality of its process of integration, that not only permits but even requires such elastic, supplementary constitutional interpretation deviating greatly from every other kind of legal interpretation." (SMEND, p. 241).

[279] O desenvolvimento de uma retórica da integração, tanto na interpretação constitucional quanto na teoria jurídica, esteve diretamente associado à ideia de que a constituição irradiaria efeitos sobre a política, sendo parte de uma busca pós-guerra por legitimidade e estabilidade política. Conforme Verona Frick: "The development of a rhetoric of integration in constitutional interpretation and constitutional theory refers directly to the Basic Law's radiation into politics and must be considered in the context of a postwar quest for political legitimacy and stability" (2019, p. 21).

estratégica: ao ser alçado ao papel de dimensão simbólica superior, quase transcendental, atua como dispositivo discursivo de unificação, cuja força normativa não está na norma escrita, mas na capacidade de constituir sujeitos integrados a partir de valores compartilhados. Ao invés de romper com o modelo anterior, Smend reposiciona os termos do debate jurídico, conferindo à constituição o papel de prática discursiva voltada à produção de pertencimento e identidade — elementos que, mais do que descritos, são performados como verdade. A mobilização discursiva desses elementos será um elemento de influência central para o posterior desenvolvimento da noção de constituição em sentido material[280].

### *2.2.2. O "Estado social" em Hermann Heller e a totalidade da Constituição.*

Hemann Heller (1891-1933) foi professor das Universidades de Kiel, Leipzig, Berlin e Frankfurt. O jurista alemão responsável por reviver o uso da teoria política como método sociológico, deixou a Alemanha em 1933, com a ascensão do regime nazista, morrendo no mesmo ano, na cidade de Madrid, na prematura idade de 42 anos. A teoria constitucional desenvolvida por Hermann Heller insere-se no mesmo campo discursivo em que se afirmam os contornos da constituição em sentido material, mas propõe um deslocamento ainda mais radical das bases normativas do direito[281]. Heller, que é considerado "interlocutor negligenciado de Kelsen e Schmitt[282], apresenta uma visão dinâmica sobre a fundamentação do constitucionalismo nas relações sociais, sustentando que o horizonte formado entre lei e política, e entre

---

[280] Segundo Giovanni Bisogni (2023, p. 43), apesar de influenciar diretamente na reflexão da Constituição em Sentido Material, a teoria de Smend é mais uma resposta ao positivismo jurídico do que uma tentativa de criação de um novo sistema intepretativo com pressupostos estruturados sobre a Constituição e o Estado. "L'incursione di Smend nella 'materialità' sembra, allora, condotta senza alcuna pretesa di costruire una nuova dogmatica giuspubblicistica e ritenendosi soddisfatta di sortire tutt'al più effetti interpretativi su quella ereditata dal secolo precedente".

[281] Uma breve nota biográfica é elaborada por Gisele Maria Bester (1999, p. 238), sobre o percurso acadêmico e profissional de Hermann Heller: "Em 1919 publicou sua tese de habilitação sobre o pensamento de Hegel, atacando a apoteose do poder feita pelo grande filósofo alemão. No plano político, militou na social-democracia, tendo sido um dos poucos constitucionalistas que aceitou e defendeu a Constituição de Weimar. Foi professor de Direito Público era Berlim, em 1928, bem como em Frankfurt (1932-3). em 1933 quis organizar a resistência a Hitler, então no poder, e, por tal tentativa, teve que se refugiar em território espanhol. Foi acolhido pela Universidade de Madrid e nela trabalhou intensamente, mesmo que por pouco tempo. Ao morrer, deixou inconclusa sua "Teoria do Estado" e em 1917 publicaram-se suas obras completas, na Alemanha, em três tomos (edição A. W. Sijthoff, de Leyde), com introdução preliminar de Martin Drath e Cristopher Müller."

[282] GOLDONI, Marco; WILKINSON, Michael. Introdução à constituição material. Tradução Jair Néia Lima. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 265-299, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. P.291.

constituição e governo não pode ser abstraído da dimensão social, que seria o primeiro elemento de ordenação política. Três elementos da teoria da Heller serão abordados no presente tópico, por guardarem relação direta com a construção de uma visão material da constituição: o papel das relações sociais na Constituição, seu conceito de organização social e sua noção de homogeneidade social.

Em sua principal obra, "Teoria do Estado", 1934, Heller defende que a leitura da normatividade constitucional diz pouco, sendo necessária uma compreensão social e política da constituição. Não se opõe totalmente à normatividade, mas defende que esta não pode ser esvaziada de uma relação com os campos social e político. Com essa percepção, propõe a integração entre as dimensões normativas, sociais e políticas, que decorreriam em uma noção completa de Constituição. Segundo Cruz, De Faria e Ito:

> Na sua principal obra, Teoria do Estado, 1934, Heller teorizou sobre as dimensões do Estado, propondo a integração de suas dimensões normativas, sociais e políticas, formulando um conceito unitário de Constituição (Totalidade) que pode ser também chamado de total ou estrutural. Para Heller a Constituição é ao mesmo tempo norma e realidade social, ou seja, o Estado existe porque há sociedade, tal visão é claramente influenciada pela Constituição de Weimar, que já destacava a necessidade de o Estado possuir uma função social, em um trabalho prescritivo ao fenômeno da "questão social" que dominou a Europa após o fim da II Guerra Mundial.[283]

Ele apresenta uma terceira via entre decisionismo e normativismo, que funda a estabilidade da constituição nos princípios naturais à conformidade social, o que relaciona intrinsecamente o povo à composição da vontade política. Veremos que essa é uma concepção que dialoga com fundamentos básicos da teoria da constituição em sentido material, ampliando o conceito de Constituição para abarcar elementos extra-normativos. Em meio às instabilidades da República de Weimar, sua crítica ao formalismo jurídico vai além da forma e da norma, atingindo diretamente a ideia de neutralidade do Estado liberal. Para Heller, não há constituição possível que ignore as condições materiais de existência e a estrutura concreta da sociedade[284]. A

[283] CRUZ, Paulo Marcio; DE FARIA, Daniela Lopes; ITO, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos / The necessary evolution of the social state teorized by Hermann Heller to the Socio- Envir. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119/934. Acesso em: 24 mar. 2025. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p74-87.

[284] BUZANELLO, José Carlos. Constituição política em Hermann Heller. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 129, p. 259-265, jan./março 1996.

constituição, nesse sentido, não é apenas uma ordem jurídica superior, mas uma expressão situada da luta política, da historicidade e da construção democrática. Se em Smend o discurso constitucional visa integrar o corpo político por meio do "espírito" coletivo, em Heller a ênfase se desloca para o caráter social e político do Estado, fundado em uma ética da igualdade e da justiça material. Nesse sentido:

> Heller defendia que a interação cooperativa entre os cidadãos era possível, diminuindo os conflitos das posições divergentes existentes no processo democrático. Afirmava que nas deliberações acerca do bem comum os participantes devem observar que apesar das diferenças, todos têm interesse na manutenção da democracia.[285]

Tal como Foucault afirma, todo discurso jurídico implica uma prática de poder que define o que pode ser dito, pensado e instituído como verdadeiro. A proposta de Heller opera justamente: ela intervém no discurso jurídico para disputar o próprio regime de verdade que sustenta o direito constitucional — retirando-o do campo abstrato da formalidade e reinscrevendo-o na realidade concreta das relações sociais.

A "unidade" e a "dialética", conceitos explorados anteriormente por Smend, são também relevantes no pensamento de Heller, mas sob uma ótica diversa. Em Heller, a concretude da ação social tem papel fundamental na organização social, renegando uma visão racionalista ou metafísica e priorizando uma abordagem baseada em concretude e realismo, afinal, "a Teoria do Estado é ciência de realidade. Aspira a conhecer a realidade específica da vida estatal que nos circunda"[286]. Na concepção do autor alemão, "a realidade social é ação social, tanto individual como coletiva, em unidade dialética inseparável"[287].

Convém destacar as principais divergências entre Heller e Smend, que o primeiro aponta com detalhe em sua obra, ao abordar o objetivo de unidade/unificação do corpo social em prol de um objetivo político. Enquanto Smend entende que o Estado como uma conexão espiritual se realiza por processos simbólicos, culturais e comunitários, bastando haver um vínculo de sentido (integração simbólica), ainda que não plenamente consciente ou racionalizado, Heller considera isso insuficiente e por demais metafísico e abstrato. Para Heller, a chave da conexão está na *ação* caracterizada pela organização social e estruturada pelo Estado sob as bases da homogeneidade social. Segundo o autor:

---

[285] CRUZ; DE FARIA; ITO, 2016, op.cit.
[286] HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968. P.84.
[287] Ibidem, p.74.

> A autoformação de um grupo social e político de vontade tem sempre, certamente, como hipótese, em maior ou menor grau, o agrupamento unificador, mas inicia-se, justamente, no ponto em que termina o princípio de integração de caráter significativo que Smend assinala[288].

Isto é, segundo Hermann Heller para haver um grupo social e político real, é necessário que exista ação coletiva organizada, com capacidade concreta de decidir e agir. Ou seja, ele exige mais que integração simbólica: exige organização, plano e vontade consciente. Os dois autores distinguem-se, inicialmente por esta dicotomia: Smend vê o Estado como expressão espiritual objetiva; Heller exige organização como mediação entre teoria e prática, uma vez que "nem a autoformação nem o desdobramento ativo de um grupo de vontade [...] são, com efeito, realizáveis sem um plano prévio e sem uma atividade plenamente consciente encaminhada à unidade da ação"[289]. Isto significa que enquanto Rudolf Smend atribui à constituição um caráter de "espírito objetivo" — ela existe como uma realidade espiritual e simbólica, para Heller, isso não basta para garantir a unidade de ação do grupo social. É preciso que exista uma organização real, com órgãos que operem essa unidade. Nesse sentido, Heller prioriza o caráter estrutural necessário à realização, uma vez que a ciência do Estado é, antes de mais nada, "uma ciência de estruturas"[290]. Heller chama essa organização de "mediação entre a teoria e a prática" — é por meio dela que a vontade coletiva pode se realizar no mundo. De acordo com o autor "a organização e, dentro dela, o órgão que o grupo carrega ou suporta, acomoda conscientemente a ordenação à ação e a ação à ordenação, o que permite ao grupo passar do *deliberare* ao unitário *agere*."[291] A estrutura se dará por meio do Estado.

Heller critica a ideia de espírito do povo[292] como algo misterioso ou metafísico. Enquanto seu contemporâneo Smend é influenciado pela tradição alemã do espírito

---

[288] Ibidem, p.116.
[289] Ibidem, p.117.
[290] "O problema da Teoria do Estado consiste, pois, em conceber o Estado como uma estrutura no devir. Pois, por uma parte, só existirá o Estado se houver homens que, em determinada situação e mediante os seus atos reais de vontade, trabalham para que chegue a ser. Mas, por outra parte, todos êsses atos apresentam uma união e ordenação especiais, mediante os quais se ordena a sua pluralidade na unidade característica do todo ativo, que é o Estado." (HELLER, 75).
[291] Ibidem, p.118.
[292] Apesar de criticar a ideia do "espírito" como centro do processo de integração que gera a unidade, Heller reconhece um elemento que nomeia "espiritual", porém pautado na identidade e homogeneidade que tornam aquela coletividade uma rede de cooperação através da organização. Reconhece a relevância desse elemento espiritual, sem, contudo, reconhecer nele, de forma abstrata e metafísica, a centralidade do processo de integração, como Smend faria. Segundo Heller (Ibidem, p. 117): "A união segundo o sentido e o espírito permite, juntamente com a unidade da organização, uma extensão do grupo no tempo. A identidade do grupo conserva-se graças ao fato de que as novas gerações nascem

objetivo (como em Hegel ou o *Volksgeis*t), Heller recusa essa abordagem romântica, que vê o espírito como algo oculto que paira sobre os indivíduos. Para ele, o social é construído por ação humana concreta, mediada culturalmente, uma vez que "...enquanto se rejeita essa falsa relação entre vida e sentido e se propõe o problema do ponto de vista da efetividade social do homem real, todas as trevas espirituais se dissipam"[293]. O papel da organização através da ação é não só uma característica do Estado em Heller, mas sim o requisito básico para a unidade, uma vez que, segundo o autor, "a unidade de ação coletiva não se deriva da categoria de agrupamento unificador, nem da ordenação, mas da categoria da capacidade coletiva de decisão e ação". Só existe unidade através da organização, pautada em uma estrutura e planejamento. O autor assim conceitua a relação entre estes elementos:

> Não surge a unidade de ação coletiva, entre a multiplicidade dos centros ativos, a não ser no momento em que o trabalho dos elementos individuais aparece reunido e posto (sic) em atividade de maneira unitária, se é preciso coativamente, graças à intervenção de um esforço (sic) encaminhado conscientemente à unidade da ação. Esta forma de atividade, que tem por objetivo o modo e a ordenação da unidade de atuações e a sua realização ou atualização efetiva, é o que chamamos de formação de unidade ou organização.[294]

É através da organização que se obtém a unidade e, ainda, deve haver o caractere da legitimidade. Esse pensamento, que conduzirá ao seu conceito de homogeneidade social, é também o que o distingue de Carl Schmitt, jurista a ser abordado no tópico a seguir e, segundo o qual, a unidade poderá ser garantida através da ação unificadora da decisão política com fundamento na autoridade. Não há, então, nenhuma semelhança entre esta ideia e o pensamento de Heller, segundo o qual:

> Nenhuma organização autoritária pode garantir o seu poder e a sua ordenação exclusivamente com o seu aparelho coativo. Precisa sempre procurar uma legitimação, isto é, esforçar-se por integrar os súditos em uma comunidade de vontade e de valores que enobreça as suas pretensões de poderio.[295]

Heller defendia a noção de homogeneidade social, mas não mesmo sentido de oposição e supressão à diferença, que o faz Carl Schmitt, em sua teoria de "amigo x inimigo", como veremos no próximo tópico. Heller defendia uma perspectiva

---

e se formam dentro das conexões de sentido das atitudes espirituais do grupo de antemão existentes. Este prolongamento do grupo no tempo seria inconcebível se a mudança das pessoas que o integram se realizasse de modo repentino.".

[293] Ibidem, p.111.

[294] Ibidem, p.115.

[295] Ibidem.

democrática de homogeneidade social, caracterizada pela similitude de interesses em comum e de processos da composição da vontade política por meio de deliberação. Essa homogeneidade seria a origem e a consequência de uma “ordem estruturada para ações”, responsável pela organização dos indivíduos e grupos com finalidade de cooperação mútua e atingimento de objetivos em comum. Nesse aspecto, é relevante destacar a divergência entre homogeneidade social em Heller e em Schmitt, para quem este conceito está fundamentalmente ligado à opressão da vontade mais fraca diante da vontade mais forte, que deve prevalecer homogênea. Em Heller, ao contrário, o papel da política é garantir a cooperação e colaboração entre vontades divergentes em prol da formação da orientação política do Estado com base nos interesses em comum[296]. Nesse sentido, o autor defende que "o objetivo específico da política consiste sempre na organização de oposições de vontade sobre a base de uma comunidade de vontade”[297].

É relevante destacar que através desses pressupostos teóricos Heller se afasta na doutrina organicista, a qual ele critica, e, por consequência do pluralismo defendido por autores tratados anteriormente como Otto Von Gierke. A estrutura e a organização social em Heller ainda estão ligadas de forma intrínseca à figura de Estado e demonstra-se, nesse delineamento, mais conservador em relação ao reconhecimento de um pluralismo institucional do que alguns de seus antecessores.

Apesar de ancorar-se na noção de dialética e trazer elementos de integração, os distanciamentos ocorrem, pois, a identificação de uma realidade em que há vários “organismos” não procede, em seu pensamento, uma vez que “a doutrina organicista deve ser além disso rejeitada porque se revela como absolutamente incapaz para resolver o problema da unidade do indivíduo e da multiplicidade dos grupos a que pertence como membro”[298]. Chega a mencionar diretamente Otto von Gierke ao criticar seu “anárquico pluralismo”[299], doutrina da qual se poderia aproveitar tão somente “o conceito de forma ou estrutura social”. A crítica concorda com a centralidade, ainda, dada por Heller à figura estatal enquanto agente organizador da sociedade, movimentando-a no sentido da cooperação. Segundo o autor:

---

[296] Para aprofundamento no conceito de homogeneidade social e a defesa da democracia em Heller, ver: HELLER, H. Political Democracy and Social Homogeneity. in: JACOBSON, A. e SCHLINL, B. (ed). Weimar: A jurisprudence of Crisis (Berkeley, University of California Pressi, 2000).
[297] HELLER, 1985, op.cit. p.205.
[298] HELLER, 2000, op.cit. p.200.
[299] Ibidem, p.127.

> A função do Estado consiste, pois, na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um status vivendi comum que harmonize tôdas as oposições de interêsses dentro de uma zona geográfica, a qual, enquanto não exista um Estado mundial, aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante.[300]

Por meio da cooperação, a manutenção da democracia seria observada, com o diálogo que levaria os cidadãos a deliberar a respeito dos interesses em comum, apesar dos elementos heterogêneos naturais à sociedade, a partir de uma estrutura organizada e movidos pela ação coletiva e prática[301]. Estão dispostos os elementos que fundamentam a teoria política de Heller e servirão de base para a sua construção teórica mais influente na noção de constituição em sentido material: A constituição total. Seu pensamento traz contribuições fundamentais ao debate sobre constituição em sentido material ao propor um deslocamento da noção espiritual e simbólica, representada especialmente por Rudolf Smend, para uma concepção concreta, consciente e organizada. Para Heller, a constituição coincide com a organização efetiva do Estado, sustentada por ações humanas concretas e conscientes.

Sua crítica diz respeito diretamente ao que chama de ideia romântica do "espírito do povo", defendendo que a constituição real é um produto da vida política organizada em normas concretas e efetivamente aplicadas.[302] Nesse sentido, podemos vislumbrar aproximações, ainda que parciais, entre Heller e Ferdinand Lassalle, uma vez que o primeiro reconhece os fatores reais do poder, porém dá um passo além ao exigir a existência de estruturas organizadas e de ações deliberadas e conscientes como elementos essenciais da materialidade constitucional[303]. Em oposição explícita ao formalismo de Kelsen, afirma ainda que a normatividade constitucional só ganha validade quando deixa de ser mero desejo normativo e passa a ser vivenciada concretamente na realidade social[304]. Assim, o materialismo

---

[300] Ibidem, 295.

[301] "Heller defendia que a interação cooperativa entre os cidadãos era possível, diminuindo os conflitos das posições divergentes existentes no processo democrático. Afirmava que nas deliberações acerca do bem comum os participantes devem observar que apesar das diferenças, todos têm interesse na manutenção da democracia." (CRUZ; DE FARIA; ITO, 2016)

[302] HELLER, 1985, op.cit. pp.298-299.

[303] "Desta constituição 'real' que todo país possuiu em todo tempo, disse Lassalle na sua conhecida conferência ber Verfassungswesen (1862), que não é a constituição escrita ou a folha de papel, mas as relações reais de poder que se dão em um país [...] essas relações reais de poder acham-se em constante movimento e mudam a cada momento, apesar de que não dão lugar a um caos mas geram, como organização e constituição, a unidade e ordenação do Estado." (HELLER, ibidem, p.296).

[304] Ibidem, p.305.

constitucional helleriano está fundado em uma efetividade real, dinâmica e organizada das normas, como condição da existência mesma da constituição[305].

A composição de seu conceito de constituição congrega as noções de organização social, estrutura e concretização, incluindo a sociedade organizada e o Estado em seu papel agente dessa atividade. Para Hermann Heller, a Constituição não é simplesmente um documento jurídico estático ou apenas uma soma de normas jurídicas; trata-se, antes de tudo, de uma estrutura real e dinâmica de poder, uma ordem concreta que surge da atividade humana consciente.:

> A constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto esta significa constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que se renova constantemente por meio de atos de vontade humana.[306]

Portanto, a Constituição, para Heller, é vista como uma realidade social que se manifesta através da organização política que "renasce" constantemente por meio da conduta efetiva e contínua dos membros do Estado. Observe-se que a construção de uma renovação dialoga com as ideias previamente expostas de Rudolf Smend. Ambos os autores defendem que o que torna a constituição real (e material) é correspondência constante a um sentido de aprovação social. No caso de Heller, a organização será um fator essencial para promover esta aprovação contínua, uma vez que é através dela que a vontade política se torna unificada e coerente com o espírito social. Em suas palavras:

> A configuração atual da cooperação, que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, pela qual se produz de modo constantemente renovado a unidade e ordenação da organização, é o que nós chamamos Constituição no sentido da ciência da realidade.[307]

Por outro lado, distingue-se, ainda, de Smend, ao afirmar que a Constituição não é processo e sim produto[308], posicionando-se também contra a doutrina juspositivista de Kelsen, por reconhecer na origem desse produto uma estrutura pautada na realidade dinâmica, que só o é, através da organização social, um elemento não-estático[309]. A constituição surge como resultado da organização

---

[305] NIEMEYER, Gerhart. Prólogo. In: HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou,1968. Título original: Staatslehre. p.7 à p. 17.
[306] Ibidem, p.296.
[307] Ibidem.
[308] Ibidem, p.297.
[309] HELLER, Hermann. Escritos Políticos. Tradução de Salvador Gómez de Arteche. Prólogo e Seleção de Antonio López Pina. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

estruturada e contínua, sendo essa o processo de produção daquela. O elemento que, por fim, finaliza a caracterização de sua noção de constituição é a “efetivação”, o que converge com sua abordagem realista, se tratando de um autor que não concebe a constituição como um resultado de processo formal de aprovação e sim sua capacidade de gerar efeitos e ser operante na sociedade que a produz. Para Heller:

> A criação de normas pelo Estado [...] não cria, sem dúvida, um Direito válido, mas só o plano de um direito que se deseja para o futuro. Esta 'oferta' que o legislador faz aos destinatários da norma só produz direito vigente na medida em que as normas 'saem da sua existência no papel para confirmar-se na vida humana como poder'.[310]

A efetivação será um ponto de encontro entre a visão de Heller e de Costantino Mortati a respeito da constituição em sentido material. Também Mortati se preocupa com a operacionalização da constituição, isto é, sua capacidade de promover efeitos concretos e ordenar materialmente a sociedade e o direito. Para Mortati, tal elemento é tão importante que é uma questão estruturante da própria noção de constituição em sentido material, como veremos nas páginas seguintes. Em Heller, a efetividade é a prova da natureza da constituição. Há nesse ponto estreita aproximação em relação à efetivação como elemento de materialidade constitucional em ambos os autores.

À luz da análise do discurso proposta por Michel Foucault, é possível perceber que Hermann Heller mobiliza estratégias discursivas específicas na construção de uma noção própria de constituição. Opondo-se à tradição formalista, que considerava a constituição como um conjunto abstrato de normas jurídicas positivas, o discurso helleriano desloca essa concepção, inscrevendo a constitucionalidade em um regime de verdade baseado na organização concreta e na normatividade efetiva da vida social e política. A constituição, para Heller, não é apenas um código estático, mas um produto discursivamente articulado pela interação constante entre normas e realidade social, entre “dever-ser” e “ser”, cuja estabilidade só se alcança através da atividade concreta, organizada e consciente.

Ainda sob a ótica da análise do discurso, é possível, então interpretar que o discurso constitucional de Heller opera como prática de poder, uma vez que define explicitamente quais elementos sociais e políticos devem ser considerados parte da materialidade constitucional, excluindo ou marginalizando aqueles elementos

[310] HELLER, 1968, p.305.

considerados abstratos ou irreais. Segundo o autor alemão, a recusa da concepção romântica do "espírito do povo", associada sobretudo ao pensamento de Rudolf Smend, é parte integrante dessa estratégia discursiva. Ao rejeitar tal perspectiva, Heller cria um regime discursivo próprio no qual a materialidade constitucional é afirmada através da ação consciente, dos planos deliberados e da efetividade real da organização institucional. Ao mesmo tempo que se inscreve no âmbito de autores que combatem a proposta positivista jurídica, Heller apresenta, porém, pontos de divergência em relação a seus contemporâneos. Sua maior distinção em relação a Smend consiste nos elementos unificadores capazes de realizar a integração; Enquanto Smend utiliza uma abordagem abstrata, com influência racional baseada em elementos simbólicos, Heller centraliza a figura da organização social e identifica papel central do Estado na realização dessa atividade.

Nessa perspectiva, podemos perceber que a noção helleriana da constituição como "forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida" não apenas descreve, mas também produz uma realidade normativa particular. Ao afirmar que as normas jurídicas são apenas planos ou desejos enquanto não confirmadas pela efetividade concreta da vida social, Heller mobiliza uma tecnologia discursiva que sustenta um modelo de constituição baseado na organização e na normalização consciente e planejada da sociedade. Essa operação discursiva impõe uma nova verdade constitucional, na qual a validade das normas é condicionada à sua capacidade de moldar ativamente a realidade política e social. Ao mesmo tempo que não nega o papel da norma, Heller supera o normativismo tradicional, com a identificação de um critério de validade de legitimação normativo, associado à função social do Estado, demonstrando certa continuidade com ideias precedentes, como as de Léon Duguit, mas ao mesmo tempo, rompendo com qualquer linearidade em relação a propostas de pluralismo jurídico.

O discurso helleriano sobre a constituição guarda relação estreita com o que esta tese denomina de constituição em sentido material, na medida em que enfatiza a concretude dos elementos constitucionais para além da letra normativa, situando a validade constitucional na efetividade social real. Como destaca Heller, "a Constituição real consiste nas relações reais de poder"[311]. Essa afirmação, situada no campo discursivo antiformalista inaugurado por Lassalle, evidencia uma concepção de

[311] HELLER, 1968, op.cit. p.306.

constituição cuja materialidade reside precisamente na capacidade que ela tem de estruturar efetivamente a vida social e política, funcionando como uma prática discursiva de delimitação daquilo que é reconhecido como legítimo e constitucionalmente válido. A Constituição, em Hemann Heller, é uma realidade política concreta e dinâmica, constituída e renovada constantemente pelas ações e relações humanas. Dentro dessa realidade mais ampla, é possível reconhecer a constituição material como aquele núcleo fundamental que possui uma relevância e valor especiais dentro da ordenação jurídica total, não apenas porque é formalmente estabelecido em normas, mas sobretudo porque representa princípios políticos fundamentais concretamente vigentes e vividos pelos membros da comunidade política. A constituição material, assim, não é apenas norma escrita, mas aquilo que realmente constitui e organiza o poder político do Estado em termos reais, sociais e valorativos. Essas intuições farão parte do debate sobre a noção de Constituição em sentido material, sobretudo através da concordância e divergência com pressupostos de seu pensamento, que serão trazidas pelo criador da noção, Costantino Mortati.

### 2.2.3. O realismo jurídico na teoria constitucional de Carl Schmitt

Plenamente inserido no contexto da crítica ao positivismo jurídico, Carl Schmitt (1888-1985) representa o ponto máximo da ruptura com o normativismo kelseniano por meio da elaboração de uma teoria constitucional baseada fundamentalmente no elemento político, criando, com isso, bases teóricas inovadoras para interpretar as relações entre Estado, sociedade, unidade política e, consequentemente, Constituição[312]. Autor de uma obra prolífica que se desenvolve por mais de cinquenta anos, Schmitt realizou incursões relevantes sobre Filosofia, Teoria do Estado, Ciência Política, Teoria Constitucional e Direito Internacional. Contudo, longe de pretender uma revisão completa de sua extensa obra—o que seria impossível no diante do objeto delimitado por esta tese —o presente subtópico se

[312] Dentre os elementos que uniam os pensadores jurídicos críticos do positivismo jurídico, porém tão divergentes entre si, estava a tentativa de resgatar o elemento "político" o reinserindo no campo jurídico e constitucional. Segundo Gilberto Bercovici (2003): ""Ao normativismo positivista de Kelsen opuseram-se várias doutrinas e concepções, cujo ponto comum era o desejo de introduzir o político na análise da ordem normativa concernente ao Estado, tentando se aproximar da realidade constitucional e política." Nessa perspectiva, Schmitt se destaca como mais radical, uma vez que, além de resgatar o político, o jurista o centraliza a tal ponto de fundamentar sua teoria na ideia de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político.

concentrará especificamente nos elementos teóricos da obra schmittiana que contribuem diretamente para o delineamento do conceito de “Constituição”.

A opção por uma análise mais detalhada desse autor, em comparação aos seus contemporâneos alemães abordados anteriormente, é justificada especialmente pelo fato de Schmitt constituir referência central—por meio de contraposições e afinidades conceituais—na formulação da teoria da Constituição em sentido material, posteriormente desenvolvida por Costantino Mortati. Para fundamentar o delineamento do pensamento teórico de Schmitt sobre o objeto selecionado, serão abordados fundamentos oriundos de suas obras: *Teologia Política* (1922), *O Conceito do Político* (1927), *Teoria da Constituição* (1928) e *“O guardião da constituição”* (1931)

Carl Schmitt desenvolveu as reflexões sobre o conceito de Constituição com base em uma linha teórica que vinha traçando desde seus estudos mais voltados à teoria da ciência política, isto é, fundamentando-se no conceito de político, decisão e homogeneidade. Sua defesa por uma certa forma de estruturar a sociedade irá desdobrar-se em uma teoria constitucional baseada na decisão, fazendo de Schmitt o pai do “decisionismo político”. O autor alemão apresentou sua primeira proposta antes do despontar do nazismo, sendo que esta proposta não corresponderia juridicamente à configuração institucional que o regime viria a assumir quando surgiu, alguns anos depois. Embora tenha sido um autodeclarado apoiador do regime nazista e sua obra tenha por fundamento bases que favorecem a ditadura e o autoritarismo, foi apenas a partir de 1933 que os escritos claramente autoritários de Schmitt foram elaborados. Antes disso, porém, suas noções teóricas de “amigo x inimigo” e sua defesa pela homogeneidade social já se apresentam como claros indicadores de uma ideologia antidemocrática.

O desenvolvimento teórico do jurista alemão que interessa ao recorte do presente trabalho se localiza em um determinado momento histórico anterior ao golpe do Führer, ainda, durante a vigência da República de Weimar, embora seja possível notar elementos autoritários em suas primeiras incursões teóricas. Foi, então, que Schmitt, tendo por base a própria arquitetura da Constituição de Weimar, forneceu a sua primeira alternativa ao arranjo liberal, com base na crítica à democracia parlamentar e à própria ideia de democracia. É no âmbito de uma relação de continuidade e de pertencimento ao sistema fragmentado de Weimar, que, buscando oferecer uma solução que favorecesse a unidade política, Schmitt a desenvolveu por meio de uma interpretação sobre a qual seria a função de “Presidente do Reich”,

pautada nos próprios dispositivos constitucionais então vigentes e que descreve, ainda, qual é o seu conceito de Constituição.

A obra que sistematizou essa visão é “O Guardião da Constituição”, publicado em 1931[313], compilando três textos seus publicados previamente em diferentes contextos: “A ditadura do Presidente do Reich sob o artigo 48 da Constituição de Weimar” (1924), “O Tribunal de Justiça do Reich como guardião da Constituição” (1929) e “O Guardião da Constituição” (1929). No entanto, antes de analisarmos a proposta de configuração institucional, convém interpretar as bases da Constituição em seu pensamento, que devem ser extraídas de seus dois escritos anteriores: *A teologia política (1922) e O conceito de político (1927) e “Teoria da Constituição” (1928).*

Isso porque, em Schmitt, o conceito de Constituição deriva da noção de “decisão”, que é um elemento central em suas obras de ciência política. Para abordá-lo, será necessário compreender seus conceitos de “democracia”, “homogeneidade social”, “amigo x inimigos” e, enfim, “unidade política”. Em sua obra "O conceito de político", Schmitt inicia com uma afirmação marcante: “o conceito do Estado pressupõe o conceito do político”[314]. O conceito de "político", para Schmitt, é fundamentado na distinção entre “amigo” e “inimigo”. O político, segundo ele, é um espaço conflituoso onde os agrupamentos humanos definem a própria existência coletiva por meio dessa oposição. O inimigo é aquele cuja existência representa uma ameaça existencial ao grupo, capaz de mobilizar forças coletivas para o conflito. Identificar e enquadrar os grupos nesses conceitos é necessário para a definição do político pelo Estado. Nesse sentido, Schmitt:

> A distinção política específica, à qual as ações e motivos políticos são referidos, é a distinção entre amigo e inimigo. Ela fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou informação sobre conteúdo.[315]

A oposição entre “amigo” e “inimigo” é, portanto, o fundamento da distinção do político, em Schmitt. Segundo Cássio Benjamin, "O ponto de partida de Schmitt, portanto, é o enquadramento da questão do conceito do político em uma forma

---

[313] Original intitulado "Der Hiiter der Verfassung”, publicado originalmente em 1929. Trata-se da versão republicada de "Das Reichgerichts ais Hüter de Verfassung".
[314] SCHMITT, Carl. O conceito do político. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015. P.24
[315] Ibidem, p.26.

binária"[316]. Essa distinção, longe de ser metafórica ou existencial, é visível de forma concreta e realista no pensamento de Schmitt. Segundo o jurista, “os conceitos de “amigo” e “inimigo” são tomados em seu sentido concreto e existencial, não como metáforas ou símbolos”[317]. Essa ideia apresenta alguns dos traços mais marcantes do pensamento jurídico de Carl Schmitt, que são: a polaridade e o realismo. A polaridade, que irá permear toda sua obra, diz respeito, em especial, à designação de relações de força a partir da noção de inevitabilidade do conflito, baseado na contingência do acontecimento histórico.

Esse paradigma se opõe às correntes que pugnam pela universidade da norma e pela racionalidade abstrata do direito, baseadas em uma ideia ilusória de consenso e, ainda, à natureza incondicional dos princípios, ideia liberal que viabilizaria o consenso inclusivo[318]. Na visão de Schmitt, a história ensina que o consenso é ilusório e a oposição é a única forma, concretamente viável, de se identificar o conteúdo da decisão política, a partir do reconhecimento da vontade política adversária (inimigo). Nesse sentido, suas ideias referendam o realismo político: as estruturas estatais são, em Schmitt, reconhecidas em movimentos dinâmicos políticos e, em seu ápice, no elemento da decisão. Três são as consequências desses pressupostos schmittianos: 1. Reconhece, em seu pensamento, a autonomia do político. 2. O critério de distinção do político em necessariamente antagônico. 3. A dialética de luta que se estipula mediante a contraposição de vontades se resolve através de uma decisão.

Uma vez que o conceito de Estado pressupõe o conceito de político, para o jurista, o Estado moderno identificou os conceitos de estatal e político, pois foi capaz de “conseguir a paz em seu interior e excluir a inimizade como conceito jurídico. No cerne dessa operação está a decisão. Segundo Schmitt, o conceito de decisão significa a necessidade de uma instância política determinante sobre a situação de exceção, já que “toda ordem se fundamenta numa decisão.”[319] Ao afirmar sua famosa frase de abertura de "A teologia política": *"Soberano é aquele que decide sobre o*

[316] BENJAMIN, Cássio Corrêa. AGONISMO E A FIGURA DO INIMIGO. EM TORNO DE “O CONCEITO DO POLÍTICO” DE CARL SCHMITT. PHILÓSOPHOS, GOIÂNIA, V. 26, N. 1, P.89-117, JAN./JUN. 2021. P.96.
[317] SCHMITT, 2015, op.cit. p.28.
[318] Para uma crítica aprofundada dos fundamentos do liberalismo presentes no parlamentarismo, ver: "The Crisis of Parliamentary Democracy" traduzido por Ellen Kennedy em 1985. Originalmente publicado "Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus", 1923.
[319] SCHMITT, 2015, op.cit.

*estado de exceção.",* Schmitt associa a situação excepcional à soberania como aquela figura que dá a ordem no caso extremo, agindo na ab-normalidade e não dentro de um esquema normativo. Não existe nenhuma submissão do soberano à norma, uma vez que, ao contrário, o soberano, munido da autoridade, definirá o político configurando o novo esquema jurídico e normativo através do poder da decisão em si[320].

O objetivo dessa decisão é fundar o político, gerando assim a verdadeira noção de Constituição em Schmitt. A forma de fazer isso é garantindo a homogeneidade social[321], através do reconhecimento do inimigo e fortalecimento da unidade através da autoridade. Um ponto fundamental a ser delineado é a completa dissonância entre a noção de homogeneidade social em Schmitt e em Heller, conforme trabalhada no subtópico precedente. A homogeneidade trazida em Schmitt (1928) é o pressuposto para sua noção de "democracia". Entenda-se aqui, porém, um completo repúdio à articulação de interesses diferentes (como fundamentado por Heller) e sim a identidade entre uma vontade política mais forte (de acordo com a decisão soberana) que leva à homogeneidade de vontade, raça e ideologia no povo. Essa homogeneidade é o ponto fundamental do pensamento schmittiano que levará à fundamentação do regime nazista alguns anos depois[322]. A homogeneidade, pressuposto para a unidade política, rejeita o consenso entre vontades políticas divergentes e trabalha na lógica da exclusão do "outro", profundamente enraizada na doutrina do "amigo x inimigo".

O papel da decisão, portanto, além de fundamental para fixar quem é o amigo e o inimigo e assim, formar a orientação política do Estado, tem também a função constitutiva em relação à própria constituição. A decisão do soberano munido da autoridade de fato representa a vontade geral. Esta, por sua vez, será a responsável por definir a Constituição. O fundamento da constituição, sua *materialidade*, portanto, não é normativo, tampouco sociológico, em Schmitt. O seu fundamento reside na decisão e, assim, na vontade soberana. Nesse sentido, explica Gilberto Bercovici:

---

[320] SCHMITT, Carl. Teología política. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

[321] Para Schmitt, há contradição entre a unidade e homogeneidade do povo e o pluralismo do Parlamento (SCHMITT, 1931). O pluralismo do parlamento evita a integridade e unidade política e econômica.

[322] SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Tradução e apresentação de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

> A Constituição só é válida, para 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 e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado.[323]

Há uma distinção clara, em Schmitt, entre o conceito de Constituição e o conceito de *leis constitucionais*. O segundo termo estaria associado à norma constitucional, dentro do esquema kelseneano funcionaria como "norma". Já o primeiro representaria o verdadeiro núcleo de juridicidade derivado do elemento político, isto é, sua visão sobre a *constituição material*. O fundamento desta noção, em Schmitt, está, portanto, na decisão soberana. Conforme Gilberto Bercovici:

> 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.[324]

A dimensão material da Constituição para Schmitt não reside em conteúdos normativos específicos, mas essencialmente na decisão fundamental sobre a forma política do Estado. Essa decisão se torna especialmente visível e materialmente identificável em situações de crise ou 'estado de exceção', conceito-chave em sua teoria. É nesse contexto excepcional que o poder soberano explicita seu caráter político e revela o verdadeiro núcleo material e decisório da Constituição. Contudo, essa posição não está isenta de críticas, sobretudo pelas implicações autoritárias que carrega ao reduzir a Constituição a um núcleo decisório concentrado no soberano, eliminando espaços plurais ou democráticos[325].

Para um aprofundamento da visão de Schmitt sobre a noção de "constituição", é necessário analisar os principais argumentos de sua obra "O guardião da Constituição" e como ela se coloca em oposição à obra de Kelsen, publicada contemporaneamente. Enquanto em "A teoria da Constituição", Schmitt apresenta

---

[323] BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. ja/ju 2003. P.96.

[324] Ibidem.

[325] Importante considerar o contexto Weimar na crítica parlamentar, explorada de forma mais clara na segunda parte do livro "O guardião da Constituição", em que Schmitt faz uma análise do Parlamento enquanto Guardião da Constituição. Para Schmitt, o parlamentarismo é fruto do liberalismo e não da democracia (1931). O Estado liberal é dualista (Governo e legislativo), e com tendência crescente de primazia do Parlamento, é um Estado anti-politico. Em sua obra, defende que o parlamentarismo é fruto do liberalismo e não da democracia.

uma teoria geral e conceitual sobre o que é Constituição, em “O guardião da Constituição”, o jurista parte dessa teoria geral e a aplica a um contexto político específico, defendendo explicitamente uma interpretação política sobre quem deve ter o papel central na proteção constitucional. A partir dessa aplicação, é possível interpretar em que reside o núcleo de materialidade constitucional no pensamento schmittiano.

A obra de Schmitt “Guardião da Constituição” não tem por objetivo fundamentar uma ruptura institucional. A ruptura da ascensão do regime nazista ainda não tinha ocorrido e foi dentro do próprio sistema de Weimar que Schmitt apresentou a defesa de um rearranjo dos poderes que se opunha ao que uma parte da publicística europeia vinha afirmando em meio ao contexto de “luta por método”. Nesse sentido, os motivos que moviam Schmitt estavam envolvidos ainda mais diretamente em um embate: o confronto teórico que travou com o contemporâneo austríaco de matriz positivista, Hans Kelsen.

Apenas um ano antes, Kelsen publicara “A Jurisdição Constitucional”[326], fundamentando teoricamente a escolha, da qual fez parte, da Constituição austríaca de atribuir ao Tribunal Constitucional a competência de intérprete do conteúdo constitucional. Essa formulação, cujos desdobramentos não compõem o objeto do presente trabalho, representava o que seria, para Schmitt, uma atribuição política ao Poder Judiciário, posição à qual ele se opunha fortemente. Munido da refutação a essa tese, à sua contextualizada crítica ao Estado Liberal e à forma parlamentar que, segundo ele, era a responsável pela fragmentação da governabilidade em Weimar[327], é que Schmitt publicou a versão final de “O Guardião da Constituição”. Nessa, ao passo que desenvolveu sua própria teoria constitucional, também apresentou o que pode ser compreendido como uma alternativa interpretação ao sistema liberal de distribuição de poder político entre os três poderes.

Essa divisão - que representava o desdobramento da teoria tripartida de Montesquieu - para Schmitt representava a causa da fragmentação. O pluralismo político oriundo do liberalismo, aliás, conforme fundamentou na obra, seria contrário à

[326] A resposta de Kelsen veio, ainda, através do ensaio "Quem deve ser o guardião da Constituição" (Original: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?) em 1931.
[327] A questão abordada por Schmitt além da guarda da constituição propriamente dita é a busca por uma unidade política, que se vê extremamente necessária uma vez que à falta de governabilidade em Weimar era associada ao pluralismo partidário, uma vez que eram os dois grupos extremistas - partidos comunista e nazista - que estavam impossibilitando a governabilidade, com a maioria negativa.

democracia[328] e a causa para a inoperabilidade e instabilidade vigentes. Em resposta, com base na própria Constituição de Weimar, o jurista alemão buscou apresentar uma interpretação alternativa sobre o desenho institucional existente. Para ele seria possível, então, atingir a unidade política tendo por base os preceitos constitucionais vigentes. É a esse aspecto da obra que nos ateremos.

O campo prático sobre o qual se desenvolve a reflexão de "O Guardião da Constituição" se pauta na determinação sobre a seguinte questão: A quem deve ser atribuída a competência de intérprete do conteúdo constitucional? Ao enfrentar essa pergunta, Schmitt se voltava à mesma questão que motivou os debates das doutrinas europeias de direito público nos diversos momentos previamente mencionados: A quem cabe a função de intérprete da orientação *política* do Estado?

Era um dado primário a Schmitt à impossibilidade de uma separação entre política e Direito. Contrariando Kelsen, o jurista alemão, na toada da tendência antiformalista da "luta pelo método", reconhecia que o elemento político existia e deveria ser considerado na estrutura do edifício jurídico institucional. Essa diferença metodológica por si só já diferencia estruturalmente ambas as construções. Se Kelsen via todos os atos normativos como plenamente jurídicos, inclusive a decisão sobre o conteúdo constitucional, Schmitt, um adepto à corrente voltada ao realismo jurídico rejeitava a abstração e defendia a presença inequívoca do conteúdo político[329]. A questão que se coloca, portanto, traz no seu âmago a interrogação sobre quem seria a instituição legítima e capaz de interpretar esse conteúdo e, deste modo, gerar a orientação política.

O mote que conduz as propostas de Schmitt, assim como em Heller e Smend, girava em torno da questão da "unidade política" e em como alcançá-la. A semelhança entre os três autores - em que pese suas extremas diferenças - no objetivo de elaborar o fundamento da "unidade" se depreende diretamente do contexto especificamente alemão das décadas de 20, isto é, a extrema fragmentação política de Weimar. Apesar de que o tema será tratado de forma mais específica no próximo capítulo, por ora convém salientar que nessa conjuntura que a questão da "unidade política" é um

[328] Schmitt associa democracia ao princípio da identidade. O tema é amplamente abordado um ano antes quando publica o Verfassungslehre (A teoria da Constituição). O jurista insiste na identidade pois em seu desenho de representação, democracia consistiria em um povo que "governa a si mesmo", pois o governante represente à totalidade da identidade do povo. Para concretizar essa relação, Schmitt defende nessa obra que deve haver uma homogeneidade no povo e essa homogeneidade seria a uniformidade de interesse e elementos de coesão.

[329] SCHMITT, Carl. O Conceito de Político. Lisboa: Edições 70, 2019.

objeto de estudo compartilhado entre os autores que integram este tópico e que será, ainda, um dos elementos essenciais, na definição de um conceito de constituição em sentido material. Tomando, ainda, para si, a "fragmentação política" como inimigo comum, o jurista alemão foi ainda mais enfático na atribuição desta última às condições estruturais do liberalismo e, em especial, ao próprio pluralismo político em si mesmo.

> A referência à totalidade da unidade política sempre contém uma oposição aos agrupamentos pluralistas da vida social e econômica e deve provocar uma superioridade sobre semelhantes agrupamentos. Quando esse não for o caso, a adoção dessas formas atua ou como vã ficção ou expressa apenas a objetividade de um parecerista imparcial.[330]

Nessa dinâmica, o arranjo institucional do Estado Liberal não atingia o alegado equilíbrio utópico proposto nas linhas de Montesquieu. Ao contrário, partindo do pressuposto de que todo Estado Liberal é dualista por natureza, se dividindo em Governo e Legislativo, a tendência é que esse se tornasse cada vez mais um Estado Legislativo, com o primado do Parlamento sobre os outros poderes. Para Schmitt, nessa perspectiva, liberalismo e democracia se opõem, pois do primeiro viria o parlamentarismo, sendo esse o fruto do pluralismo político, a quem o autor alemão atribuía a responsabilidade pela ausência de unidade política. O Estado Liberal com primado no parlamento seria, portanto, um Estado antipolítico, tendo por inadmissível que neste resida a capacidade de interpretar conteúdo constitucional e, em última instância, decidir a orientação política do Estado.

É nesse ponto que se configurava o desenho institucional de Weimar sobre o qual o jurista alemão dispunha: O parlamento não era eleito diretamente pelo povo e, sim, indiretamente pelo sistema de listas partidárias. Esse fato tornava a argumentação de Schmitt ainda mais contundente e apelativa, pois, justamente, salientava a ausência no parlamento da legitimidade política para agir em nome do povo, sendo o intérprete máximo de sua vontade política: seus membros não eram votados diretamente, ao contrário do que acontecia com o Presidente do *Reich*, cuja escolha era plebiscitária, como veremos em alguns momentos. Para Schmitt, o Estado liberal dualista, composto pelo governo e parlamento, se torna cada vez mais um estado legislativo, com o primado do parlamento sobre os demais poderes. Essa condição é, para Schmitt, formadora de um Estado antipolítico, pois o

[330] Ibidem, p.232.

parlamentarismo, sendo fruto do liberalismo, e não da democracia, opõe seu pluralismo à unidade e homogeneidade necessárias à governabilidade do Estado. O conceito de democracia para Schmitt, portanto, parte diretamente da crítica do pluralismo.

Neste ponto é possível identificar um ponto em comum com a formulação de Smend e Heller, uma vez que todas as propostas se embasam na defesa da unidade política e na crítica do Estado liberal, o associando a uma situação pouco política. No entanto, ao reconhecer as alternativas a esse modelo, a proposta de Schmitt se torna mais centralizadora e radical que a de seus contemporâneos, uma vez que o pluralismo político não só é considerado um irrelevante na construção de seu conceito de democracia, como é visto até mesmo como uma ameaça. Essa ideia diverge de Heller, que, como visto na seção anterior, não só admite a dialética de vontades no processo de formação da orientação política única, como fundamenta a estruturação na organização social através da cooperação mútua.

Quanto à possibilidade de o Poder Judiciário e, em especial, o Tribunal do *Reich*, exercer essa função, será feito apenas um breve aceno, muito embora consista, em última análise, à principal situação que o autor buscava refutar com sua obra. Uma situação considerada inconcebível por motivos de força prática e teórica: além de, segundo Schmitt, carecer de legitimidade e independência, o principal motivo que obstaria o reconhecimento das competências constitucionais e políticas ao Poder Judiciário era simplesmente a ausência de previsão constitucional. Trata-se, também, de uma resposta direta à Kelsen, que nas linhas da “Jurisdição Constitucional”, analisando a situação de Weimar, defendeu a tese de que a decisão de 4 de novembro de 1925 no qual o Tribunal do *Reich* autoproclamou-se competente para negar a aplicação de uma lei ordinária, foi frontalmente em oposição à preceito constitucional, com base no art. 102 da Constituição de Weimar. A pronuncia jurisprudencial, à época, foi associada à decisão emanada no caso *“Marbury vs. Madison”*, em que a Suprema Corte norte-americana se autoproclamou detentora de competências constitucionais.

Nenhum desses elementos, segundo Schmitt, legitimava a interpretação sobre a atribuição de competências amplamente constitucionais ao Tribunal do *Reich*. A decisão apenas reiterava o dever de exame judicial por parte do Poder Judiciário, a quem o jurista alemão admitia a capacidade de negar a aplicação da lei quando em conflito *claro e direto* com os preceitos constitucionais. Não houve, portanto, a negação do exame judicial, sendo a crítica voltada à ampla capacidade de

interpretação e atribuição de sentido pelo Poder Judiciário ao conteúdo constitucional, algo que levaria ao exercício da formação da orientação política estatal por parte de um órgão não legitimado para tanto. Uma vez excluídos parlamento e poder judiciário, era no âmbito do executivo que se concentrava a proposta de Schmitt. O autor não sugeria um redesenho institucional, mas em relação à visão tradicional liberal, rompia o paradigma, ao defender que um órgão específico seria o responsável pela coordenação dos demais: O presidente do *Reich*.

Nessa arquitetura outro elemento institucional acaba sendo evidenciado: Em Weimar, o Poder Executivo, se dividia em dois órgãos: o Presidente do *Reich*, votado por eleição direta pelo povo, e o chanceler, chefe do poder executivo indicado pelo presidente do *Reich*. Ao presidente do *Reich* a Constituição de Weimar atribuía, sobretudo, competência emergenciais, o que pode ser lido no artigo 42, §2º, que indicava sua atuação juntamente às forças armadas em situações de perturbação à segurança e a ordem pública.

As características acima delineadas explicam como emerge a argumentação sobre a existência de uma legitimação maior para exercício da política pelo Presidente do *Reich*. Seria essa legitimação a fazer dele o único capaz de promover a unidade política, tanto pela coordenação dos demais órgãos como pela defesa da Constituição e, ainda, a decisão em momentos de anormalidade. Essas duas funções, conforme o jurista alemão explanou ao longo da obra, seriam o fruto de uma interpretação direta de preceitos constitucionais. É sob a égide desses pressupostos que Schmitt atribui ao Presidente do *Reich* a capacidade de promover a unidade política. Em sua concepção, este órgão "representa a continuidade e permanência da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade"[331].

É possível constatar neste ponto, algo interessante e significativo para o contexto, ou seja, Schmitt salta do reconhecimento do Presidente do *Reich* a exercer competências constitucionais à atribuição de responsabilidade de garantir a unidade

[331] "(...) o chefe de Estado em semelhante Constituição representa a continuidade e a permanência da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos. (SCHMITT, 2007, p.199)

política[332]. Como fundamento à sua capacidade unificadora estaria o fato de ter sido configurado como o órgão ao qual é constitucionalmente atribuída a legitimidade de agir em situações de emergência, a anormalidade, como supramencionado. A compreensão desses dois elementos passa pela leitura prévia de uma obra central nas construções schmittianas, "A teologia política", em que consta a célebre e já supramencionada frase com a proclamação de ser "soberano aquele que decide em estado de exceção". Uma interpretação sistemática de sua obra levaria então a crer que o presidente do *Reich* seria o verdadeiro soberano no sistema instituído por Weimar, sobretudo levando em conta a proeminência dada pelo jurista alemão ao artigo 42, §2º como fundamento de sua competência à unidade política[333].

É na teoria de Benjamin Constant de *pouvoir neutre* e no caráter plebiscitário que Schmitt vê essa uma característica do Presidente do Reich, quando defende que "conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulador e preservador"[334]. A legitimidade advinda de sua forma de votação o colocaria no papel capaz de realizar a coordenação dos demais poderes e a interpretação da vontade política. Conforme o autor, "O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidária, construído sobre uma base plebiscitária".[335] Essa não é uma ideia originalmente sua. O próprio Schmitt

---

[332] As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior - mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro - este é o sentido de um poder neutro, de um pouvoir neutre et intermédiaire, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. (SCHMITT, 2007, 193).

[333] No entanto essa é uma área nebulosa da analisada construção pois, contraditoriamente, Schmitt não reiterou essa construção nessa obra, alegando, ao contrário, que a função de coordenação exercida pelo Presidente do Reich não estaria acima dos demais poderes e, sim, serviria para contrabalancear a fragmentação partidária.

[334] Conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulado e preservador. O presidente do Reich está munido de poderes que o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros dependentes da confiança do parlamento. (SCHMITT, 2007, p. 201)

[335] O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. (SCHMITT, 2007, p.232).

reconhece que o assunto já tinha sido largamente debatido na Assembleia Constituinte, destacando o posicionamento de Hugo Preub, o qual afirmava estar entre as funções do Presidente do *Reich* "contrabalancear o parlamento do Reich" e, ainda, F. Naumann, que de modo mais direto defende o caráter unificador ao dizer que "O direito de voto proporcional válido para a eleição do parlamento do Reich e a pluralidade dos partidos daí resultante levam ao fato de que o Primeiro-Ministro do Reich será o ministro de coalizão".

É nesse sentido que emerge a proposta da interpretação sobre a função do Presidente do Reich como um *pouvoir intermedière,* ou seja, uma grandeza intermediária entre Governo e parlamento. Essa função, embora política, seria, portanto, *horizontal* ao demais poderes. Aqui é possível identificar uma das diferenças principais entre o pensamento de Schmitt e o de Mortati, em que pese haver elementos na obra prévia do primeiro que poderiam levar a acenar uma certa dubiedade sobre esse caráter *neutro* do Presidente do *Reich*[336]. Muito clara, por outro lado, é a atribuição que Schmitt reconhece como sendo do Presidente do Reich ao ser o responsável escolhido constitucionalmente para realizar a interpretação da orientação política do povo alemão e unificá-la em uma vontade estatal. A construção é evidente no último trecho de sua obra:

> Constituição de Weimar empreende sua tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade sua vontade e que, no momento, da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar. **A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente.do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão.** A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a **continuidade** do atual Estado alemão. (G.N.)[337]

A afirmação manifesta a descrença em uma representação legítima da vontade do povo pelo parlamento e, ao mesmo tempo, a confiança no Presidente do

---

[336] SCHMITT, Carl. "O Führer protege o direito" (1934). In: MACEDO JR. Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

[337] (...) A Constituição de Weimar empreende sua tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade sua vontade e que, no momento, da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se faz respeitar. (SCHMITT, 2007, p. 234). Ver, ainda: SCHMITT, Carl. The Crisis of Parliamentary Democracy Trad. de Ellen Kennedy. Cambridge, Massachusetts e Londres: Mit Press, 1994.

*Reich* no exercício da função de intérprete dessa vontade. Outro ponto que fundamenta essa capacidade diferencial do Presidente do *Reich* seria a existência de uma inerente independência político-partidária e funcional, afirmada pelo poder de escolher sua própria equipe garantido constitucionalmente e pela autonomia em relação às forças pluralistas partidárias que, para Schmitt, representavam um risco à governabilidade[338].

É desse modo que a autoridade é fundamentada, em Schmitt, como essencial no papel de não só defender, mas criar a situação constitucional. A constituição material é, portanto, consequência da decisão do soberano, núcleo político fundamental desencadeador de toda a dinâmica real que gera a Constituição. Esse encadeamento de eventos que cria o político somente faz sentido, em Schmitt, através de uma dinâmica de autoritarismo fundada na supressão das vontades divergentes pelo poder político superior do soberano. Carl Schmitt não admite o reconhecimento da pluralidade, sendo movido pela busca da unidade política através de um mecanismo que gere a homogeneização da vontade[339]: É o presidente do Reich. Ao referir-se a essa figura, o autor afirmava que "o ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante".

Carl Schmitt representa, portanto, uma virada discursiva significativa no contexto da teoria constitucional europeia do início do século XX, especialmente na República de Weimar. Sua teoria constitucional pode ser interpretada, à luz da análise foucaultiana do discurso, como uma prática discursiva que desloca radicalmente o regime de verdade até então vigente sobre a constituição. Divergindo dos autores tratados nos tópicos anteriores, como Lassalle e Heller, que haviam delineado a constituição material como reflexo das relações reais de poder e da organização política concreta, Schmitt radicaliza esse pressuposto ao colocar o conceito de decisão soberana no centro do discurso constitucional. Para o autor, a constituição em sentido material não decorre da mera normatividade escrita ou de consensos

[338] Ver: SCHMITT, Carl. The Three Types of Juristic Thought. Londres: George Schwab, Series Editor, 2004.

[339] MACEDO JR. Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

espirituais ou sociais, como em Smend e Hauriou[340], mas sim da capacidade decisória e concreta[341] do soberano em estabelecer ordem e segurança jurídica frente ao estado de exceção. Neste sentido, ele reposiciona o núcleo material da constituição do plano das relações sociais e espirituais para o plano estritamente político e decisório. A constituição não é mais simplesmente o reflexo das relações sociais subjacentes, mas um ato soberano fundante, consciente e deliberado.

A leitura foucaultiana permite perceber como Schmitt mobiliza discursivamente elementos que legitimam um regime específico de verdade constitucional, caracterizado pela centralidade do elemento político-decisório. Ao definir o político como a distinção fundamental entre “amigo” e “inimigo”[342], Schmitt institui discursivamente uma lógica de exclusão[343] que estabelece claramente os limites do que é reconhecido como legítimo e, portanto, constitucionalmente válido. Ao fazê-lo, ele rompe com os paradigmas anteriores, como o espiritualismo integrativo de Smend e o institucionalismo de Hauriou, ao enfatizar a decisão política como única capaz de estabelecer a ordem jurídica real. Essa lógica schmittiana, entendida como prática discursiva, funciona também como uma tecnologia de poder: estabelece claramente os critérios de inclusão e exclusão dentro do regime jurídico-político e atribui um papel de agente ao Soberano, enquanto criador do regime de verdade[344]. A constituição, nesse sentido, não é apenas um conjunto de normas, mas um dispositivo de poder cujo fundamento material é a capacidade soberana de decidir sobre situações excepcionais e limítrofes. Nas palavras do próprio Schmitt, "a decisão sobre a exceção é decisão no sentido eminente"[345] indicando que o verdadeiro núcleo material da constituição reside na prática concreta e excepcional da soberania.

---

[340] Sobre os pontos de aproximação e distanciamento entre as vertentes francesa e alemã que nasceram a partir da refutação ao liberalismo, ver: CURRAN, Vivian Grosswald. “Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law”. Cornell International Law Journal, Vol. 35, (Nov. 2001-Feb. 2002), pp. 101-187.

[341] Sobre a questão da ordem concreta, central e operacional nos distanciamentos entre Schmitt e seus contemporâneos, ver: CROCE, Mariano. “Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt’s institutional theory and the problem of the concrete order”. Utrecht Law Review. Volume 7, Issue 2 (April) 2011, pp. 42-59.

[342] DYZENHAUS, David. Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law. In: DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Nova York: Oxford University Press, 1997. p. 38-101.

[343] Para um aprofundamento sobre os reflexos dessa construção teórica na legitimação do regime autoritário alemão, ver: Carvalho, C. P.. (2022). A contribuição teórica de Carl Schmitt para o direito nazista. Revista Direito E Práxis, 13(2), 698-722. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/51724

[344] DRAGHICI, Simona. “Preface”. In: SCHMITT, Carl. State, Movement, People: the triadic structure of the political unity (1933); The question of legality (1950). Edited, translated and with a preface by Simona Draghici. Corvallis: Plutarch Press, 2001.

[345] SCHMITT, 2006, op.cit. p.10.

Schmitt se aproxima da tradição inaugurada por Lassalle na medida em que reconhece a insuficiência formal da constituição escrita; porém, se distancia radicalmente ao enfatizar a decisão soberana como força material constitutiva, em vez dos fatores sociais genéricos apontados por Lassalle. De maneira semelhante, afasta-se da noção helleriana de Estado social organizado e consciente, ao afirmar que a materialidade constitucional decorre precisamente da capacidade de suspender normas e instaurar ordem em circunstâncias excepcionais. Essa proposta discursiva de Schmitt opera, portanto, como uma intervenção crítica no campo constitucional, explicitando e redefinindo o que pode ser reconhecido como materialidade constitucional válida. Ao fazê-lo, Schmitt cria um regime discursivo próprio, que irá influenciar profundamente tanto o constitucionalismo autoritário quanto as teorias críticas posteriores sobre a constituição.

Todos os autores tratados até então, delineiam sob diferentes perspectivas, elementos discursivos relacionados à noção que se entende, na presente tese, como "constituição em sentido material". Partindo da oposição em comum à uma visão normativista de Constituição e tendo, como interlocutor (e opositor) comum Hans Kelsen, cada um elabora seu regime de verdade (nos termos foucaultianos), deslocando o fundamento constitucional para diferentes campos discursivos: seja a integração, em Smend, a organização social, em Heller ou a decisão soberana, em Schmitt. Em comum há alguns elementos que serão evidenciados na elaboração da noção em sua forma original: a busca pela unidade política, o elemento "espiritual" ou "social", o resgate do político, e a abordagem realista/concreta. Em maior ou menor medida, serão estes elementos aqueles decisivos na articulação da Constituição em sentido material, quando da sua criação oficial, isto é, a partir de Costantino Mortati, que dialoga com os autores recém tratados, em sua obra *"La costituzione in senso materiale"*, marco teórico da presente pesquisa, e objeto do próximo capítulo.

## 3. A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL EM COSTANTINO MORTATI

Este capítulo dedica-se a examinar a teoria da constituição em sentido material proposta por Costantino Mortati, destacando sua originalidade e os elementos conceituais que a diferenciam das abordagens anteriores, especialmente no contexto da redemocratização italiana. Após o exame de autores que, ao longo da tradição europeia, contribuíram para a formulação de uma concepção material de constituição — ainda que por vias distintas, como o pluralismo institucional, o organicismo ou o decisionismo —, é com Mortati que essa noção se consolida como um modelo teórico coerente, dotado de densidade normativa, eficácia política e pretensão organizadora do Estado. Partimos do pressuposto de que a forma como o autor delineia esta noção a dota de originalidade e traços distintivos em relação às inflexões teóricas precedentes, não obstante dialogue com estas - direta e indiretamente - em sua obra. Segundo Paolo Ridola, a novidade da teoria de Mortati parte diretamente da articulação entre Político e Jurídico. Conforme o autor:

> Seria difícil captar a presença fortemente inovadora de Mortati no panorama da ciência jurídica italiana do século XX — sua capacidade de "perturbar a quietude" da ciência constitucional — sem levar em conta o itinerário absolutamente peculiar que ele segue ao "juridicizar o político", e o fundamento "jurídico" que ele atribui à constituição material, embora este tenha um enraizamento robusto na dimensão social da experiência jurídica. Trata-se de uma abordagem que marca distância da hegemonia avassaladora do político nas teorias do Estado corporativo, e que também explica o distanciamento tanto em relação ao positivismo fático do decisionismo schmittiano quanto aos vínculos demasiado intangíveis da *Integrationslehre* de Smend[346].

Sua teoria da constituição em sentido material, formulada ao longo de sua obra, na primeira metade do século XX e publicada originalmente na obra *"La costituzione in senso materiale"* foi reformulada no contexto republicano pós-fascista, constituindo o arcabouço conceitual mais sistemático e influente da tradição italiana nesse campo, isto é, na formulação de uma noção teórica do que seria o conteúdo

[346] Tradução nossa para: "E peraltro sarebbe arduo cogliere la presenza fortemente innovativa di Mortati nel panorama della scienza giuridica italiana del XX secolo, la sua capacità di "disturbare la quiete" della scienza costituzionalistica , senza tenere conto dell'itinerario del tutto peculiare che egli segue nel "giuridicizzare il politico", e del fondamento "giuridico" che egli attribuisce alla costituzione materiale, sebbene esso abbia un robusto radicamento nella dimensione sociale dell'esperienza giuridica: un approccio che traccia la distanza dalla dilagante e travolgente egemonia del politico nelle teoriche dello stato corporativo, e spiega inoltre il distacco sia dal positivismo fattuale del decisionismo schmittiano che dalle legature troppo impalpabili della Integrationslehre smendiana.". Em: RIDOLA, PAOLO. COSTANTINO MORTATI, LA "COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE", LA COSTITUZIONE REPUBBLICANA. SPUNTI DI RIFLESSIONE. Nomos. Le attualità nel diritto - 3/2023. P.3.

material da constituição. Este capítulo tem, portanto, por objetivo examinar os fundamentos, os eixos conceituais e a originalidade dessa teoria, articulando suas diversas fases de desenvolvimento com os discursos jurídicos e políticos que ela ajuda a instituir, tensionar ou transformar, à luz da análise do discurso.

Para isso, inicialmente serão analisados pontos relativos ao percurso teórico do autor como um todo, relacionando aos contextos de sua obra e aos elementos próprios de sua teoria, que encontram linearidade ao longo de sua multifacetada trajetória. Dessa forma será possível identificar quais são os elementos próprios de sua metodologia, que se inscreverão na forma de conceber a Constituição. Em seguida, serão analisados cada um dos elementos que entendemos como centrais para o delineamento da noção de "constituição em sentido material", e que se tornarão chaves heurísticas na análise do pensamento jurídico brasileiro, sendo identificamos como verdadeiros elementos teoricamente estruturantes dessa noção, quais sejam: "unidade", "função", "pessoa", "comunidades intermediárias", "matéria" e "efetivação".

Assim, será possível delimitar claramente qual é o conteúdo da Constituição em sentido material a partir de nosso marco teórico, como ele se relaciona com as teorias anteriores e, então, criar uma base sólida de investigação no contexto do pensamento jurídico brasileiro, considerando, claro, as peculiaridades da transição do contexto geográfico e cultural. Para compreender os fundamentos dessa proposta, será necessário revisitar os principais marcos de sua trajetória intelectual e os pressupostos metodológicos que a sustentam[347]. As fontes para o presente capítulo serão, à nível primário, as obras de Costantino Mortati, primando este trabalho pelo uso de fontes primárias, todas analisadas em língua original e com os trechos citados traduzidos diretamente pela autora. Para os tópicos referentes à "unidade política" e "pessoa" e "comunidades intermediárias" serão utilizadas principalmente as obras de 1931 *"L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano"* e dos anos 1940,

[347] Parte das reflexões desenvolvidas no tópico 3.1 "Pressupostos biográficos e metodológicos de um constitucionalista em transição", foram inicialmente esboçadas em artigo anterior de minha autoria, em coautoria com o Professor PhD. Arno dal Ri Junior, intitulado O antiformalismo jurídico de Costantino Mortati: realismo e concretude jurídica na abordagem metodológica de um constitucionalista em transição (1929-1979), publicado em **2025** na revista Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC-Rio. Veja-se: Moreira Gouveia, K., & Dal Ri Júnior, A. (2025). O ANTIFORMALISMO JURÍDICO DE COSTANTINO MORTATI: Realismo e concretude jurídica na abordagem metodológica de um constitucionalista em transição (1929-1979). Revista Direito, Estado E Sociedade. https://doi.org/10.17808/des.1805 . Na presente tese, os conteúdos foram significativamente ampliados, reestruturados e inseridos em uma arquitetura argumentativa mais abrangente, vinculada à análise crítica do conceito de constituição em sentido material no contexto europeu.

*“Sulla posizione del partito dello Stato.” (1941), “Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo” (1941), e em especial, “La Costituzione in senso materiale” (1940).*

Ainda sobre o tema “matéria e função” e, sobretudo sobre a “efetivação da constituição”, serão utilizados os ensaios de Mortati a partir dos anos 50, sendo os principais “*La costituente” (1945),” Costituzione (Dottrine Generali)” (1962), “Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt” (1973), “La comunità statale” (1957), “Commento all'aritcolo primo Della Costituzione” (1965), “Istituzzioni di Diritto Pubblico”* (1962), "*Sindacati e partiti politici" (1951), "Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali", "Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali"*, entre outros.

Além disso, como fontes secundárias, faremos uso de obras da doutrina italiana especializada sobre Mortati, sobretudo aquelas presentes nas coletâneas *“Il pensiero giuridico di Costantino Mortati”* (Paolo Grossi) e *“Costantino Mortati: costituzionalista calabrese”* (Fulco Lanchester) além da coletânea da Nomos, quando da publicação do ensaio de Mortati *“Conceito e função dos partidos políticos”*, entre de outras obras dedicadas ao constitucionalismo italiano pela perspectiva histórica, como *“Il valore della costituzione”* organizada por Maurizio Fioravanti, dentre diversos outros autores que escreveram e pensaram Mortati na contemporaneidade.

A metodologia a ser aplicada no presente capítulo utilizará a revisão bibliográfica como forma de identificação dos conceitos chave do autor, a serem articulados a partir dos elementos fundamentais explanados no capítulo metodológico do presente trabalho. Para a análise dos usos e discursos e sua articulação no contexto histórico e político, será usada a análise do discurso, assim como no capítulo anterior. Desta feita, se busca compreender a mobilização das categorias teóricas diante do ambiente intelectual de Mortati, identificando cada um dos elementos fundamentais para a compreensão do que significa, enfim, a constituição em sentido material.

## 3.1. PRESSUPOSTOS BIOGRÁFICOS E METODOLÓGICOS DE UM CONSTITUCIONALISTA EM TRANSIÇÃO

Costantino Mortati (1888-1985) foi um constitucionalista italiano cujo percurso intelectual de mais de 50 anos marcou de modo amplo a trajetória das grandes rupturas italianas do século XX, tendo contribuído fortemente com a construção

teórica do arcabouço jurídico do fascismo e, posteriormente, sendo uma figura de relevo nos debates constituintes sobre a redemocratização no segundo pós-guerra[348]. De forma diferente de outros juristas historicamente ligados ao regime de Benito Mussolini, como ocorreu com um de seus mestres, Sergio Panunzio[349], a obra e o nome de Mortati não foram relegados ao ostracismo no pós-guerra pela teoria do direito e, ainda hoje, há quem o considere o maior constitucionalista italiano do século XX[350]. Ao contrário de outros juristas que permaneceram vinculados ao fascismo ou foram marginalizados após a queda do regime, Mortati integrou a Assembleia Constituinte de 1946 e contribuiu diretamente para o desenho institucional da nova república. Sua teoria é marcada, desde o início, por uma tentativa de superar os limites do normativismo liberal e do formalismo jurídico, ao introduzir a dimensão política como elemento constitutivo do direito constitucional[351].

Os motivos remontam tanto à sua brusca mudança de postura política ao se filiar ao solidarismo católico após a guerra, participando e contribuindo com relevantes discussões sobre a reconstrução da democracia enquanto membro da Assembleia Constituinte de 1946[352]; quanto ao fato de que, embora tenha construído o que Enzo Cheli considera "única obra a sistematizar de forma completa o regime fascista"[353], não foi considerado um justificacionista do regime fascista[354], por ter trazido desde o primeiro momento de sua produção intelectual intuições que seriam aproveitadas -

---

[348] Para um apanhado completo sobre a participação de Mortati nos debates da constituinte, ver: BRUNO, Fernanda. I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati. In: Scelte della Costituzione e cultura giuridica, II, a cura di Ugo De Siervo, il Mulino, Bologna 1980.

[349] Sergio Panunzio (1886-1944) elencava como principal interesse intelectual a construção de novas categorias jurídicas que representassem a esfera política para o regime fascista. Essa inclinação provinha da crítica antiliberal e atravessava um enfoque ligado ao corporativismo, através da noção de função administrativa. Essa atitude metodológica teria forte impacto no antiformalismo de Mortati.

[350] ZAGREBELSKY, Gustavo. Premessa. In: MORTATI, Costantino. La costituzione in senso materiale. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

[351] A abrangência dos temas das obras de Mortati, que contempla praticamente todos os aspectos da vida constitucional do país, reflete sua multifacetada carreira profissional, que integra a atividade acadêmica, participação no legislativo e no poder judiciário. Foi membro da Comissão pela Reorganização do Estado (Comissione Forti) e eleito deputado da Assembleia Constituinte de 1948. Manteve a docência e, em 1960, tornou-se juiz da Corte Constitucional, assumindo a vice-presidência em 1962.

[352] Ao longo de sua trajetória, Mortati mantém essa tensão entre técnica jurídica e substância política, passando de uma legitimação autoritária da unidade estatal — nos anos fascistas — a uma elaboração democrática da mesma categoria no pós-guerra. Essa transição teórica e prática sustenta a originalidade da sua proposta, que articula a normatividade da constituição com a realidade sociopolítica, e permite que sua teoria seja lida hoje não apenas como doutrina, mas como discurso inscrito em regimes de verdade e de poder.

[353] CHELI, Enzo. Prefazione. In: MORTATI, Costantino. L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè, 2000.

[354] Zagrebelsky, 1998, op.cit.

ainda que mediante substanciais alterações - na reconstrução republicana, em especial com a original teoria da “Constituição em sentido material”[355], objeto do presente tópico.

Para fundamentar devidamente os pressupostos metodológicos do autor que fundam a noção de “constituição em sentido material”, o presente subtópico irá delinear as características próprias de transição de sua obra e, em seguida, cada um dos elementos que faz parte de sua construção teórica da Constituição Material. Para isso será necessário a recorrer a outras obras, em especial, aquelas que fundamentam sua visão de unidade política e desenho institucional, nas diversas fases de seu percurso teórico. Essa ambivalência inicial será visível já em sua obra inaugural, escrita no auge do regime fascista, mas atravessada por inquietações teóricas que transcendem o momento. Quando Costantino Mortati escreveu sua primeira obra, em 1929, o fascismo já era uma realidade política e jurídica plenamente consolidada[356] e as formas de intepretação da perspectiva teórica desse fenômeno dividiram as doutrinas publicísticas italianas em dois grandes grupos: os juristas da tradição e da revolução (ou “juristas do regime”)[357].

O primeiro grupo, composto principalmente pela escola de Vittorio Emanuele Orlando e de Gaetano Mosca, abrigava adeptos de métodos jurídicos ainda vinculados à tradição liberal. Para esses, conforme aponta Fulco Lanchester, o fascismo representava uma “continuidade formal da doutrina jurídica do liberalismo

---

[355] Marco Brigaglia, responsável por realizar a primeira sistematização completa do pensamento de Mortati reconhece a originalidade do conceito "constituição em sentido material" ao jurista calabrês, tanto em nome como em substância (BRIGAGLIA, 2006). Sua coletânea foi a primeira obra com o objetivo de sistematizar de forma completa a teoria do Mortati, porém algumas interpretações pendentes ao viés voluntarista não encontram ressonância na doutrina constitucional que posteriormente dedicou-se a interpretar seu pensamento jurídico. Ver: : BRIGAGLIA, Marco. La Teoria del Diritto di Costantino Mortati. Milano. Giuffrè, 2006.

[356] A referida consolidação deu-se tanto no plano político, mas também jurídico, em especial através da publicação de leis na esfera penal e processual com objetivo de referendar a posição de supremacia do Estado em oposição aos direitos e garantias individuais. Vide: DAL RI JUNIOR, Arno; MOREIRA GOUVEIA, Kristal. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 40, n. 81, p. 226-250, 2019.

[357] Massimiliano Gregorio, ao analisar as rupturas doutrinárias havidas ao final dos anos 30, identifica 3 vias de juristas a partir de seus posicionamentos mediante o período de transição: sendo estes os que permaneceram na tradição liberal; os juristas do regime (como Sergio Panunzio), que buscavam uma ruptura completa do modelo liberal precedente; e ainda, uma terceira via de jovens juristas com impostação antiformalista, na qual Costantino Mortati estaria localizado. Vide: Massimiliano Gregorio, La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica, pp. 23-38, © 2020 Author(s), CC BY 4.0 International, DOI 10.36253/978-88-5518- 202-7.04, in Piero Barucci, Piero Bini, Lucilla Conigliello (edited by), I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre, 2020.

oligárquico”[358], por sua vez, fruto da construção de Estado fornecida por Santi Romano, enquanto instituição absolutamente jurídica.

Para o grupo de “juristas do regime”, por sua vez, o fascismo se apresentava como experiência eminentemente revolucionária[359], fruto de um total rompimento com a ordem jurídica anterior, apresentando o reencontro entre política e direito em potência total e colocando como resposta à pleiteada unidade política a instituição de um dado novo e externo, o partido-instituição. O maior representante dessa corrente foi Sergio Panunzio[360], que segundo Maurizio Fioravanti, partindo de um referencial corporativista, apresentava o fascismo como novidade absoluta e solução à crise do Estado Liberal[361]. É nesse cenário binário que emerge a posição singular de Mortati, cuja obra, embora influenciada por ambos os polos, escapa de uma classificação reducionista.

Costantino Mortati, embora influenciado por ambas as correntes - em especial por Panunzio, que foi seu orientador no curso de graduação em Direito na Universidade de Roma - integrou a “terceira via de juristas”[362], representando uma

---

[358] “con il riconoscimento dell’insufficienza di quella costruzione perfetta e mistica rappresentata dallo Stato puramente giuridico, che lo stesso Santi Romano aveva cercato di riarticolare in un aparente pluralismo istituzionale. L’indirizzo di Mortati costituì un superamento della stessa proposta socialdarwinista di Alfredo Rocco, che apparentemente rappresentava una sintesi di aspetti parziali delle posizioni di Orlando e di Gaetano Mosca, e assicurava una formale continuità con la dottrina giuridica del liberalismo oligarchico. Con Mortati si prende piena consapevolezza della rivoluzione delle masse e della necessità di riconnettere politica e diritto, tentando di superare la grande scissione avvenuta dalla metà degli anni Ottanta del 19° sec. e proponendo esplicitamente di giuridicizzare il politico attraverso il riferimento ai principi e ai valori costituzionali, sostenuti dalla forza o dal gruppo di forze che si pongono alla base dell’ordinamento”. In: LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino. Dizionario Biografico degli Italiani. Vol. 77 (2012); LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero. Diritto (2012). http://www.treccani.it/enciclopedia/costantinomortati_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)

[359] Em: BIANCHI, Alvaro. A Difícil Institucionalização da Ciência Política Italiana: De Muratori a Mussolini. Rio de Janeiro , v. 60, n. 3, p. 793-823, set. 2017. Para uma biografia de Sérgio Panunzio: LANCHESTER, Fulco. PANUNZIO, Sergio. Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 81 (2014).

[360] PANUNZIO, Sergio. Teoria generale dello Stato Fascista. CEDAM: 1937, p. 447

[361] Il panorama degli anni Trenta propone però anche un tipo del tutto diverso di giurista del regime (...) impersonato da Sergio Panunzio. (...) Con lui viene in primo piano la cosiddetta ‘ faccia sociale’ dello Stato fascista, il fascismo come progetto di soluzione della crisi dello Stato moderno, come tentativo di superare gli angusti limiti di una precedente forma di Stato - quella liberale di diritto - che non aveva voluto o saputo essere effettivo fattore di rappresentazione e organizzazione del conflitto sociale” ”. FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato, in Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica, a cura di A. Schiavone, Roma Bari 1990, p. 47

[362] Era nesse grupo em que Costantino Mortati enquadrava-se, juntamente a outros nomes como Esposito, Zangara, Enzo Chiarelli, Vezio Crisafulli, Pierandrei, entre outros ex-alunos dos representantes das duas tendências precedentes. Nesse sentido, ver: GREGORIO, Massimiliano. La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica, pp. 23-38, 2020. Author(s), CC BY 4.0 International, DOI 10.36253/978-88-5518- 202-7.04, in Piero Barucci, Piero Bini, Lucilla Conigliello (edited by), I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre, 2020.

geração que, embora tomando pressupostos das duas correntes, as transcenderam. Essa inclinação teórica converge para o reconhecimento de uma nova proposta que considerasse o método jurídico, mas sem afastar do debate elementos de natureza política. Seriam esses juristas a formular construções pautadas no regime, mas, ainda assim, por priorizarem a interpretação da unidade pautada na integração à justificação política, teriam também suas intuições utilizadas posteriormente no período republicano pós-guerra, em especial, na Assembleia Constituinte italiana de 1946.

Existem elementos em comum durante toda a produção científica de Mortati decorrentes de sua formação como jurista, tais como o fundamento na ética cristã[363], um núcleo de ideias antiformalistas, a influência organicista e seu olhar atento às experiências de direito constitucional comparado. No entanto, o nível de desenvolvimento e de emersão de cada um deles depende do momento de sua obra.[364.] Com base nessa premissa, é possível identificar três grandes fases em sua trajetória teórica, cada uma marcada por ênfases distintas e por transformações relevantes no pensamento constitucional do autor.

A primeira fase de sua produção situa-se entre sua obra acadêmica inicial, em 1931, e a queda do regime fascista. É nesse período que emergem suas reflexões inaugurais sobre a "constituição em sentido material". Conforme Maurizio Fioravanti reconstrói historicamente em seu ensaio integrante da coletânea *"Il pensiero giuridico*

---

[363] Trata-se aqui da ética em sua dimensão pública, uma ética que sacrifica os valores egoisticamente individualistas, remetendo aos princípios que embasam sua formação cristã. Essa noção ética é ainda um nó importante de sua concepção antiformalista, pois legitima as associações formadas pelos cidadãos não devido a um comando estatal verticalizado que as autorize, e sim a partir de um elemento intrínseco, que é a aptidão advinda da condição de pessoa. Essa abordagem, embora fundada na ética cristã, ultrapassa em aplicação os sujeitos dessa religião, sendo aplicada a todo e qualquer homem, enquanto indivíduo dotado das mesmas possibilidades de praticar o bem ou o mal. Integra, portanto, o refuto ao fundamento constitucional liberal. Conforme Bognetti: "Si avverte negli scritti di Mortati una avversione serpeggiante, radicata e quasi istintuale, nei confronti della costituzione economica della forma di stato liberale. Visibile è qui la influenza su di lui di certe correnti del pensiero cattolico, sia tradizionalmente "reazionario", sia progressista". Em: BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. Quaderni Costituzionali, [s.l.], n. 4, p. 803-894, 2011. Società Editrice Il Mulino. http://dx.doi.org/10.1439/36122.

[364] A divisão é feita, entre outros autores, por Maurizio Fioravanti, que em seu ensaio Costantino Mortati: Uno stato di "tipo nuovo", à ocasião da conferência em homenagem a um dos mais proeminentes alunos de Mortati, Leopoldo Elia, destaca a importância da leitura de sua primeira fase de produção bibliográfica, chamada por ele de "fase fundacional", apontando-a como a mais intensamente criativa e destacando que é o início de um "um fio condutor que une toda a obra jurídica de Costantino Mortati, desde a fase "fundacional" e mais intensamente criativa, constante nos anos 30, até o primeiro período republicano" (Tradução nossa de: un filo conduttore, che tiene unita l'intera opera giuridica di Costantino Mortati, dalla fase fondativa e più intensamente creativa, collocabile negli anni Trenta, fino al primo periodo republicano".(FIORAVANTI, Maurizio. Costantino Mortati: uno Stato di "tipo nuovoll. In: LANCHESTER, Fulco (ed.). La sapienza del giovane Leopoldo Elia 1948-1962. Roma: Università La Sapienza, 2014).

*di Costantino Mortati",* ainda no primeiro trabalho de Mortati, em 1931, já se pode colher elementos que permitem identificar os pressupostos teóricos da constituição em sentido material[365], sobretudo na definição de princípio diretivo e função de governo. Nas fases posteriores, contudo, Mortati desenvolveria e aprofundaria os fundamentos dessa concepção, aplicando-os ao contexto da redemocratização e, posteriormente, à problemática da "constituição efetivada", que para fins deste trabalho chamaremos de "constituição efetivada". Por essa razão, as fases seguintes também serão contempladas nas reflexões deste tópico.

A partir de 1945 inicia-se a segunda fase, com o período no qual Mortati participa dos eventos preparatórios da Constituinte, filiando-se ao solidarismo católico e com isso adapta seus posicionamentos de uma visão monopartidária autoritária à democracia pluripartidária que se anunciava com a República. A terceira fase de sua obra coincide com seu período enquanto juiz da Corte Constitucional, no período pós-constituinte, no qual Mortati analisa a questão da ineficácia constitucional e aprofunda seu pensamento jurídico a respeito da representação e dos partidos políticos. Ademais, analisa a eficácia da Constituição, momento em que desenvolve a análise sobre "a constituição efetivada", identificando nos mecanismos de atuação, como a Corte Constituição, uma relação estreita com a própria noção de constituição em sentido material.

Compreender a primeira fase da obra de Mortati, porém, exige uma imersão no contexto ideológico do fascismo italiano e nas disputas doutrinárias que marcaram o direito público naquele período. Durante a primeira fase dos seus escritos, período no qual estava filiado ao Partido Nacional Fascista e que adotou variadas opções teóricas, o autor é frequentemente vinculado a um movimento de legitimação teórico do regime[366]. Essa leitura está ligada ao fato de que em sua primeira fase de produção

---

[365] Segundo Fioravanti, "Dal saggio del 1931 si usciva quindi com uesta precisa convinzione: nel concreto indirizzo che ai poteri dello Stato era impresso dalla suprema potetas mediante gli atti politici era possible individuare la presenza dela costituzione con il suo specifico contenuto. Per questa via, anche la prima monografia di Mortati sull'ordinamento del governo finiva per rinviare al necessario orizzonte ultimo ella costituzione e dela sua dottrina." (pp.142-143).

[366] Segundo Maurizio Fioravanti: "Quando se lê certas páginas daqueles anos (...) não se pode deixar de pensar na situação concreta de então, ou ao Partido nacional fascista e à possível declinação no sentido totalitário do novo discurso da doutrina da constituição sobre o primado do governo e do próprio indirizzo politico.". Tradução nossa para: "Quando si leggono certe pagine di quegli anni (...) non si può non pensare alla concreta situazione di allora, ovvero al Partito nazionale fascista e alla possibile declinazione in senso totalitario del nuovo discorso della dottrina della costituzione sul primato del governo, e dello stesso indirizzo politico". In: FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti: Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Roma: Instituto della enciclopedia italiana, MMXII, 2012.

científica, Mortati enfrentando o problema referente à construção da orientação política e da definição dos fins do Estado - pesquisa que se enquadra no campo de investigação do *indirizzo politico*[367] que permeia os debates do início do novecento[368]. Isto é, a disputa teórica sobre os fundamentos da formação da orientação política. Esse debate que abarcou a maior parte da doutrina juspublicista da primeira metade do século XX tinha como temas de investigação as questões: Como garantir a unidade política? Quem deverá ser o intérprete da vontade política? Como a vontade política deve tornar-se orientação política? As questões sobre o *indirizzo politico* giravam ao redor dessas questões e foram alguns dos principais pontos de inflexão de Mortati desde a primeira fase de seu pensamento.

É nesse contexto que Mortati teoriza um quarto poder, o Governo, cuja função seria estabelecer o direcionamento político do Estado, vinculando todos os demais poderes, de forma absoluta. Desta forma, ao buscar as respostas para os questionamentos que envolvem o tema do *indirizzo politico,* ou seja, um problema de

---

[367] Tratamos aqui do termo aperfeiçoado por Vezio Crisafulli que diz respeito àquela atividade de definição da orientação política geral a conduzir as próprias funções do Estado em direção a uma finalidade comum. Por tratar-se de um termo e um tema de grande especificidade no debate e relevância na doutrina juspublicista italiana, configurando-se atualmente como um dos grandes problemas constitucionais insurgentes desde o século XX, e por entendermos que não existe ainda uma tradução uniforme no léxico português, devido a esse tema ainda possuir pesquisas incipientes a respeito, optamos por mantê-lo durante todo o trabalho na língua original. Nos deteremos com mais profundidade a respeito de seu significado nos tópicos que se seguirão. Sobre o pensamento jurídico de Crisafulli, remetemos a: Crisafulli, V., "La sovranità nella Costituzione Italiana", Scritti per V.E. Orlando, Padova, CEDAM, 1957; Crisafulli, V., Lezioni di diritto costituzionale, CEDAM, Padova, 1984. E sobre um olhar introdutório à sua concepção de indirizzo politico, remetemos ainda a: CITINO, Y. CONSIDERAZIONI SULL'INDIRIZZO POLITICO IN OCCASIONE DELLA RIPUBBLICAZIONE DEL SAGGIO DI VEZIO CRISAFULLI. Rivista Nomos: Le attualità nel diritto. N.2. 2016.

[368] O pano de fundo das reflexões de Mortati é bem contemplado pela síntese de Paolo Ridola (2023, 2): "A concepção mortatiana de constituição tem sempre como pano de fundo os desafios e as rupturas da política do século XX: a crise do Estado burguês de classe única e o advento da democracia de massas, com aqueles "poderes de fato" que nela conquistariam um papel hegemônico; os desafios da Politik als Beruf e a abordagem desencantada das ciências sociais no estudo do elitismo e da "classe política"; a abertura das constituições à sociedade com a função de harmonizar os conflitos sociais e o irromper destes nos antagonismos irreconciliáveis da polarização amigo/inimigo; as experiências do Estado autoritário, que serviram de pano de fundo para as primeiras obras, e aquelas da Constituição republicana nascida das cinzas daquele, da qual Mortati foi artífice, intérprete e, como juiz constitucional, guardião.". Tradução nossa para: "La concezione mortatiana della costituzione ha sempre sullo sfondo le sfide e le cesure della politica novecentesca: la crisi dello stato monoclasse borghese e l'avvento della democrazia di massa, e di quei "poteri di fatto" che avrebbero conquistato in questa un ruolo egemone; le sfide della Politik als Beruf e l'approccio disincantato delle scienze sociali allo studio dell'elitismo e della "classe politica"; l'apertura delle costituzioni alla società in funzione di armonizzazione della conflittualità sociale e l'erompere di questa negli antagonismi irriducibili della polarizzazione amico/nemico; le esperienze dello stato autoritario, che fecero da sfondo alle prime opere, e quelle della Costituzione repubblicana nata dalle ceneri di quello, della quale Mortati fu artefice, interprete e, come giudice costituzionale, custode." Em: RIDOLA, PAOLO. COSTANTINO MORTATI, LA "COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE", LA COSTITUZIONE REPUBBLICANA. SPUNTI DI RIFLESSIONE. Nomos. Le attualità nel diritto - 3/2023. ISSN 2279-7238.

representação política, primordialmente, Mortati parte de uma negativa fundamental à teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu[369]. Essa crítica à estrutura clássica dos poderes encontra formulação sistemática em sua obra de 1931, na qual o autor delineia os contornos do que viria a ser sua concepção original de função de governo.

Essa teorização está nas páginas da obra *"L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano",* cuja versão final foi publicada em 1931, em plena vigência do fascismo[370]. O regime adotado então pelo fascismo era chamado por Mortati de *"regime del Capo del Governo"*[371] e a obra se dedica a sistematizar toda a estrutura e elementos que lhe são próprios, tais como: a marginalização da esfera parlamentar, o deslocamento do poder normativo ao Executivo, o reconhecimento do Partido Nacional Fascista e corporações como instituições ligadas ao Estado, a juridicização da supressão às liberdades individuais e a concepção do "partido-órgão". Outro tema significativo na obra, conforme Cheli, se refere ao fato de que essa:

> (...) apresenta todos os sinais de uma análise não só madura, mas também densa, de motivos novos e originais, destinados a antecipar as linhas daquela reflexão que Mortati virá a desenvolver a partir do anos 40 e que encontrarão seu ponto de chegada nas obras fundamentais das décadas sucessivas (...)

---

[369] Várias referências ao autor da tripartição dos poderes são feitas na obra de Mortati, embasadas na crítica fundamental à tripartição equilibrada de três funções, que, segundo Mortati, são incapazes de nesse sistema formarem um indirizzo politico único necessário à configuração do Estado, devido à ausência de um poder motor, central e superior responsável pela criação e guia à orientação política fundamental e principal, que serviria como finalidade indireta à qual os outros poderes em suas funções instrumentais iriam servir. A esse respeito, MORTATI, Costantino. L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè, 2000 [1931]): "L'effeto più pernicioso derivante dalla teoria del Montesquieu riguardava appunto la fratura che, con il sistema di divisione da essa posto, veniva a istituirsi fra questi due aspetti dela vita statale, verso l'interno e verso l'esterno, che sono invece indissolubilmente legati fra loro in quanto condizionati l'uno all'altro e tali quindi da esigere unità di direzione". A concepção de Mortati sobre o papel do Governo leva naturalmente à negação da teoria de Montesquieu, uma vez que abomina a ideia da tripartição de três funções não orientadas por um fio condutor superior (O Governo), que se configuraria como um quarto poder. A esse respeito, afirma Cheli: "L'analisi che svolge Mortati - sotto lo stimolo della scienza organicista tedesca e dall'incipiente dottrina dello Stato fascista - appare, quindi, almeno a prima vista, orientata verso una visione rigorosamente monista (...) Una concezione che, nel suo sviluppo naturale, avrebbe dovuto condurre sia all'abbandono del principio di separazione tra i poteri e le funzione (sotto la spinta aggregante dell'indirizzo politico(...)". In: CHELI, Enzo. Prefazione. In: MORTATI, Costantino. L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè, 2000.

[370] Essa obra é considerada por Enzo Cheli, em seu prefácio, a única a sistematizar de forma completa a questão da "forma de governo" no regime fascista. Sobre o tema, Enzo Cheli: "Questo lavoro - composto nella fase in cui il fascismo aveva pressoché completato il suo impianto istituzionale e si andava consolidando come <<regime>> con una adesione crescente dell'opinione pubblica - offre la prima (e forse, nella sua completezza, unica) ricostruzone della forma di governo che, attraverso una serie di leggi ordinarie e di adattamenti della prassi, era stata incrementalmente introdotta tra il 1922 ed il 1928." (pag. V) CHELI, Enzo. Prefazione. In: MORTATI, Costantino. L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

[371] Para análise da elaboração jurídica do órgão supremo do Estado, o Governo, imprescindível consultar: PANUNZIO, Sergio. Teoria generale dello Stato Fascista. CEDAM: 1937, que teoriza a composição do órgão supremo como conjunto de uma multiplicidade de sujeitos, relacionado com o papel institucional de composição do Partido Nacional Fascista.

> um percurso destinado a deixar traços profundos não só no direito constitucional da fase pós orlandiana mas, através do seu trabalho desenvolvido depois da queda do fascismo e na Constituinte (...) especialmente no tema da definição da nova forma de governo.[372]

A doutrina especializada em Mortati adverte, porém, que se deve ter a cautela de não incorrer em uma "visão míope"[373] que poderia limitar a vinculação da obra científica a motivações políticas ao autor, uma vez que, mesmo nesse contexto inicial, é possível reconhecer elementos teóricos que irão caracterizar inovação na teoria constitucional, para além da análise da estrutura política do regime. É nelas que se encontram suas primeiras construções no plano da teoria de direito público, e consequentemente "sua vocação originária, aquela força construtora de um direito constitucional positivamente responsivo ao seu objetivo historicamente concreto e como tal, de acordo com qualquer tipo de historicismo, ainda que vinculante."[374]

A obra marca, assim, o início da formulação mortatiana acerca de conceitos centrais que estavam em circulação no pensamento jurídico e político do século XX, como a função de governo e sua responsabilidade na definição da orientação política, ou *indirizzo politico*. É também nesse primeiro momento de sua produção que Mortati introduz a concepção do Estado como instância unificadora da vontade popular, bem como a ideia do Governo e do Partido enquanto instrumentos de concretização da função finalística estatal, sendo o Governo o responsável direto por essa realização. O problema da representação, central para essa investigação, é resolvido, em Mortati,

---

[372] Tradução nossa para: "(...) presenta tutti i segni di un'analisi non solo matura, ma anche densa di motivi nuovi e originali, destinati ad anticipare le linee di quella riflessione che Mortati verrà a sviluppare a partire dagli anni quaranta e che troveranno il loro punto di approdo nelle opere fondamentali dei decenni successivi (...) un percorso destinato a lasciare trace profonde non solo nel diritto costituzionale della fase post-orlandiana ma, attraverso il lavoro svolto dopo la caduta del fascismo ed alla Costituente (...) specialmente in tema di definizione della nuova forma di governo (...)". In: CHELI, Enzo. 2000, p. VI.

[373] Zagrebelsky (1998, p. XIV) sobre Mortati, em comparação a Carl Schmitt: "Mortati non era affato un ocasionalista di questo genere. Non era un giustificazionista di specifici, singoli episodi di vita costituzionale, a differenza del giurista tedesco suo contemporaneo --- Lo stato d'eccezione non ocupa un posto di rilievo strategico nella sua teoria, una teoria rivolta alla costruzione di nozioni dotate di significato ordinamentale oggettivo, rispetto alle quali i singoli atti politici stanno sotto, non sopra". A crítica de Zagrebelsky realiza uma distinção entre a relação de motivos políticos do cenário de fundo e teoria jurídica que os fundamentam na visão de Mortati e Schmitt. Defendendo que o primeiro, embora tenha elaborado uma teoria que pode vir - e veio - a servir os propósitos do regime fascista, partiu da estrutura objetiva para a aplicação concreta, enquanto Schmitt por outro lado partiu da observação concreta para a teoria jurídica, segundo o autor, tratando-se então de um justificacionista de episódios individuais da vida constitucional e política.

[374] Tradução nossa para: "sua originaria vocazione, quale forza costruttiva di un diritto costituzionale positivamente respondente al suo oggetto storicamente concreto e come tale, secondo ogni tipo di storicismo, anche vincolante". In: FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti: Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Roma: Instituto della enciclopedia italiana, MMXII, 2012.

em um primeiro momento ao menos, através da função de governo. Como o próprio autor explicita ao tratar dessa função específica:

> Pode-se dizer que o elemento comum que reúne essas várias formas de atividade em uma função única e autônoma é representado pela finalidade (...) que é aquela de atuar de forma imediata na unidade do Estado (...) Cada função do Estado tende a realizar a unidade, mas de modo indireto, através do cumprimento de atos, os quais se propõem de modo imediato a uma outra finalidade. A função do governo, por sua vez, tem como finalidade direta a unidade.[375]

Na sua primeira obra, portanto, Mortati elaborou uma teoria do Estado em que a função de governo assumiria a responsabilidade de estabelecer um fim geral a ser perseguido pelas demais funções estatais de forma indireta, mas originado diretamente no próprio governo — isto é, sem depender de uma norma ou diretriz política prévia. Trata-se da formulação de uma orientação geral capaz de unificar as distintas funções do Estado sob uma direção comum, sendo esse o único meio de coordenar órgãos autônomos, com atribuições diversas, rumo a um objetivo político compartilhado. O Governo figura, assim, como um quarto poder, superior e anterior aos demais, ainda que possa ser exercido pela mesma autoridade que detenha outro poder, como o Executivo. Essa concepção refletia uma tentativa de captar os movimentos concretos de transformação institucional decorrentes da nova organização instaurada pelo regime fascista. A finalidade está, portanto, intrinsecamente ligada, à unidade. De tal monta que a finalidade política (fim político) é o elemento que funciona como causa e objetivo da unidade política - sendo, portanto, unidade teleológica, da qual a função de governo é o instrumento capaz de garantir, diretamente, esta unidade, através da definição de um fim político. Desta feita, em Mortati:

> A unidade da personalidade sendo, precisamente, unidade teleológica, coordenação de toda a sua atividade em função de seus próprios fins. A individualidade do Estado, como a de todas as realidades espirituais, se desenvolve continuamente em direção a novas metas e, por isso, deve a todo momento tomar consciência de sua própria destinação — deve, portanto, reconstruir-se continuamente, tanto internamente, integrando sua estrutura

[375] Tradução nossa para: “Può dirsi che il carattere comune che riunisce queste varie forme di attività in una funzione unica autonoma è rappresentato dallo scopo (...) che è quello di attuare in modo imediato l’unità dello Stato. (...) Ogni funzione dello Stato tende a realizzare l’unità, ma in modo indireto, attraverso il comprimento di atti, i quali si propongono in modo imediato un altro scopo. La funzione di governo invece ha come scopo diretto l’unità”. In: MORTATI, Costantino. L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè, 2000 [1931], p. 15.

> diante da variedade de elementos que a compõem, quanto externamente, diante das demais individualidades estatais[376].

Nesse sentido, é possível observar conexões com os autores tratados no capítulo precedente. Também em Hermann Heller e Rudolf Smend, sob diferentes pontos de vista, a composição da unidade política parte de associações com objetivo em comum, isto é, a unidade é de fim *teleológico*. Em Heller, como visto, isso se manifesta em seu conceito de homogeneidade social. Já em Smend, será um dos aspectos da integração. Mortati segue a linha de raciocínio que elenca a construção do fim comum como uma das preocupações centrais do aparato estatal como forma de garantir a unidade e evitar cenários de fragmentação política. Para isso, faz-se necessário pensar uma estrutura de representação para a formação da orientação política.

Na base das preocupações de Costantino Mortati, portanto, estava a questão da representação política, o que leva o jurista a elaborar uma sofisticada *teoria dos partidos políticos*[377], que embora não constitua o objeto da presente tese, é essencial para compreender na totalidade o pensamento jurídico do autor, sobretudo no tocante às problemáticas relacionadas ao *indirizzo politico* e à natureza do vínculo representativo entre substrato social e Estado. A função de governo se coloca nessa conjuntura, ao menos em um primeiro momento de sua obra, como fator primordial para a coalizão dos interesses, através de um direcionamento geral e finalístico. O papel dessa função é, então, garantir a primeira função do Estado. Segundo Mortati, em sua obra de 1931, "a primeira e fundamental função do Estado é, portanto, a de estabelecer de modo concreto as diretrizes gerais de sua ação, de predeterminar seu programa."[378]. As demais funções, portanto, seriam responsáveis apenas indiretamente por este direcionamento, possuindo função mais executiva do que necessariamente política, e, definitivamente, em um grau de poder inferior à quarta função. Tal concepção, por sua natureza, entra em desacordo com a clássica divisão

---

[376] Tradução nossa para: L'unità della personalità essendo appunto unità teleológica, coordinazione di ogni sua attività ai fini stessi. L'individualità ello Stato, come quella di tutte le realtà spiritual, si svolge continuamente verso nuovo mète e quindi deve a ogni momento rendere cnsapevole sé stssa dela sua destinazione, deve cioè perenemente ricostruirsi, sia all'interno, integrando la sua compagine di fronte alla varietà degli elementi che la compongono, sia verso l'esterno, di fronte alle altre individualità statali. MORTATI, Costantino. Op.cit. p.9.

[377] O tema foi abordado pela autora desta tese em sua dissertação de mestrado apresentada no mesmo programa e, posteriormente, publicada em livro, a ver: MOREIRA GOUVEIA, Kristal. A teoria dos Partidos Políticos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2021.

[378] MORTATI, Costantino, Op.cit. p.10.

tripartite dos poderes formulada por Montesquieu e revela a influência de correntes como decisionismo e, sobretudo, o organicismo alemão[379], evidenciando interlocuções com as teorias de Carl Schmitt[380], Rudolf Smend[381] e Herman Heller[382].

A interlocução entre Mortati e estes autores compõe aproximações e distanciamentos, o que ficará ainda mais aparente quando do deslocamento do contexto discursivo para o delineamento do conceito de constituição em sentido material. A proposta de unidade política desenvolvida em 1931 irá persistir quando da construção de sua teoria mais célebre, momento em que ficam mais evidentes as influências de seus contemporâneos. Apesar das influências, porém, em dado momento, o jurista italiano de todos eles se afasta, indicando claramente os motivos. De fato, a construção de sua teoria da constituição material é realizada através da identificação dos distanciamentos em relação aos autores precedentes. A

---

[379] Fulco Lanchester classifica o pensamento jurídico de Mortati como dotado de um "organicismo sempre latente. Segundo ele "il giurista di Corigliano Calabro non potrà mai divenire un liberale individualista". Isso se dá devido à capacidade de Mortati de analisar a formação da orientação política a partir de uma dinâmica social organizada, que, ao se estruturar, torna-se jurídica. In LANCHESTER, Fulco. Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 114.

[380] Sobre o pensamento de Mortati a respeito da obra de Schmitt, essencial ler: MORTATI, Costantino. Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 2, 1 (1973), págs. 511-532.

[381] O referencial de Rudolf Smend, em especial, é utilizado durante todo o decorrer de "L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano" para fundamentar a necessidade de uma atividade específica outra às típicas três funções, que objetive a unificação das vontades singulares a uma orientação geral, sendo assim um importante fundamento da noção mortatiana de indirizzo politico. Demonstra-se por exemplo, em sua referência à obra "Verfassung u. Verfassungslehre" (SMEND, 1928, p. 26), ao trazer que "riesce impossibile pensare mantenuta l'unità della volizione dello Stato senza una tale attività che raggruppo intorno ai fini generali le volontà singole: solo a tale condizione ed entro questi limiti è possibile ammetere l'esistenza di una pluralità di organi autonomi" (p. 11). Invoca ainda o pensamento do autor alemão em sua obra "Die politische Gewalt" (1923, p. 20), novamente ao referir-se ao fim da função de governo como "quello di realizzare l'individualità dello stato, nella totalità dei suoi interessi, di fronti agli altri Stati" (p. 14) e ainda, referendando o pensamento Smendiano, sobre a diferença entre a vontade política e administrativa, contraste esse essencial para a fundamentação mortatiana de que a vontade administrativa é função diversa, limitada na origem, diferentemente da função de governo, cujo escopo é originar a construção do indirizzo politico, conforme referência Mortati, "Smend (...) efficacemente pone la differenza affermando che la volontà politica è libera, seconda la sua origine, quella amministrativa libera solo nel suo esercizio" (p. 18), para citar alguns exemplos desse diálogo, que nesse momento da obra de Mortati se dá de forma majoritariamente convergente.

[382] Certamente menos recorrido na obra de Mortati que os antecessores, Heller que é considerado "interlocutor negligenciado de Kelsen e Schmitt (GOLDINI; WILKINSON, 2018, p.21), apresenta uma visão dinâmica sobre a fundamentação do constitucionalismo nas relações sociais, sustentando que o horizonte formado entre lei e política, e entre constituição e governo não pode ser abstraído da dimensão social, que seria o primeiro elemento de ordenação política. Ele apresenta uma terceira via entre decisionismo e normativismo, que funda a estabilidade da constituição nos princípios orgânicos naturais à conformidade social, o que relaciona intrinsecamente o povo à composição da vontade política. Veremos que essa é uma concepção que dialoga com fundamentos básicos da teoria da constituição em sentido material. Para um aprofundamento, remetemos a: HELLER, H. Political Democracy and Social Homogeneity. in: JACOBSON, A. e SCHLINL, B. (ed). Weimar: A jurisprudence of Crisis (Berkeley, University of California Pressi, 2000). 265 p.

aproximação reside, principalmente, na crítica em comum à representação liberal - movimento já explorado nas páginas precedentes desta tese - e em especial como fundamento do deslocamento do poder normativo do âmbito legislativo ao executivo. À parte disso, ainda no período fundacional, Mortati estabelece uma cisão entre o seu pensamento e aquelas doutrinas constitucionais por possuírem o que Gustavo Zagrebelsky[383] chama de um defeito de "*concretezza giuridica"* (concretude jurídica). Isso decorre no fato de que, quando da publicação de sua obra mais célebre, em 1940, *La costituzione in senso materiale,* Mortati faz algo que considera não ter sido alcançado ainda pelas doutrinas precedentes, ou seja, a criação de uma teoria da constituição que se propõe a ser ao mesmo tempo concreta e jurídica e que por isso mesmo satisfaça a necessidade de:

> (...) compreender a ordem formal, de ultrapassar seus limites, de ampliar a esfera da consideração jurídica para incluir elementos, que têm a função não de simples pressupostos, mas de fontes primárias da própria ordem, e que, por serem tais, porque são aptos a fornecer a garantia de sua validade, eles não podem ser considerados indiferentes ao jurista e ser rejeitados na esfera da política, ou genericamente na esfera pré-jurídica.[384]

Essa abordagem leva em conta aspectos históricos, sociais e políticos[385] que formam a ordem jurídica, mas que não podem ser vinculadores do tipo de teoria de constituição oriunda. A teoria da constituição em sentido material desenvolvida por Mortati — como se verá em maior profundidade adiante — parte dos pressupostos que marcam o momento constitutivo da vontade política de um Estado, a qual se concretiza por meio de conteúdos oriundos de fatores metajurídicos. Para fundamentar essa concepção, o autor recorre a bases organicistas e antiformalistas, adotando uma abordagem que o posiciona como um pensador realista[386], "no sentido

---

[383] Op.cit. p. XVI

[384] Tradução nossa para: "(...) intendere l'ordine formale, di sorpassarne i limiti, di slargare l'ambito della considerazione giuridica fino a includervi elementi, che hanno la funzione non di semplici pressuposti, bensì di fonti primarie dell'ordine stesso, e che, perché tali, perché essi soli idonei a fornir ela garanzia della validità di questo, non possono ritenersi indifferenti pel giurista e respingersi nella sfera dela politica, o genericamente nel pregiuridico". In: MORTATI, Costantino. Op. cit., p. 204.

[385] A consideração dos elementos políticos na construção do jurídico é um dos grandes méritos atribuídos à originalidade da doutrina mortatiana. Conforme Fioravanti (2012, op. cit.): "Con Mortati si prende piena consapevolezza della rivoluzione delle masse e della necessità di riconnettere politica e diritto, tentando di superare la grande scissione avvenuta dalla metà degli anni Ottanta del 19° sec. e proponendo esplicitamente di giuridicizzare il politico attraverso il riferimento ai principi e ai valori costituzionali, sostenuti dalla forza o dal gruppo di forze che si pongono alla base dell'ordinamento".

[386] Chamamos Mortati de realista e com esse adjetivo denomina-se também uma das principais características de seu método, mas é importante apontar que o jurista não enquadra-se na corrente "integralmente realista" do direito público italiano e tampouco refere-se aqui ao chamado "realismo radical". Sobre o tema: "È importadnte a questo punto ricordare che la visione "integralmente realistica" del diritto - la quale postula la non-esistenza in sé delle norme giuridiche e la loro sola esistenza come

daquela atitude voltada à experiência jurídica historicamente concreta pelo que ela é, em que o plano da eficácia e da normatividade são conceitos não em paralelo, mas em convergência"[387]. Essa opção teórica é justamente o que leva Mortati a criticar o formalismo normativo de Hans Kelsen e sua teoria pura, a qual, segundo ele, apesar de adotar uma perspectiva realista, não poderia ser considerada verdadeiramente jurídica[388].

A teoria da constituição em sentido material desenvolvida por Costantino Mortati, portanto, representa uma síntese sofisticada de diversas tradições jurídicas e políticas, aliada a uma resposta original às crises institucionais do século XX. Diferentemente das abordagens estritamente normativas ou meramente sociológicas, Mortati propõe uma concepção que articula vontade política, forma institucional, fundamento ético e eficácia prática. Lida à luz da análise do discurso, essa teoria permite identificar a constituição material como um regime discursivo de verdade jurídica, no qual se definem os limites do que pode ser dito, reconhecido e legitimado como político. Sua força está em desvelar a constituição não como um artefato neutro, mas como um campo de disputas, de hegemonias e de exclusões. É nesse ponto que Mortati oferece, ainda hoje, uma chave de leitura imprescindível para compreender os vínculos entre direito, poder e verdade. A seguir, abordaremos como a Constituição em sentido material é constituída de elementos teóricos estruturantes, que são: a unidade/fim político, as categorias *pessoa* e comunidades intermediárias, o núcleo

---

momenti strumentali interni di singoli atti pratici rivolti concretamente a influire su atti futuri - non appartiene soltanto a una corrente del pensiero filosofico-giuridico americano (quella che va da Gray a Holmes, da Pound a Llewellyn e a Franck), alla quale si suole dare genericamente il nome di "realismo giuridico". (BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. Quaderni Costituzionali, [s.l.], n. 4, p. 803-894, 2011. Società Editrice Il Mulino. http://dx.doi.org/10.1439/36122).
Sobre a aplicação de um realismo não radical por Mortati, o autor esclarece ainda: "Mortati, come tutti i giuristi che non approdano a una concezione del diritto integralmente realistica, tende a "ontologizzare" o "reificare" i concetti giuridici, trattandoli come distinte entità che esistono di per sé, al di qui e al di sopra dei concreti pensieri, sentimenti ed atti delle singole persone, attraverso i quali soltanto le norme giuridiche (al cui trattamento i concetti sono in varia maniera funzionalmente preordinati o coordinati) hanno effettiva esistenza.

[387] Tradução nossa para: "(...) nel senso di quell'atteggiamento rivolto all'esperienza giuridica storicamente concreta per quello che è, nella quale il piano dell'efficacia e quello della normatività sono concepiti non in paralelo, ma in convergenza". In: ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit, p. XV.

[388] O realismo Mortatiano tem como sua principal demonstração a crítica ao esquema formalista. Conforme Ridola (op.cit, p. 1): "E emerge com força, na citação mortatiana, o traço mais profundo do realismo do mestre calabrês, na medida em que a proclamada insuficiência dos enfoques de tipo formalista diz respeito não apenas à constituição "vivente", mas, antes de tudo, à sua estabilização, enraizada nas forças políticas que a sustentam.". Tradução nossa para: "Ed emerge con forza, nella citazione mortatiana, la cifra più profonda del realismo del maestro calabrese, in quanto la proclamata insufficienza di approcci di tipo formalistico riguarda non soltanto la costituzione "vivente" ma anzitutto la sua stabilizzazione, radicata nelle forze politiche che la sostengono."

valorativo e o conteúdo necessário da constituição e, ainda, a reflexão sobre sua efetivação/efetividade como constitutivo de sua própria existência.

## 3.2. UNIDADE POLÍTICA E FINALIDADE DO ESTADO: ENTRE DIALÉTICA E CENTRALIZAÇÃO

A noção de unidade política desempenha um papel estruturante na teoria da constituição em sentido material formulada por Costantino Mortati. Desde seus primeiros escritos, o autor identifica a ausência de unidade como o grande fator de instabilidade e inoperância das formas liberais de organização estatal. Tal diagnóstico está presente de modo contundente em sua obra de juventude, especialmente em "*L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano" (1931)*, onde denuncia a fragmentação partidária, a dispersão decisória e a ausência de uma direção política coesa como sintomas da crise do Estado moderno. Como em Foucault, a percepção da instabilidade institucional está ligada a uma disputa por regimes de verdade: aquilo que é aceito como legítimo ou eficaz depende da capacidade de certas forças se instituírem como discurso dominante. Em Mortati, essa estabilização se dá pela constituição material, que define os contornos do poder legítimo.

### *3.2.1. A unidade política em Mortati: crítica à fragmentação liberal e necessidade de centralização*

Mortati parte do seguinte pressuposto: a unidade política que se almeja não é um elemento natural das organizações sociais. A menos que seja construída através de um processo de interpretação do produto das vontades múltiplas, não se formaria organicamente. Segundo o autor, a unidade "não é de natureza natural, não é dada, e sim de essência espiritual; é produto da fusão de uma multiplicidade de vontades em uma vontade única, que, transcendendo os interesses privados, torna-se a vontade de um ente distinto dos elementos que o compõem"[389]. A entidade sintetizadora a realizar esse papel seria a função de governo e o momento constitutivo

[389] Do original, "Tale unità non è di carattere naturale, non è data, ma di essenza spirituale; essa è il prodotto della fusione di una molteplicità di voleri in un volere unico, che, trascendendo le volizioni particolari, si pone come volere di un ente distinto dagli elementi che lo compongono e avente propria personalità" (MORTATI, 2000 [1931], p. 9).

será a constituição em sentido material. Trata-se de uma operação discursiva em que determinadas vontades são legitimadas como expressão da totalidade, enquanto outras são silenciadas — o que Foucault chamaria de regime de exclusão constitutivo da produção de saber e poder.

Através do arranjo institucional proposto, Mortati defende estar satisfazendo o princípio da identidade ligando Estado e povo - embora no momento inicial de sua obra reconheça que o faz a partir de uma perspectiva diferente em relação às teorias democráticas - uma vez que a vontade do povo seria reconhecida e transformada em orientação política, através da interpretação unilateral exercida pelo único intérprete capaz de ler a natureza estatal do povo: o órgão supremo do Fascismo, então considerado por Mortati como o "supremo órgão de representação"[390]. A centralização do Poder pelo Chefe de Governo, integrante do *partido* será essencial, neste momento, para operar a unidade através da definição de um direcionamento/fim político para a atividade estatal.

Por essa razão, nessa fase, o raciocínio conduz à admissão exclusiva de um sistema monopartidário. Segundo o autor, a fragmentação política criticada no sistema liberal e sua falta de governabilidade derivavam da confusão gerada pela diversidade de partidos. Para sanar essa querela e formar a desejada orientação política única, essa vontade deveria possuir apenas um intérprete: o partido fascista[391]. Um olhar mais profundo, porém, demonstrará que a última conclusão mencionada não é um elemento imutável, mesmo nessa fase do pensamento do jurista. A consolidação da unidade política para ele, embora preferível e melhor executável em um sistema monopartidário, poderia ser também efetivada em um sistema pluripartidário. Tal hipótese, perigosa a ser levantada em plena vigência da ditadura de Mussolini, foi afirmada pelo autor em uma discreta nota de rodapé em seu ensaio de 1941, sobre a

---

[390] "Non dal popolo, ma dai supremi organi di rappresentanza concreta dello Stato stesso (...) una tale concezione, pur considerando da una diversa visuale il principio dell'identità tra società e Stato, che è alla base delle teorie democratiche, non lo rinnega, ma anzi tende ad attuarlo sempre più nell'organizzazione dello Stato, rappresentando questo senso profondo del corporativismo".

[391] O papel do partido é fundamental para a operação de unidade política. Nesse sentido, o autor explana a função do partido fascista: "È necessario pensare alla funzione, che ha il Partito, di ispirare della sua ideologia lo Stato, di imporre ad esso la realizzazione degli interessi, pei quali è sorto e rimane in vita: funzione che si attua in modo immediato attraverso l'opera del G.C. e che in tanto può adempiersi in quanto quest'organo, da una parte, rappresenti in modo direto l'ideologia e gli interessi, dei quali s'è discorso, ed anzi, da questa sua capacità rappresentativa tragga il fondamento della sua supremazia, dall'altra, sia fornito di poteri immediatamente efficaci per l'organizzazione statale". (MORTATI, Costantino. Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo. Estratto dall"Archivio Giuridico Filippo Serafini, 1941.) p.10

posição do partido no Estado. Nessa, é mencionado que a função de governo seria executável também em um regime pluripartidário, mas que a orientação política seria o resultado da dialética advinda de diferentes interesses políticos[392].

### *3.2.2. A função de governo como instrumento de unidade política*

Em um ou outro caso, seria a função de governo a responsável pela unificação e construção da orientação política do Estado, no papel de agente sintetizador. Numa perspectiva de análise do discurso, a função de governo, nesse contexto, atua não apenas como instância política, mas como dispositivo de poder que organiza o campo de enunciação possível sobre o que é o Estado e quais vontades são reconhecidas como juridicamente válidas — um verdadeiro operador de veridicção constitucional[393]. Apresentando-se não só como uma quarta função em relação àquelas previstas na teoria tripartite de poderes, essa também teria uma natureza distinta. Apenas a função de Governo, para Mortati, teria a capacidade de direcionar politicamente o país. Às outras funções, caberiam atribuições meramente administrativas, executórias do que fosse informado pela função de governo no papel de definição do fim político do Estado, que corresponde, de igual monta, ao conteúdo da constituição em sentido material.

No que toca à busca pela unidade, é possível verificar especiais conexões com o pensamento jurídico de Carl Schmitt, que em seu próprio contexto, também

---

[392] O texto da nota de rodapé “Nem mesmo se pode excluir que a vontade do corpo eleitoral seja estatal em consideração ao contraste de tendências que podem se manifestar dentro dele, uma vez que a lei reconhecendo os vários partidos e suas ações distintas apenas no momento da eleição, ou também mais tarde (em sistemas proporcionais) não apenas pretende afirmar a formação de uma vontade final unitária, mas também quer garantir que o processo formativo da própria vontade ocorra através da explicação livre de ideologias contrastantes”. “Neppure se può escludere che la volontà del corpo elettorale sia statale in considerazione del contrasto di tendenze che può manifestarsi nel seno del medesimo, in quanto la legge, riconoscendo i vari partiti e la loro azione distinta o nei solo momento dell’elezione, o anche in seguito (negli ordinamenti proporzionalistici) non solo intende affermare come interesse statale la formazione di una volontà finale unitaria, ma vuole anche garantirsi che il procedimento formativo della volontà stessa avvenga attraverso la libera esplicazione di ideologie contrastanti”. Vide: MORTATI, Costantino. Sulla posizione del partito dello Stato. Estratto da Stato e Diritto, anno II, n. 4-5, 1941.

[393] “A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua 'política geral' de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos; a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.” — FOUCAULT, Michel. “Verdade e Poder”. In: Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016, p. 51

desenvolvia uma proposta de reestruturação institucional cujo objetivo era a unidade política. A seu ver, porém, o órgão de controle e concentração de poder seria o Presidente do Reich, enquanto em Mortati é a Função de Governo. Neste ponto, é relevante aprofundar esta comparação entre estes autores, articulando a contraposição entre o pensamento de ambos os autores, sendo um debate válido para delinear o alcance do conceito de *unidade política* em Mortati e sua necessária relação com o contexto político subjacente, seja um contexto autoritário ou pluralístico.

Em ambos os casos, a resposta à fragmentação política e a busca pela unidade viria através da reconfiguração da estrutura estatal, através da implementação/reconhecimento de um novo elemento institucional, capaz de concentrar o elemento político e sobrepor-se aos demais, apresentando-se uma clara oposição à tripartição dos poderes, que para ambos os autores, é um sistema com falha de politicidade. No caso de Mortati, essa proposta deve ser realizada através do *Capo del Governo,* que ocupa o papel de comando do "partido". O esvaziamento da capacidade decisória política das funções dos demais poderes deve dar lugar à preponderância de uma função de governo, que deve ser articulada com o Partido único, isto é, no contexto italiano, o Partido Fascista. Porém em sua proposta o próprio Mortati considera dispensável, ainda que discretamente, o elemento do monopartidarismo. O essencial, em sua visão, é que haja um intérprete para a pluralidade de vontades políticas. De fato, chega a considerar a dialética do substrato social um ponto de relevo na construção democrática da orientação política.

Carl Schmitt, por outro lado, não admite o reconhecimento da pluralidade, sendo movido pela busca da unidade política através de um mecanismo que gere e homogeneização da vontade: É o presidente do Reich. Nesse ponto, é vital diferenciar o conceito de "homogeneização" em Schmitt do de Hermann Heller, abordado no capítulo precedente da presente tese. Enquanto para o primeiro trata-se de uma consequência da dinâmica "amigo x inimigo", pautada, sobretudo, na preponderância da força superior sobre a força inferior, que deve ser eliminada; em Heller, a homogeneização trata-se da cooperação no sentido teleológico, buscando o alcance de uma finalidade em comum, através da dialética entre vontades distintas. A noção de Heller relaciona-se melhor à fase democrática de Mortati, que reconhece a dialética entre vontades políticas plurais; enquanto a proposta de Schmitt é uma radicalização da primeira fase do pensamento de Mortati, podendo ser lida como uma versão extrema do processo de diferenciação sustentado pelo autor italiano. Constata-se,

portanto, que para Schmitt o “Presidente do Reich” será o órgão sintetizador, com papel de promoção da unidade política através do direcionamento total e da supressão da diferença e heterogeneidade. Ao referir-se a essa figura, o autor afirmava que “o ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante”.

O motivo dessa afirmação era não só teórico, mas concretamente prático. A fragmentação do poder político em Weimar atingiu o ápice sobretudo nos anos em que escrevia Schmitt justamente devido à coalizão feita entre os partidos comunista KDP e o partido nazista, com o intuito de formar uma maioria parlamentar negativa, gerando a situação de total falta de governabilidade pelo Poder Executivo. De outra monta, historicamente o posicionamento de Schmitt serve à fundamentação de um regime autoritário centralizado em uma figura de poderes ilimitados, que seria a realidade do nazismo, a concretizar-se nos anos seguintes.

Nesse contexto, conforme a interpretação de Schmitt, seria o Presidente do *Reich* a desequilibrar o impasse através de uma característica essencialmente integradora que pode ser lida como uma influência de Rudolf Smend, autor proficuamente mencionado em sua obra e que, embora portador de posicionamentos contrários em muitos aspectos, serviu, assim como à Mortati, de influência em relação à uma perspectiva concreta e realista da relação entre política e direito, reconhecendo como essencial a função de integração para a transmissão da vontade política do povo a um intérprete capaz de transformá-la em orientação política. A relação com Smend, porém, é limitada, bastando ao reconhecimento da “integração” como elemento unificador, mas variando nas formas e propostas que levariam esse processo a ocorrer. É possível, porém, perceber o quanto esses autores contemporâneos entre si dialogam em termos de elementos conceituais de enfrentamento à fragmentação política proveniente do liberalismo e, igualmente, do positivismo jurídico.

### *3.2.3. A constituição material como processo de diferenciação: estabilidade e unidade política*

A unidade política é, portanto, tema de interesse profícuo no debate, e que, portanto, será um pilar central para a estruturação das teorias constitucionais do período. Nesse ponto, convergem Mortati e Schmitt, ambos confiantes de que uma

função específica, por diferentes motivos e em diferentes arranjos institucionais, seria capaz de realizar a integração entre a vontade do povo e o aparato estatal, informando a orientação política e realizando a necessária unidade política impossível no sistema fragmentado liberal. A fragmentação e ausência de governabilidade, para ambos os autores, resulta da tripartição dos poderes da forma delineada por Montesquieu. Em ambas as propostas reside a necessidade de que deve haver uma hierarquia com concentração de poder e finalidade de estabelecimento dos fins políticos do Estado, a ser desenvolvida por um órgão específico.

As diferenças entre os autores, porém, são notáveis, uma vez que propõem abordagens diferentes em suas propostas. Schmitt se concentra no conceito de estado de exceção, argumentando que ele é necessário para a preservação da ordem política. Ele enfatiza a importância do poder de decisão do soberano em tempos de crise. Mortati defende uma proposta que, igualmente abre espaço para fenômenos antidemocráticos, mas admite que ela seja flexível a um processo de interpretação do pluralismo. Em ambos os casos, o desequilíbrio entre instituições é um dado necessário para o funcionamento da vida política do Estado através do comando central de um líder. Na arquitetura construída pelo jurista calabrês, portanto, a resolução do problema da representação política estaria na atribuição a apenas um Poder da capacidade de determinar o conteúdo do direcionamento estatal. Caberia a esse único poder transmitir os comandos para que as demais funções o materializassem, essas últimas não estando em condições de equilibrá-lo e, muito menos, de limitá-lo ou de refutá-lo. Sua capacidade de representação seria meramente secundária. A construção foi claramente inserida no âmbito de sua obra:

> Dada uma pluralidade de órgãos constitucionais, apenas um deles pode ter representação política completa do Estado. Os outros - se não quiserem ser considerados detentores de simples funções, e não poderes - devem ser considerados investidos em uma representação de grau inferior, secundário.[394]

É nesses termos que Mortati desequilibra o esquema de tripartição dos poderes. O jurista calabrês se apropria das críticas movidas por Rudolf Smend sobre a inoperabilidade de um sistema fragmentado em três partes iguais, todas munidas

[394] “Si può pertanto concludere che, data una pluralità di organi costituzionali, uno solo fra essi può possedere la piena rappresentanza politica dello Stato. Gli altri - se non vogliono considerarsi titolari di semplici funzioni, e non di poteri - devono ritenersi investiti di una rappresentanza di grado inferiore, secondario” MORTATI, Costantino, 1931, Op.cit. p.28.

de influência na governabilidade e politicidade. São em três as principais noções de Rudolf Smend que passam textualmente a serem incorporadas na produção de Mortati: A primeira concerne à imprescindibilidade de uma função voltada exclusivamente ao Governo, com a função de coordenação, agrupamento e instrução dos demais órgãos autônomos. Sobre esse ponto, o jurista alemão vem citado na sua obra *"Verfassung und Verfassungslehre"*, escrita no ano precedente, ao afirmar que "parece impossível considerar mantida a unidade da vontade do Estado sem uma atividade que reúna em torno dos fins gerais as vontades individuais: somente sob essa condição e dentro desses limites é possível admitir a existência de uma pluralidade de órgãos autônomos".[395]

Em outro momento, fazendo uso da obra *"Die politische Gewalt"*, também escrita por Smend, para fundamentar o próprio conceito de função de governo Mortati afirma que seria "aquele de concretizar a individualidade do Estado, na sua totalidade de interesses, diante dos demais Estados".[396].Por fim, e talvez essa seja a mais notável ruptura de seu pensamento com a ordem precedente, o jurista calabrês apoia-se no pensamento Smendiano para defender uma distinção fundamental entre vontade política e vontade administrativa. Para tal, argumenta que ambas são dotadas de diferentes naturezas jurídicas e que, embora órgãos autônomos do aparato Estatal, aos três poderes seriam apenas atribuídas funções executórias, administrativas e fundamentalmente condicionadas à vontade política. Esta última de titularidade exclusiva da função de governo. A referência ao autor alemão é explícita, quando Mortati diz que "Smend (...) de forma eficaz, expõe a diferença (entre ambos), afirmando que a vontade política é livre, segundo sua origem, enquanto a administrativa é livre apenas em seu exercício"[397] e assim, a reitera. Essa relação entre a função de governo e os demais poderes é fundamental para a compreensão do projeto de unidade política defendido pelo jurista calabrês:

> O elemento em comum que reúne as diferentes formas de atividade em uma função autônoma única é representado pela finalidade (...) de atuar de modo

[395] Do original "riesce impossibile pensare mantenuta l'unità della volizione dello Stato senza una tale attività che raggruppo intorno ai fini generali le volontà singole: solo a tale condizione ed entro questi limiti è possibile ammetere l'esistenza di una pluralità di organi autonomi" Em: SMEND, Verfassung und Verfassungslehre. 1928, apud, MORTATI, Costantino. 1931, Op.cit. p. 26).

[396] Tradução nossa para: quello di realizzare l'individualità dello stato, nella totalità dei suoi interessi, di fronti agli altri Stati" MORTATI, Costantino. Sulla posizione dello partito nel Stato... 1941.

[397] Tradução nossa para: "Smend (...) efficacemente pone la differenza affermando che la volontà politica è libera, seconda la sua origine, quella amministrativa libera solo nel suo esercizio" .Mortati, ibidem, p. 18.

> imediato na unidade do Estado. (...) Cada função do Estado realiza a unidade, mas de modo indireto, através do cumprimento de atos, que de forma imediata têm outras finalidades. A função de governo, por sua vez, tem como finalidade direta a unidade[398].

Esses traços delineiam o que Mortati concebia como solução à fragmentação política: o esvaziamento de qualquer natureza política dos três poderes tradicionais, que deveria ser apenas administrativa e secundariamente representativa. Além disso, a absorção da vontade política por uma única função, aquela de governo, responsável por instruir o aparato estatal e realizar a interpretação da vontade política residente no espírito do povo, transformando-a na orientação política. Naquele contexto, a referida função de governo seria desempenhada pelo *"Capo del Governo"*, ou seja, o líder do partido fascista, compondo assim o que Mortati chamou de *"regime del Capo del Governo"*[399].

As consequências jurídicas dessa construção foram capazes de abranger todos os traços marcantes do regime, conforme elencado por Enzo Cheli[400]: a marginalização da esfera parlamentar, o reconhecimento institucional do partido fascista, a juridicização da supressão de liberdades individuais revestida de uma suposta relação de representatividade e, por fim, o deslocamento do poder a apenas um órgão, algo que, sob o pretexto de combater a fragmentação, fundamentou o monopólio da força estatal. A teoria da função de governo, tal como formulada por Mortati em "*L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano"*, não se restringe a uma proposta de reorganização funcional do Estado fascista, mas antecipa, em termos estruturais, o que se tornaria o núcleo da constituição em sentido material: a necessidade de uma unidade política concreta, historicamente situada e operada por um sujeito capaz de orientar a totalidade da ordem estatal. Nesse sentido,

---

398 "Il carattere comune che riunisce queste varie forme di attività in una funzione unica autonoma è rappresentato dallo scopo (...) di attuare in modo immediato l'unità dello Stato. (...) Ogni funzione dello Stato tende a realizzare l'unità, ma in modo indiretto, attraverso il complimento di atti, i quali si propongono in modo immediato un altro scopo. La funzione di governo invece ha come scopo diretto l'unità". In: MORTATI, Costantino. L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè, 2000 [1931], p. 15.

399 A defesa da unidade política articula-se com as noções de outro relevante jurista do século XX, Santi Romano. Ao defender a teoria da ordem jurídica, alicerçando bases para a crítica liberal através da defesa do pluralismo, o jurista italiano centraliza o elemento da ordem, identificando a unidade através do viés orgânico próprio da sociedade e deslocando o papel da norma como elemento de um ordenamento jurídico. A respeito das articulações entre Santi Romano, Carl Schmitt e Costantino Romano, vide a obra "The legacy of pluralism: the continental jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Costantino Mortati", de Mariano Croce e Marco Goldoni. Para aprofundamento, recomenda-se o volume 50 de 2021 do n Quaderni Fiorentini 50 (2021): "Pluralismo giuridico: paradigmi e esperienze."

400 CHELI, 2000, op.cit.

o conceito de *indirizzo politico* deixa de ser apenas uma função governamental e passa a representar a expressão mais densa da vontade política que fundamenta a própria constituição real de um Estado.

A passagem do “governo como função de unificação” para a “constituição como ordenamento material” revela, portanto, uma continuidade conceitual na obra de Mortati, que articula o jurídico e o político não como esferas opostas, mas como dimensões imbricadas da realidade constitucional. É a partir dessa operação teórica que a unidade política deixa de ser apenas um requisito organizativo e passa a compor o próprio conteúdo da constituição em sentido material, entendido como o conjunto de elementos que efetivamente conformam a ordem estatal, com pretensão normativa, estabilidade e legitimidade. A forma como a unidade constitui a constituição em sentido material é o que deverá ser abordado, então, para que possamos compreender na totalidade o sentido e alcance desse elemento no pensamento de Mortati. Inicialmente, na obra de 1940, Mortati apresenta a unidade política como resultado de um processo de diferenciação, do qual será advinda uma vontade/força sintetizadora, capaz de tornar-se intérprete da vontade geral, diante, inclusive, de suas dissonâncias, decidindo, assim, o direcionamento político.

Esse processo de diferenciação, originário e constituinte, faz parte do próprio processo de constituição em sentido material, tratando-se de um elemento eminentemente jurídico. Nesse sentido, explica Zagrebelsky, na introdução à obra de 1940, “No pensamento de Mortati, o que é essencial, o fator constitucional s*ine quo non*, é a diferenciação (...). A constituição é obra daqueles que venceram uma batalha, da 'parte' vencedora."[401] A função desse processo de diferenciação é organizar as vontades políticas em um fim político único, gerando assim as condições de governabilidade necessárias à existência de um Estado. Essa operação não é natural ou orgânica - o que faz Mortati criticar as teorias organicistas alemães ou solidaristas francesas - e sim resultado de um processo de organização social consciente. Nesse sentido, o autor defende que "um Estado concreto (...) não pode ser concebido como existente senão como organização jurídica de uma coletividade ordenada segundo

[401] Tradução nossa para: Nel pensiero di Mortati, ciò che è essenziale, il fattore cotituzionale ine quo non, è la differenziazione (...) La costituzione à opera di quanti hanno vinto una battaglia,della "parte" vincente. ZAGREBELSKY, 1998, op.cit. p. XXXI.

uma ideia política e, portanto, deve conter em si, como parte constitutiva, essa coletividade."[402]

Nesse ponto, a concretude jurídica desempenha papel essencial enquanto pressuposto de análise para a equação: Estado-constituição-organização em Mortati. Não pressupõe o Estado senão a partir da organização consciente, movida pela ideia política diretiva em um momento constitutivo que se entende como a constituição material. A forma - unidade política - leva ao objetivo - fim político em comum. É nessa estrutura que se desenvolve a constituição em sentido material. Segundo Mortati, esquemas abstratos que ignorem essa estrutura organizacional necessária afastam-se da ideia de direito e devem ser ignorados, pois sendo mitológicos e impraticáveis. Assim como não existe espontânea formação constitucional, em Mortati, não existe espontânea criação do Estado. Trata-se de um processo consciente e direcionado pelas forças vencedoras do processo de diferenciação:

> Não se pode representar uma unidade abstrata do Estado, isto é, uma unidade que não se manifeste por meio de uma forma concreta, de um modo determinado de compreender e regular as relações sociais. Em suma, como será melhor esclarecido, um Estado particular não pode surgir fora de seu próprio sistema de ordem; do ponto de vista jurídico, não pode ser concebido senão fundido e incorporado a uma estrutura específica, que constitui sua organização concreta.[403]

É nesse ponto que a teoria de Mortati aproxima-se de maneira significativa da teoria de Hermann Heller, para quem o Estado e a constituição não podem ser compreendidos como expressões estáticas da ordem jurídica, mas como unidades em constante processo de reconstrução. Tal como Heller concebe o Estado como uma totalidade concreta — em que forças sociais contraditórias são integradas e contrapostas sob uma mesma forma política —, Mortati entende a constituição em sentido material como o resultado histórico-institucional da prevalência ou do compromisso entre essas forças. A unidade política, portanto, não é um dado prévio, mas um produto da integração de uma vontade dirigente capaz de estabilizar, mesmo

---

[402] Tradução nossa para: “Uno Stato concreto (...) non può pensarsi esistente se non come organizzazione giuridica di una collettività ordinata secondo un’idea politica e quindi contenere in sé, come sua parte costitutiva, questa collettività.” MORTATI, Costantino. MORTATI, Costantino. La costituzione in senso materiale. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1940. P. 51.

[403] Do original: “Non si può rappresentare un’unità astratta dello Stato, cioè un’unità che non si manifesti attraverso una forma concreta, un modo determinato di comprendere e regolare i rapporti sociali. In sintesi, come sarà chiarito meglio, uno Stato particolare non può sorgere al di fuori del proprio sistema di ordine; dal punto di vista giuridico, non può essere concepito se non fuso e incorporato in una struttura specifica, che ne costituisce l’organizzazione concreta.”. Ibidem, p. 55.

que provisoriamente, o campo conflitivo da política. Trata-se de uma unidade construída, não imposta — o que faz de Mortati, assim como Heller, um autor profundamente marcado por uma concepção dinâmica e integrada do político e do jurídico. O papel da organização social e da estrutura também se destaca, em ambos os autores, uma vez que pare Heller, "A constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto esta significa constituição produzida mediante atividade humana consciente".[404]

A unidade política é, portanto, uma forma de cooperação instituída e mantida por meio da organização e da atividade social coordenada, o que ecoa a ideia de "função de governo" como função de unificação em Mortati. No entanto, em Heller, o caráter democrático permeia fundamentalmente esse processo, enquanto Mortati é mais ambíguo e ambivalente. Como já foi explanado, sua obra, localizada historicamente dentro da experiência fascista - ao menos a primeira fase- apresenta o processo de diferenciação como uma batalha de forças da qual emerge o mais forte[405], ao menos à primeira vista. No entanto, as condições para a formação da orientação política única e do fim político a partir de uma dialética entre forças contrastantes também aparecem como uma possibilidade em sua obra e serão melhor desenvolvidas nas produções seguintes diante das mudanças sociopolíticas nas quais se insere.

### *3.2.4. Do autoritarismo ao pluralismo: transição democrática no pensamento de Mortati*

A transição da percepção de Mortati sobre as forças a construírem a unidade política da primeira fase de seu pensamento (autoritária) à segunda (democrática) é

---

[404] HELLER, 1996, op.cit. p.296.

[405] O processo de diferenciação, em um primeiro momento, possui o caráter de supressão de interesses. Segundo o autor, "A concepção indicada […] baseada como está numa discriminação de valores e na prevalência conferida a alguns sobre outros, oferece os primeiros elementos gerais que permitem orientar o processo de pensamento voltado à busca dos meios para sua realização.". Tradução nossa para: ""La concezione predetta […] basata com'è su una discriminazione di valori e sulla prevalenza accordata ad alcuni di essi su altri, offre i primi generali elementi che consentono di dirigere il procedimento di pensiero rivolto al ritrovamento dei mezzi per la loro attuazione." (1940, p. 96). Nesse contexto, o partido fascista desempenhava papel relevante, pois "o partido" seria o intérprete responsável pelo processo de diferenciação. Segundo Mortati (1940, p. 153), ""[…] uma força política que se forma por meio de processos de 'diferenciação'. […] o partido, como instrumento de envolvimento e integração dos 'grandes números' na vida do Estado.". Tradução nossa para ""[…] una forza politica che si forma attraverso processi di 'differenziazione'. […] il partito, quale strumento di coinvolgimento e integrazione nella vita dello Stato dei 'grandi numeri'."

bem sintetizada por Gustavo Zagrebelsky. Segundo o autor, na introdução da edição "A constituição em sentido material", a centralidade do partido enquanto força motriz da constituição em sentido material é abandonada durante essa transição, o que não significada que o fundamento da constituição em sentido material é deixado de lado. Ao contrário.

> Na constituição em sentido material, aquelas forças políticas dominantes, portadoras da constituição, são identificadas no partido, entendido como instrumento de envolvimento e integração na vida do Estado das grandes massas. Essa última observação evidencia um aspecto da validade do pensamento mortatiano, que atravessou os limites históricos do fascismo e foi transfigurado pelas novas coordenadas constitucionais da democracia. Sobre a centralidade do partido como força constitucional material, o pensamento de Mortati passará por transformações, mas não a ponto, ao que parece, de desmentir o núcleo de sua doutrina.[406]

O que ocorre na verdade é o alargamento do polo ocupado pelas forças constituintes, porém com a manutenção do processo de diferenciação enquanto dinâmica necessária à sintetização da vontade política predominante, e, assim, da unidade política. Porém, no lugar de supressão do mais forte em relação ao mais fraco, o processo de diferenciação assume o papel de identificação dos fins em comum, mesmo entre vontades políticas dissonantes. Em 1945, no ensaio *'La costituente"*, Mortati já substitui o partido único pelos "partidos" enquanto sintetizadores desse processo. Posteriormente, já no contexto democrático consolidado, Mortati escreve em 1962 o ensaio *"Costituzione (Dottrine Generali)* em que as forças políticas dominantes são alargadas com o termo "classes governantes", o que aumenta as possibilidades de integrantes desse acordo constituinte[407]. Por fim, na última edição de *"Istituzioni di diritto pubblico"*, Mortati irá substituir completamente a figura do partido por *"un insieme di forze, di rapporti,di situazioni",* reconhecendo o papel das forças sociais não só governamentais, mas também privadas na construção do *indirizzo politico.*

---

[406] Tradução nossa para: "Ne La costituzione in senso materiale quelle forze politiche dominanti, <<portatrici>> della costituzione sono identificate nel partito, quale strumento di coinvolgimento e integrazione nella vita dello Stato dei << grandi numeri>>. Quest'ultima precisazione mette in luce um aspetto di validità del pensiero mortatiano, transitato i confini storici del fascismo e trasfigurato dalle nuove coordinate costituzionali ella democrazia. Sulla centralità del partito quale forza costituzionale materiale, il pensiero di Mortati subirà dele trasformazioni, non tali però, sembra, di smentire il nucle dela sua dottrina." ZAGREBELSKY, 1998, op.cit. p. XXIX.

[407] Sobre a produção de Mortati nesse período, ver: CARDUCCI, M., L'accordo di coalizione, Cedam, Padova 1989. P.393. A respeito, ver também: M. CARDUCCI, M. Programmaticità della politica e governi di coalizione in Costantino Mortati, in M.GALIZIA (a cura di), Forme di stato e forme di governo, nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati, Milano, 2007.

Por essa razão, Gustavo Zagrebelsky afirma que "a noção de constituição em sentido material presta-se, assim, a ser adaptada aos contextos mais diversos e às formas sempre novas do domínio político, sobrevivendo mesmo ao tempo de declínio da política 'por partidos"[408]. Por essa razão o autor afirma que o partido em si não é um elemento essencial da doutrina de Mortati. O que será essencial, em si, para a constituição em sentido material é o processo de diferenciação. Essa diferenciação, que pode ser vista como uma "batalha", segundo Zagrebelsky, pode ser alargada, mas nunca compreenderá toda a sociedade. Isto porque o que é representado não é a sociedade de forma caótica, amorfa e dotada de espontânea juridicidade.

O papel do intérprete/sintetizador de interesses é central devido ao fato de que, em Mortati, nenhuma parte desse processo ocorre de forma orgânica e natural, sendo necessária a intervenção para a criação da vontade através da síntese - seja por centralização, seja por dialética. Nesse sentido, “o direito supõe uma antítese de interesses, que não consiga encontrar um caminho de conciliação espontânea.”[409]. O processo de sintetização, com atingimento de equilíbrio e formação da unidade política, com definição de um direcionamento político (fim político) determinado: esta é a constituição em sentido material. Essa é a razão pela qual o compromisso de estabilização confere caráter jurídico ao que, em Kelsen, seria considerado um momento pré-jurídico. Nesse sentido explica Salvatore Bonfiglio, ao afirmar que “na teoria da constituição em sentido material, as fontes "pré-jurídicas" são "juridicizadas", pois caracterizam tanto o estabelecimento quanto a estabilização da ordem constitucional.”[410]

O foco do processo, portanto, é a estabilização de um equilíbrio capaz de síntese. O alargamento dos sujeitos a realizarem esse processo, embora apareça de forma relevante na segunda fase do pensamento mortatiano, já pode ser visto de maneira clara na própria “*La Costituzione in senso materiale”*, quando Mortati afirma que “antes de tudo, a situação de equilíbrio mencionada pode ser mais ou menos

---

[408]Tradução nossa para “la nozione di costituzione in senso materiale si presta così ad essere adattata ai contesri più vari e alle forme sempre nuove del domínio politico, sopravvivendo anche al tempo declinante della politica 'per partiti'. Op.cit. p.405.

[409] Tradução para “il diritto suppone un’antitesi di interessi, che non riesca a trovare la via di una spontanea conciliazione.” MORTATI, 1940, op.cit. p.50.

[410] “Nella teoria della costituzione in senso materiale le fonti “pre-giuridiche” sono “giuridicizzate”, in quanto caratterizzanti sia l’instaurazione che la stabilizzazione dell’ordinamento costituzionale. Em: BONFIGLIO, Salvatore. IL CONTRIBUTO DI MORTATI NELLA FASE COSTITUENTE ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA TEORICA E STORICA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE. In: Nomos. Le attualità nel diritto. 3-2017. P.2.

estável: ela pode expressar a prevalência de uma força homogênea [...] ou, ao contrário, representar apenas um compromisso entre forças contrastantes."[411] Conclui-se, portanto, que a unidade política é elemento estruturante e fundamental na concepção de constituição em sentido material, pelo seguinte motivo: A constituição em sentido material, em Mortati, é aquele momento (que não deixa de ser *fenômeno)* em que há a sintetização da orientação política pelas forças políticas (ou grupos operantes, classes dominantes) através da diferenciação, formando a ordem material que cria, estabiliza e informa o conteúdo material constitucional, através da unificação da vontade e direcionamento de um fim político. Nesse sentido, explica Zagrebelsky:

> Segundo Mortati, no momento em que as forças políticas dominantes se reúnem em torno de um fim supremo, conseguindo impô-lo na realidade como elemento constitutivo da sociedade, a ordem material e ideal que daí deriva se objetiva e torna-se um limite e um vínculo para as próprias forças governantes.[412]

A estabilização é causa e consequência do processo e é elemento definidor desse momento constitutivo, uma vez que, em Mortati, "a constituição material, sendo expressão de uma situação de equilíbrio, tende a estabilizá-la e a garanti-la, moldando segundo ela as instituições jurídicas"[413]. Essa moldagem institucional, contudo, não se limita à formalização de um equilíbrio prévio entre forças sociais. Trata-se de uma operação que reorganiza o próprio campo de produção do discurso político-jurídico. À luz da análise foucaultiana, pode-se interpretar essa função da constituição material como uma forma de legitimação de que elementos são verdadeiros ou legítimos como "verdade", enquanto outros são excluídos como ilegítimos, invisíveis ou insustentáveis.

O processo unificador é estruturante dessa criação política (e discursiva) e serve, ainda, como garantia da estabilidade e solidez, uma vez que há um delicado equilíbrio entre criação e efetivação, que será melhor explorado no último tópico deste capítulo. Essa moldagem institucional é efeito direto de um processo discursivo que,

---

[411] Do original: "Ma, anzitutto, la situazione di equilibrio cui si accenna può essere più o meno stabile: essa può esprimere la prevalenza di una forza omogenea [...] o invece rappresentare solo un compromesso fra forze contrastanti." MORTATI, 1940, op.cit. p. 117.

[412] Do original: "Secondo Mortati, nel momento in cui le forze politiche dominanti si raccolgono attorno a un fine supremo, riuscendo a imporlo nella realtà come elemento constitutivo della società, l'órdine materiale e ideale che ne deriva si obiettiva e diviene un limite e un vincolo per le stesse forze governante." ZAGREBELSKY, 1998, op.cit. p. XXXIII.

[413] Do original: "la costituzione materiale, essendo espressione di uma situazione di equilíbrio, tende a stabilizzarla e a garantirla, improntando a essa le particolare istituzioni giuridiche". MORTATI, 1940, op.cit. p.132.

como observa Foucault, transforma forças em normas, práticas em saber jurídico, e hegemonias políticas em estruturas estabilizadas de poder. Os grupos que comporão esse processo de transação, dialética e, enfim, formação de uma orientação política única, tal como, o conteúdo da constituição em sentido material, devem possuir uma qualidade especial, serem dotados de consciência, organização e estrutura. Não é a massa amorfa que deve participar da composição da constituição material, em Mortati. Esse momento constitutivo só é possível através da participação mediada, estruturada dos sujeitos conscientes, uma participação *qualitativa.* É nesse ponto que devem ser abordadas as categorias de qualificação do sujeito na participação social e os grupos de intermediação na construção da constituição em sentido material, isto é, as noções de "pessoa" e "comunidades intermediárias", que compõem o objeto do próximo tópico deste capítulo.

## 3.3. “PESSOA” E “COMUNIDADES INTERMEDIÁRIAS”[414]

No tópico anterior, abordamos que a proposta de unidade política em Mortati não repousa sobre uma homogeneidade artificial ou sobre um comando imposto verticalmente, mas sobre uma construção ativa da adesão espiritual dos cidadãos aos fins do Estado. Essa adesão se dá através de coletividades mediadoras - as “comunidades intermediárias” - que geram a consciência política e social, fazendo que os sujeitos passem de indivíduos amorfos e indiferenciados para a qualidade de sujeitos qualificados a participar da vida política, isto é, "pessoas". Essas duas categorias são essenciais para a concepção da constituição em sentido material, uma vez que participam da construção desse momento constituinte fundamental, sendo mecanismo de representação e participação no processo de diferenciação e definição do direcionamento político do Estado.

---

[414] As reflexões deste tópico retomam, com reelaboração crítica e aprofundamento, discussões desenvolvidas em minha dissertação de mestrado, orientada pelo Prof. PhD. Arno Dal Ri Junior, intitulada ‘Democracia e representação política no pós-autoritarismo italiano: A noção de partidos políticos de Costantino Mortati nos embates da experiência constituinte de 1948’ (UFSC, 2020). Não houve reaproveitamento de texto ou identidade literal entre os trabalhos, exceto pelo uso de algumas citações diretas coincidentes, por se tratarem de passagens centrais nos estudos sobre “comunidades intermediárias” e “pessoa”, temas abordados em ambos os projetos. Ainda que existam conexões temáticas, os enfoques e os objetivos analíticos são distintos: na dissertação, tais categorias foram mobilizadas a partir da teoria dos partidos políticos; na presente tese, inserem-se na análise da constituição em sentido material como fundamento estruturante. A menção à dissertação se justifica, portanto, pelo vínculo teórico entre os trabalhos e pelo fato de ter representado um impulso inicial para o presente percurso de investigação.

### *3.3.1. O papel das comunidades intermediárias na unidade política*

As comunidades intermediárias são as coletividades mediadoras entre os sujeitos, agrupados por seus interesses, e com organização e estrutura capaz de transmitir sua vontade à construção da orientação política do Estado. É nesse contexto que Mortati confere relevância constitucional às estruturas como o partido político e os órgãos corporativos e sindicais, não apenas como instrumentos administrativos, mas como dispositivos de formação da unidade ética e espiritual da coletividade. Nas suas palavras:

> Do ponto de vista específico aqui considerado, e que diz respeito diretamente à relação entre governantes e governados, justifica-se a relevância constitucional [...] daquelas instituições representativas, como o Partido Fascista e os órgãos sindicais e corporativos, os quais [...] tendem a suscitar, em cada cidadão, com a consciência dos fins gerais do Estado, uma atitude de adesão íntima e de constante subordinação a esses fins, constituindo, enfim, aquela unidade espiritual que é condição e garantia da unidade política.[415]

Essa "unidade espiritual" — que Mortati distingue da mera "unidade formal" própria do regime constitucional liberal — constitui a base simbólica e integradora da constituição material. Ainda que inserida no contexto do Estado fascista, a formulação revela um traço persistente do pensamento mortatiano: a recusa da separação rígida entre sociedade e Estado, e a centralidade de instituições concretas que produzam, por meio da mediação dos interesses, uma consciência política coletiva compatível com a unidade constitucional. Mesmo na fase inicial de sua obra, em 1931, ao teorizar sobre a estrutura do regime fascista, Mortati busca propor uma espécie de participação da sociedade em seu esquema estrutural do regime. Embora, claramente, não haja nenhuma possibilidade fática de conciliação entre qualquer modalidade de pluralismo e a estrutura do regime fascista de fato, é de notável interesse que o jurista busca, ainda naquele momento, explicitar que considera a

---

[415] Do original: "Dal particolare punto i vista ora considerato, e che, direttamente, attiene al rapporto fra governanti e governati, si giustifica la rilevanza costituzionale (tale da importare un'ulteriore differenziazione dal tipo storico di monarchia costituzionale) di quelle istituzioni rappresentative, come il Partito fascista e gli organi sindacali e corporativi, le quali, mentre offrono all'attività di governo il modo di operare sulla base concreta degli effettivi interessi collettivi, tendono a suscitare in ogni citadino, com la consapevolezza dei fini generali dello Stato, un atteggiamento i intima adesione e di costante subordinazione ad essi, a costituire insomma quell'unità spirituale, che è condizione e garanzia dell'unità politica. Onde l'importanza che assume nel regime fascista la considerazione orgânica del popolo, che invece non à essenziale al regime puramente costituzionale." MORTATI, 1931, op.cit. p. 223.

participação dos grupos sociais como um elemento integrante do regime. Nesta conjuntura, a coloca como elemento de descontinuidade em relação ao regime monárquico.

> Se, portanto, a nossa ordem jurídica adota da monárquica o princípio hierárquico, autoritário, transcendente e, como ela, imprime a direção do Estado de cima (o que impede que se possa incluí-la entre as democracias), realiza, todavia, um elemento que se poderia chamar de imanência, e isso através da participação, cada vez mais íntima e consciente, dos grupos sociais na vida do Estado.[416]

Se tal afirmação parece portar contradições, é preciso esmiuçar o que era e qual o alcance da "participação social" nesse momento da obra da Mortati. Ocorre que, desde o primeiro momento, Mortati defende uma modalidade "qualificada" e mediada de participação do sujeito social na composição da vontade política e, consequentemente, da constituição em sentido material. Para tanto, cria a categoria "pessoa", que seria o sujeito qualificado e consciente, capaz de integrar este processo, através de sua inserção nas "comunidades intermediárias", segunda categoria a ser explanada no presente tópico.

### *3.3.2. Participação social qualificada e a noção mortatiana de "pessoa"*

Pessoa, em Mortati, é qualificação do sujeito concreto, histórica e socialmente situado. Segundo o jurista italiano, "a pessoa não é concebida como uma entidade abstrata e isolada, mas sim como um sujeito que se realiza nas múltiplas formas associativas que medeiam sua relação com o Estado."[417]. Para Mortati, portanto, a noção de "pessoa" não é compreendida sob uma perspectiva individualista e abstrata, mas sempre situada dentro das múltiplas relações sociais e jurídicas que conferem sentido e materialidade à sua atuação política. O sujeito mortatiano é profundamente enraizado em suas comunidades intermediárias, cuja existência e organização precedem e condicionam a capacidade individual de agir e influenciar a vida estatal. A pessoa, nesse sentido, encontra-se imersa em associações específicas que

---

[416] Do original: "Se quindi il nostro ordinamento assume da quello monarchico il principio gerachico, autoritário, transcendente e, come quello postula, imprime la direzione allo Stato dall'lto (ciè che toglie di poterlo includere fra le democrazie), realizza tuttavia un elemento, che potrebbe dirsi di immanenza, e ciò attraverso la partecipazione, sempre più intima e consapevole, dei gruppi sociali alla vita dello Stato". MORTATI, 1931, op.cit. pp. 223-224.

[417] Do original: "La persona non è concepita come entità astratta e isolata, bensì come soggetto che si realizza nelle molteplici forme associative che mediano il suo rapporto con lo Stato." MORTATI, 1940, op.cit. p. 75.

medeiam a relação entre indivíduo e Estado, conferindo ao sujeito político uma dimensão concreta e situada.

Essa concepção de Mortati deriva de sua crença de que o ser humano possui aptidão natural para a sociabilidade[418], sendo, inclusive, capaz de "ultrapassar a própria caducidade corpórea e comunicar-se com os demais", adquirindo plena consciência de seu ser *pessoa.* A categoria "pessoa", que é um "grau de qualidade"[419] inerente ao homem, é "por sua natureza ordenada à sociedade"[420], motivo pelo qual a "salvação individual é atingida somente na solidariedade, isto é, com a cooperação em benefício comum"[421]. Esses termos refletem que a doutrina de Mortati possui influência de sua matriz religiosa católica, que se conecta diretamente com sua aversão ao liberalismo. Nesse sentido, Giovanni Bognetti:

> Percebe-se nos escritos de Mortati uma aversão latente, enraizada e quase instintiva em relação à constituição econômica do Estado liberal. É visível aqui a influência sobre ele de certas correntes do pensamento católico, tanto tradicionalmente 'reacionárias' quanto progressistas."[422]

Essa matriz cristã[423] será fundamental nas escolhas teóricas de sua obra, sobretudo a respeito da categoria de "pessoa", que contém um elemento quase

---

[418] Segundo Spartaco Puppo: "Um dos princípios fundamentais do pensamento de Constantino Mortati é a concepção do homem como um ser que vive em "comunhão" com seus companheiros, instado como é pela natureza das suas necessidades e por sua "essência espiritual", que o torna capaz de ultrapassar a própria caducidade corpórea e comunicar-se com os outros. O homem necessita da comunidade para adquirir plena consciência de seu ser "pessoa" livre e responsável por suas ações e que amplie a esfera de seus interesses e possibilidades". Tradução nossa para: "Uno dei principi cardine del pensiero di Costantino Mortati è la concezione dell'uomo come essere che vive in "comunione" con i suoi simili, sollecitato com'è dalla natura dei suoi bisogni e dalla sua "essenza spirituale", che lo rende capace di oltrepassare la propria caducità corporea e di comunicare con gli altri. L'uomo ha bisogno della comunità per acquisire piena consapevolezza del suo essere "persona" libera e responsabile delle proprie azioni e ampliare la sfera dei suoi interessi e delle sue possibilità.". PUPO, Spartaco. Partiti come comunità intermedie e stato moderno in Costantino Mortati. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto". Vol 2. 2015.

[419] MORTATI, C. La persona..op.cit.

[420]MORTATI, Costantino. La comunità statale (1957), in Id., Problemi di politica costituzionale, Milano, Giuffrè, 1972, p. 99.

[421] Ibidem.

[422] "Si avverte negli scritti di Mortati una avversione serpeggiante, radicata e quasi istintuale, nei confronti della costituzione economica della forma di stato liberale. Visibile è qui la influenza su di lui di certe correnti del pensiero cattolico, sia tradizionalmente "reazionario", sia progressista" BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. Quaderni Costituzionali, [s.l.], n. 4, p. 803-894, 2011. Società Editrice Il Mulino. http://dx.doi.org/10.1439/36122).

[423] Segundo Moreira Gouveia (2021): "Trata-se aqui da ética em sua dimensão pública, uma ética que sacrifica os valores egoisticamente individualistas, remetendo aos princípios que embasam sua formação cristã. Essa noção ética é ainda um nó importante de sua concepção antiformalista, pois legitima as associações formadas pelos cidadãos não devido a um comando estatal verticalizado que as autorize, e sim a partir de um elemento intrínseco, que é a aptidão advinda da condição de pessoa. Essa abordagem, embora fundada na ética cristã, ultrapassa em aplicação os sujeitos dessa religião,

espiritual, como também na sua adesão ao corporativismo, extremamente relevante em ambos os momentos de sua obra e intrinsecamente conectado com o corporativismo católico. Além de atribuir um sentido moral à "pessoa" como sujeito apto a participar do processo de constituição da vontade política, Mortati confere, ainda, a este papel a responsabilidade no progresso da sociedade como um todo. É o que explana em seu ensaio *"La persona, Lo stato e le comunità intermedie"*, onde elabora de maneira prolífica em 1959 estes conceitos, embora já tivesse os anunciado desde o início de sua obra. Segundo o autor:

> A experiência humana se desenvolve, assim, segundo um ritmo de ascensões e quedas, por meio do qual amadurece o senso de responsabilidade, alimentado pela progressiva revelação da consciência moral (que suscita o remorso pela violação da lei que ela própria dita) e também pela experiência do não alcance dos fins correspondentes às necessidades percebidas de desenvolvimento da personalidade de cada um. Essa dialética, que atua no interior do homem isolado, se reproduz depois, exteriorizando-se, nas relações que necessariamente se estabelecem com os outros homens, na sociedade em que ele está inserido e que constitui seu ambiente natural, a própria condição de seu ser plenamente humano."[424]

Nesse ensaio, Mortati definiu "pessoa" como "categoria histórico-jurídica, que assume dimensões e conteúdos diversos, de acordo com os vários ordenamentos positivos"[425], identificando o homem de acordo com sua "essência racional e sua descendência de Deus"[426] A maneira de atingir este grau de qualidade denominado como *pessoa* é através das *comunidades intermediárias.*

---

sendo aplicada a todo e qualquer homem, enquanto indivíduo dotado das mesmas possibilidades de praticar o bem ou o mal. Integra, portanto, o refuto ao fundamento constitucional liberal."

[424] "La vicenda umana si svolge così secondo un ritmo di ascensioni e di cadute, attraverso cui si matura il senso della responsabilità alimentato dal progressivo rivelarsi della conscienza morale (che suscita il rimorso per la violazione della legge ch'essa detta) ed altresì dall'esperienza del mancato conseguimento dei fini corrispondenti alle avvertite esigenze di sviluppo della personalità di ciascuno. Questa dialettica, che opera all'interno dell'uomo isolato, si riproduce poi, esteriorizzandosi, nei rapporti che necessariamente si istituiscono con gli altri uomini, nella società in cui è inserito e che constituisce il suo ambiente naturale, la condizione stessa del suo essere pienamente uomo..." MORTATI, Costantino. La persona, lo Stato e le comunità intermedie, Torino, ERI, 1959.

[425] Tradução nossa para: "(...)categoria storico-giuridica, che assume dimensioni e conetuto diversi, secondo i vari ordinamenti positivi." MORTATI, C. La comunità statale (1957), in Id., Problemi di politica costituzionale, Milano, Giuffrè, 1972, p. 88

[426] Escrita em um contexto democrático pautado na pluralidade, Mortati posiciona-se de forma diversa sobre variabalidade de conteúdos que preenche o conceito de pessoa ao longo do tempo. Assim, embora o utilize como base de qualificação do homem enquanto ser social e comunitário, expõe também que esse conteúdo variável é preenchido de diferentes limitações de acordo com os vários tempos e ordenamentos positivos, "che sono portati ad escludere o addirittura la stessa qualità di persona, o alcuni dei suoi attributi essenziali, di volta in volta, o ai nemici vinti, o agli appartenenti ad uma data razza, o agli uomini di um crto colore, o agli impossidenti, o inversamente ai possidente, o agli eretici, o alle donne e cosí via." (MORTATI, La comunità...p.88.)

Uma vez inserido nas comunidades intermediárias, que são “o meio indispensável seja para a assunção de uma consciência política nos cidadãos, seja para a ordenada expressão desta e seja para consentir o influxo constante e consciente da opinião pública na direção política do Estado”[427], o sujeito passa de um átomo isolado para uma célula viva do tecido institucional, cuja função é permitir que a vontade coletiva se estruture, ganhe forma e se transforme em orientação política.

Um pressuposto essencial para a efetivação democrática era a transferência da responsabilidade ao próprio indivíduo pela conquista do seu "progresso". O processo constituinte, portanto, não decorre de uma imposição estatal nem da manifestação hierárquica de um poder soberano autoproclamado. Pelo contrário, ele emerge de um senso de responsabilidade moral intrínseco à condição humana, devendo ser desenvolvido por meio da integração do indivíduo no contexto dos corpos intermediários. Para Mortati, é exatamente esse sentimento de autorresponsabilidade, amplamente compartilhado, que move o progresso.

Tal dimensão não serve primariamente para legitimar dogmas religiosos específicos; destina-se, sobretudo, a reconhecer um componente espiritual que reflete diretamente a visão antiformalista do Estado. Nessa perspectiva, a sociabilidade não é assegurada por meio da imposição legal externa, mas desloca-se para uma consciência moral interiorizada, revelada por ideias como "remorso", "consciência" e pela recusa ao "egoísmo". A inserção na comunidade garante a “subordinação a uma disciplina destinada a atingir os objetivos que correspondem a própria natureza espiritual: isto é, liberdade da tirania dos instintos”.[428] É através das comunidades intermediárias que o sujeito ganha a consciência plena de sua dimensão de "pessoa" e a “autonomia de consciência de cada homem”. Esta concepção é ainda explicitada no supracitado volume *"La persona, lo Stato e le comunità intermedie (1959)".* Nesse sentido, explica Spartaco Pupo:

> O desenvolvimento da pessoa não tem como não depender da sua participação nas comunidades intermediárias que, no caso dos partidos, são

[427] Tradução nossa para: “mezzo indispensabile sia per l’assunzione di una coscienza politica nei cittadini, sia per l’ordinata espressione di questa e sia infine per consentire l’influsso costante e consapevole della pubblica opinione nella direzione politica dello Stato”. ” (La persona, lo Stato e le comunità intermedie, 1959).

[428] Tradução nossa para: “subordinazione a una disciplina rivolta al conseguimento degli scopi che corrispondono alla propria natura spirituale: è cioè libertà dalla tirannia degli istinti La persona lo stato”. PUPO, Spartaco. Partiti come comunità intermedie e stato moderno in Costantino Mortati. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”. Vol 2. 2015. P.73.

> importantes porque adicionam a “liberdade de ação” individual, consentindo à própria pessoa participar “mais conscientemente” na vida pública e facilitando a comunicação com a qual se “ascende” ao Estado. [429].

Há, porém, diferentes alcances atribuídos a essa integração entre sujeito e comunidades intermediárias na obra de Mortati. Em uma primeira fase de seu pensamento, as comunidades intermediárias possuem estreita ligação com a influência corporativista do pensamento do autor. Durante este período, o corporativismo oferece a solução discursiva no tocante à mediação da vontade social, a ser transformada em orientação política a partir do monopólio estatal. A visão de Mortati, neste período, alinhada com os interesses políticos do fascismo italiano, afirma as corporações como o meio legítimo de garantir a unidade política através da estruturação dos interesses sociais a partir da institucionalização. A corporação aparece, portanto, como comunidade intermediária, realizando o cômpito por Mortati atribuído de tornar legítima, unificada e organizada, a vontade, até então, caótica e desconexa do corpo social amorfo e desorganizado. Essa proposta será abordada com maiores detalhes no subtópico a seguir, em que veremos as consequências da influência corporativista na primeira fase do pensamento de Costantino Mortati e em sua proposta original de constituição em sentido material.

### *3.3.3. Corporativismo como mediação discursiva e unidade autoritária*

Em sua obra de 1931, Mortati fundamenta através do corporativismo a participação do sujeito social na vida política do Estado. Consequentemente, é através dessa dinâmica, que o sujeito contribui na formação do direcionamento político constitutivo da constituição em sentido material. Segundo Mortati:

> O fascismo não pretendeu estabelecer uma oposição entre Estado e cidadãos, nem considerou possível realizar a unidade da vida social a partir de fora, agindo sobre os cidadãos como um poder heterônomo e separado. Ao contrário, entendeu que essa unidade não poderia ser verdadeiramente viva e fecunda sem a participação ativa e a adesão voluntária dos indivíduos. A essa exigência corresponde o conceito de *corporativismo*: termo com o qual

[429] Do original: “Lo sviluppo della persona non può che dipendere dalla sua partecipazione alle comunità intermedie che, nel caso dei partiti, sono importanti perché accrescono la “libertà di azione” individuale, consentendo alla persona stessa di partecipare “più consapevolmente” alla vita pubblica e agevolandone la comunione con cui si “ascende” allo Stato”. PUPO, Spartaco. Partiti come comunità intermedie e stato moderno in Costantino Mortati. Op.cit. p.77.

> se costumam designar momentos de atividade distintos, ainda que reunidos por um caráter comum[430].

A "solução", naturalmente, constitui na absorção pelo Estado das manifestações sociais de classe, de modo que a categoria "comunidade intermediária" nesse momento de sua obra assume função meramente retórica, não apresentando mecanismos autônomos de representação de seus interesses. Ao contrário, seus interesses comporão o aparato estatal, com o fundamento da identidade, eliminando o dissenso e a resistência. Nesse sentido, não há o que falar em representação efetiva, e sim, na mobilização discursiva da categoria "comunidades intermediárias" como meio argumentativo de validação do aparato estatal, fundado em uma suposta relação de representação, faticamente inexistente. Sobre o tema, Gueli:

> Como é óbvio, de fato, uma relação representativa, para surgir, necessita necessariamente de dois sujeitos: um representante e um representado. E isso eliminava desde o início o fundamento lógico da reconstrução corporativa e, diga-se de passagem, também do projeto totalitário: ou seja, a ideia de que Estado e povo fossem "uma identidade perfeita, uma realidade única e indissolúvel"[431].

O pressuposto corporativo, portanto, apresenta-se como um elemento estruturante da proposta fascista. Este elemento articula o Estado e a sociedade em um regime de verdade de "identidade", encontrando uma solução discursiva para o problema da representação. Nesse regime, a representação deixa de ser mediada por sujeitos plurais em tensão, e passa a operar sob a lógica de um discurso de totalidade, no qual o Estado não representa o povo, mas se apresenta como o próprio povo realizado. Conforme Mortati, assim se delineia a relação a partir do pressuposto corporativista:

> Essa concepção, embora considere a partir de uma perspectiva diferente o princípio da identidade entre sociedade e Estado, que está na base das teorias democráticas, não o nega, mas, ao contrário, tende a realizá-lo cada

---

[430] Do original: "il fascismo non ha voluto porre un'antitesi fra Stato e cittadini, né ha ritenuto possibile realizzare l'unità della vita sociale dal di fuori, agendo sui cittadini stessi come potere eteronomo e staccato. Al contrario, ha inteso che l'unità non avrebbe potuto riuscire veramente viva e feconda senza il concorso attivo e la volontaria adesione dei singoli. Si riferisce a questa esigenza il concetto di corporatività: termine questo con il quale si sogliono designare momenti di attività distinti, se pure riuniti da un carattere comune." MORTATI, 1931, op.cit. p.97.

[431] Do original: "Come è ovvio, infatti, un rapporto rappresentativo per sorgere abbisogna necessariamente di due soggetti: di un rappresentante e di un rappresentato. E ciò eliminava in partenza il fondamento logico della ricostruzione corporativa e, sia detto per inciso, anche del progetto totalitario: l'idea cioè che Stato e popolo fossero "una perfetta identità, una realtà unica e indissolubile". (GUELI, Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la "rappresentatività" degli organi di governo, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", XVII, 1942).

> vez mais na organização do Estado: como se viu, esse é o sentido profundo do corporativismo.[432]

No plano estrutural, porém, o que ocorre é a incorporação da sociedade pelo Estado, elidindo-se meios reais de representação dos interesses, através do não reconhecimento de duas entidades diferentes. Não se reconhece, na lógica corporativista, uma relação representante/representado e sim a absorção da manifestação das classes pelo aparato estatal. Tal absorção, porém, é textualmente negada por Mortati, a quem parte de um pressuposto ético para justificar a relação de identidade. Segundo o autor:

> (...)o princípio corporativo expressa uma exigência predominantemente ética: a da conexão entre a ação dos cidadãos e os fins do Estado, não apenas no campo das relações externas, mas no íntimo da consciência de cada um. A formação dessa adesão íntima dos cidadãos às necessidades do Estado — que é condição e garantia da unidade política — constitui o objetivo final desse processo.

A exigência de que o agir do cidadão se vincule aos fins do Estado não apenas em sua dimensão externa, mas como adesão interna e voluntária, evoca o que Foucault descreveria como forma de governo das almas — um poder que opera por dentro, transformando a consciência em território de controle. O princípio corporativo, nesse ponto, deixa de ser apenas uma técnica de organização social e revela sua face normativa: a de constituir sujeitos moldados à racionalidade política do Estado. A unificação dos sujeitos através do princípio corporativismo como forma de legitimação da relação representativa com o Estado está no cerne na constituição em sentido material, sendo as comunidades intermediárias, nesse momento, representadas principalmente pelas corporações sindicais completamente controladas pelo Estado, muito embora seu conceito permita alargamento, como veremos a seguir. Apesar dessa estrutura, discursivamente, Mortati busca afastar-se de uma dinâmica coercitiva e autoritária, conforme afirma:

> A exigência própria do Fascismo, isto é, que cada parte da ação social concorra de forma harmônica para os fins estatais, não é realizada através de um procedimento de absorção estatal autoritária e uma regulamentação inteiramente coercitiva que suprima toda iniciativa ou espontaneidade dos indivíduos ou grupos, mas, pelo contrário, através do fortalecimento da

[432] Do original, “Una tale concezione, pur considerando da una diversa visuale il principio dell’identità tra società e Stato, che è alla base delle teorie democratiche, non lo rinnega, ma anzi tende ad attuarlo sempre più nell’organizzazione dello Stato: come si è visto, è questo il senso profondo del corporativismo.” MORTATI, 1931, op.cit. p. 156.

> autonomia dos indivíduos, tornando-os ativos em todas as suas manifestações também no interesse do Estado[433].

A concepção corporativista é um elemento central e persistente no pensamento de Mortati, acompanhando-o inclusive nos momentos em que ele realiza rupturas significativas em sua trajetória intelectual. Se, por um lado, durante o período fascista, o corporativismo assume uma feição centralizadora, estruturado em torno de uma organização única, por outro, com o advento do contexto democrático, essa mesma perspectiva se descentraliza, reconhecendo a pluralidade das sociedades organizadas sob moldes corporativistas. Esse processo culmina em uma síntese entre o corporativismo mortatiano e o solidarismo católico, corrente à qual Mortati passa a se vincular após o fim do regime[434].

A exigência de adesão ética aos fins do Estado, tal como formulada por Mortati no contexto do princípio corporativo, aponta para uma concepção de unidade política que ultrapassa a mera obediência formal às normas estatais. Trata-se de uma unidade construída não apenas pela ordem institucional, mas pela incorporação interiorizada da missão estatal no foro da consciência individual. Essa ideia ressoa, em certa medida, com a concepção de Hermann Heller, para quem o Estado não pode ser reduzido a um agregado mecânico de vontades individuais, como pressupõe o modelo liberal-individualista. Em sua teoria, a unidade do Estado exige um processo contínuo de integração consciente dos cidadãos, por meio da cultura, da educação e da experiência comum, em uma totalidade política dotada de sentido histórico e ético. A unidade, portanto, não é dada, mas construída socialmente, num movimento dialético entre pluralidade e coesão.

---

[433] Do original: "l'esigenza propria del Fascismo, che cioè ogni parte dell'azione sociale [...] concorra in modo armonico ai fini statali, non viene attuata attraverso un procedimento di assorbimento statolatrico e mediante una regolamentazione tutta coattiva, che sopprima ogni iniziativa o spontaneità degli individui o dei gruppi, ma invece col potenziamento dell'autonomia dei singoli, col rendere questi in ogni loro manifestazione attivi anche nell'interesse dello Stato". MORTATI, 1931, op.cit. p. 188.

[434] Sobre o tema, Lanchester: “La riflessione di Mortati (...) era stata stimolata in origine dalla posizione di Panunzio sulla funzione di indirizzo corporativo; essa appare importante per gli effetti che nel secondo dopoguerra avrebbe avuto sul dibattito costituente e sullo stesso sviluppo della dottrina italiana. Infatti, tutta la discussione contemporanea sui principi fondamentali della nostra Costituzione può essere - anche se in senso lato - fatta derivare dal dibattito metodologico e politico che tra la fine degli anni Trenta e i primi anni Quaranta coinvolse la parte più brillante e impegnata della scienza giuridica italiana. LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino - Dizionario Biografico degli Italiani - Vol. 77 (2012): LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto (2012).

No entanto, apesar dessa aproximação conceitual quanto à dimensão interna da unidade, as perspectivas de Heller e Mortati diferem substancialmente quanto à natureza do processo integrador. Enquanto Heller propõe um modelo democrático e pluralista, em que a unidade política resulta da articulação dinâmica entre forças sociais em conflito e da formação de uma vontade comum genuinamente compartilhada, Mortati, nesse período, ancora sua concepção na lógica autoritária e funcional do Estado fascista.

A adesão dos cidadãos aos fins do Estado, embora apresentada como voluntária e ética, inscreve-se em uma estrutura que reduz a mediação política ao papel das corporações e associações funcionalizadas, suprimindo a deliberação democrática. Assim, a "unidade" perseguida por Mortati nesse momento não é síntese dialética da diferença, mas moldagem de consciências segundo uma finalidade estatal pré-definida, o que permite, à luz de Foucault, interpretá-la como uma forma de subjetivação normativa e disciplinar.

### *3.3.4. Transição democrática e pluralista das comunidades intermediárias*

Com a transição para a democracia pós-autoritária, ocasião em que Mortati ressignificou-se teoricamente, fazendo parte dos trabalhos constituintes e filiando-se ao solidarismo católico, sua proposta se reformula, embora mantendo a mesma estrutura conceitual. Massimiliano Gregorio, ao abordar esse contexto de transição, indica três descontinuidades estruturais entre o regime fascista e o emergente regime democrático republicado. Dentre estas três, está o abandono do pressuposto radical corporativo como elemento essencial de composição estatal. Diante desse cenário emerge novamente a questão sobre o sujeito intermediário a realizar a síntese da vontade social e sua transformação em orientação política - desta feita sobre bases pluralistas e não centralizadoras. Assim se reconfigura a questão do *indirizzo politico* diante do novo esquema representativo:

> Mas como podemos transformar a pluralidade caótica e indistinta de vontade política que abrigava o social na direção política do Estado? Havia necessidade de um sujeito intermediário, que atuaria como filtro e volante; isto é, que se ocupasse de uma tarefa onerosa e inevitável: a de sintetizar a pluralidade decomposta de interesses particulares em uma proposta política orgânica. E esse sujeito só poderia ser o partido político: não mais um instrumento passivo e heterodirecionado pelo Estado, mas um órgão proativo,

> uma expressão da politicidade social original e o primeiro construtor da constituição material do Estado[435].

Participando ativamente da proposta a esta questão está a teoria da constituição material de Costantino Mortati, desta feita readaptando as nuances do processo de diferenciação para admitir o alargamento das forças tensionadas em formação dialética de um posicionamento político. Costantino Mortati participou dos atos preparatórios da Constituinte, participando da Comissão Central Democrática-cristã para o estudo dos problemas constitucionais, da comissão pela elaboração do projeto de lei eleitoral política para a Constituinte e da Comissão de Estudo pela reorganização do Estado (Comissão *Forti*), em sede da qual publicou um importante relatório sobre direitos públicos subjetivos. Nesse período tratou ativamente do tema da representação política e formação do fim político, sendo o período em que publicou duas importantes obras que concatenavam muito de seus pensamentos na fase constituinte, sendo *"La costituente, 1945",* já previamente mencionada, e o ensaio introdutório à tradução da Constituição de Weimar (1946), além de vários artigos publicados na revista *"Politica d'oggi"* em 1945.

É inserido neste cenário, que Mortati identifica o problema da refundação estatal a partir da necessidade de síntese das vontades plurais em estruturas capazes de garantir a unidade de atuação, fim político em comum e - agora - a representação adequada aos grupos heterogêneos, resguardando-se o princípio democrático. É o dilema da democracia de massas e propõe a Mortati adaptar a teoria da constituição material, identificando maior preponderância das comunidades intermediárias, agora não identificadas com o princípio corporativista e sim com os partidos políticos. Segundo o jurista italiano, o objetivo deve ser "dar às estruturas organizativas do Estado uma forma coerente à grande transformação política representada pela imissão na vida do Estado de massas, isto é, larguíssimos estratos da sociedade não atribuídos de especial qualificação"[436]. Nesse cenário, a constituição em sentido

---

[435] Tradução nossa para: "Ma come trasformare la pluralità caotica e indistinta di volontà politiche che albergavano nel sociale in indirizzo politico dello Stato? C'era bisogno di un soggetto intermedio, che fungesse da filtro e da volano; che si occupasse cioè di un compito gravoso quanto ineliminabile: quello di sintetizzare la scomposta pluralità di interessi particolari in una organica proposta politica. E quel soggetto non poteva essere che il partito politico: non più strumento passivo ed eterodiretto dallo Stato, ma organo proattivo, espressione della originaria politicità del sociale e primo costruttore della costituzionale materiale dello Stato." (GREGORIO, parte totale, op.cit.p.113).

[436] Nossa tradução para: "dare alle strutture organizzative dello Stato una forma coerente alla grande trasformazione politica rappresentata dalla immissione nella vita dello Stato delle masse, cioè di larghissimi strati di popolazione non fornita di speciali qualificazioni" (MORTATI, La costituente, 1945, Raccolta di Scritti, I, p.323)

material assume papel ainda mais central na estabilização do Estado. Tenha-se em mente que a teoria de Mortati refere-se ao momento constitutivo de uma ordem jurídica, a partir da síntese de forças que devem formar a orientação política e guiar a estrutura estatal, a estabilizando, equilibrando e garantindo sua atuação. Nesse sentido, as massas a serem incluídas nesse processo devem ser qualificadas (*pessoa)* e estarem aptas a participar de forma consciente. Como Mortati entendia que a massa orgânica e indiferenciada não tinha, por natureza, esse atributo, seria papel do Estado criar o aparato de formação e conscientização para a vida política, tornando os sujeitos pessoa e qualificando sua participação. Nesse sentido, Giuliano Amato:

> Segundo Mortati, a constituição deveria construir, com seus princípios e suas estruturas organizacionais, um Estado capaz de enfrentar o problema crucial do nosso tempo: a entrada na vida política de dezenas de milhões de cidadãos que portam nessa instância, e pressões a serem satisfeitas às quais cabe às instituições que sejam receptivas ao que é necessário para ser compartilhado, autorizado e estável o suficiente (...) É o problema que, em 1946, a Europa continental ainda não conseguiu resolver e que gerou fascismo depois de fantasiar as instituições liberais[437].

A necessidade de reconstruir o Estado sobre bases pluralistas exige, para Mortati, o fortalecimento dos mecanismos de preparação intelectual e cidadã do povo, para que estejam aptos a uma intervenção qualificada e o pluralismo, assim, não gere fragmentação e caos[438], sendo necessário que a massa social fosse educada para a participação social através do despertar de uma consciência política a ser expressada e transmitida por meios idôneos, livres do controle estatal sob risco de repetir erros anteriores. Essa conclusão de Mortati gera algumas consequências: Primeiramente, percebe-se claramente que nem a formação da constituição material, nem o processo de representação política e muito menos a criação do jurídico são fenômenos naturais ou orgânicos para o autor. Ao contrário, devem ser planejados, preparados, formados

---

[437] Tradução nossa para: "La costituzione, secondo Mortati, doveva costruire, con i suoi principo e con i suoi assetti organizzativi, uno Stato capace di affrontare il problema cruciale del nostro tempo: l'ingresso nella vita politica di decine di millioni di cittadini, che portano in essa istanze e pressioni a cui occorre rispondere con istituzioni che siano ricettive quanto serve per essere condivise e autorevoli e stabili quanto basta a non essere travolte. È il problema che, nel 1946, L'Europa continentale non ha ancora saputo risovlere e che ha generato il fascismo dopo aver fantumato le istituzioni liberali". In: AMATO, Giuliano. COSTANTINO MORTATI E LA COSTITUZIONE ITALIANA. DALLA COSTITUENTE ALL'ASPETTATIVA MAI APPAGATA DELL'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. P.232.

[438] Remetemos a: "RIDOLA, P. Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati. In: In: Il pensiero giuridico di Costantino Mortati / a cura di M. Galizia e P. Grossi. . - Milano : Giuffrè, 1990. pag.295: "Mortati avrebbe compiuto pertanto una sorte di traslazione del concetto di forza politica dominante dal nesso col partito unico al sistema pluralistico."

e implementados. Nesse sentido, Mortati afasta-se de Santi Romano e Léon Duguit, autores que, cada um a seu modo, defendiam a juridicididade inata das formações sociais, fosse através de uma instituição ou através da solidariedade. Repare-se, porém, que, embora inorgânicos, esses fenômenos deveriam ser orientados pelo Estado *com base na realidade.* A organização social deve promover a continuidade das forças que se estabilizaram politicamente na sociedade, sob risco de gerar uma orientação política artificial e instável. Encontra-se na proposta de Mortati o ponto de encontro entre político e jurídico, com o reconhecimento da realidade política através de sua juridicização.

Outro ponto de enfoque é que as comunidades intermediárias são mediadoras necessárias para a participação popular. Essa visão, que pode levar a consequências de limitação da participação do povo, tem, na verdade, um viés de antítese ao liberal positivismo jurídico. Tenha-se em vista que o fundamento da defesa da necessidade das comunidades intermediárias em Mortati está menos ligada à tentativa de limitação da participação popular do que à crítica do sujeito jurídico na visão do formalismo. Aquele sujeito uniforme, idêntico, desconsiderado de seu contexto, grupos sociais e interesses, próprio da Revolução Francesa e sua igualdade formal, é o que Mortati busca negar.

Nesse ponto, há uma aproximação das teorias de Hermann Heller e Rudolf Smend. Com o primeiro, Mortati reconhece a importação da organização social na estruturação do fim político, sob uma perspectiva de homogeneização enquanto ação. Com o segundo, a perspectiva da integração sob um prisma quase “espiritual”, que diz sobre os requisitos de adesão simbólica e identitária entre os membros da sociedade. Não para formar uma vontade única, mas para chegar a uma vontade em comum. Partindo dessa integração, e a colocando em ação - através da estrutura estatal - a constituição material seria realizada. Mortati une então pressupostos de ambos os autores, para fundamentar do ponto de vista simbólico e subjetivo, como Smend, mas sem renunciar ao método de ação e efetivação de sua proposta, como Heller.

As comunidades intermediárias possuem, portanto, um papel de situar histórica e socialmente o sujeito, estando relacionadas ao realismo próprio de sua proposta. Assim concluímos que as categorias “pessoa” e “comunidades intermediárias” não são só recursos na teoria da constituição material e sim pressupostos essenciais para o processo de diferenciação, uma vez que é através do

enquadramento nessas noções que o sujeito real participará do momento essencial de definição do fim político do Estado, isto é, a constituição em sentido material - seja em uma dinâmica centralizadora, ou, como depois, dialética.

## 3.4. MATÉRIA E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.

A noção de constituição em sentido material de Costantino Mortati articula como elementos essenciais a "matéria" e a "função". Embora em vários momentos da obra sejam tratados em planos distintos, ambos os aspectos são indissociáveis, pois dizem respeito, respectivamente, ao conteúdo político-normativo que constitui a estrutura do ordenamento e ao papel organizador, estabilizador e diretivo que a constituição exerce no interior do Estado. A empreitada teórica de Mortati, ao menos na primeira fase de seu pensamento, com a obra *La Costituzione in senso materiale*, se traduz precisamente em uma tentativa de identificar um conteúdo absoluto da Constituição, presente em quaisquer que sejam e que a definem. Nesse sentido, defende que é possível individualizar "um conteúdo (da constituição) absoluto, típico, determinável por dedução lógica por meio da investigação da função que ela desempenha em cada tipo de Estado*".*[439]

De tal forma, percebemos que logo nas definições preliminares do tema, Mortati relaciona matéria e função de modo indissociáveis. Nesse sentido Aldo Corasaniti afirma e *"O verdadeiro conteúdo típico acaba por ser aquele que possibilita à constituição o desenvolvimento do papel próprio de toda constituição: mas isso pressupõe que o papel esteja condicionado por um conteúdo típico."*[440]

Enquanto a "matéria" da constituição diz respeito, de forma complessiva, ao conjunto de normas, princípios e orientações fundamentais que expressam o fim político unitário do Estado, tendo em vista sua indissociabilidade com a configuração das forças sociais dominantes; a "função", de maneira complementar, corresponde à sua capacidade de organizar o poder, orientar a ação estatal e estabilizar a ordem

---

[439] Do original: "un contenuto (della costituzione) assoluto, típico, determinabile in via di deduzione logica attraverso la ricerca della funzione che esso dempie in ogni tipo di Stato." (MORTATI, 1940, op.cit. p. 16).

[440] il vero contenuto típico llora viene d esser quello che renda possible alla costituzione lo svolgimento del ruolo próprio di ogni costituzione: ma ciò presuppone che il ruolo sia condizionato da un contenuto típico. Aldo Corasaniti. "Il contributo di Costantino Mortati alla Scienza del Diritto costituzionale e alla costituzione. In: LANCHESTER, Fulco. (a cura di). Costantino Mortati: Costituzionalista Calabrese. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane. 1989. P. 39.

jurídica, articulando elementos dinâmicos (mudança social e histórica) com fatores de continuidade institucional.

### *3.4.1. A constituição como ordem concreta: matéria como expressão das forças sociais*

A seguir, adentraremos no coração da constituição em sentido material, mobilizando os pressupostos abordados nos subtópicos anteriores para analisar como Mortati concebe a constituição como um instrumento que produz a ordem jurídica a partir de um núcleo diretivo que reúne conteúdo e finalidade, matéria e função, e que se impõe como fundamento de validade da própria normatividade formal. Ao longo de sua obra "*La costituzione in senso materiale"*, percurso de Mortati passa pela refutação às tentativas de outros autores de fundamentar um conteúdo e/ou forma da constituição (Gierke[441], Duguit[442], Hauriou[443], Romano[444], Smend[445], Schmitt[446]), com o objetivo de delimitar os contornos desses dois elementos, que são, em grande parte,

[441] Sobre a oposição apresentada por Mortati aos autores mencionados, Aldo Corasaniti, sintetiza, em seu ensaio "Il contributo di Costantino Mortati alla Scienza del Diritto costituzionale e alla costituzione", os principais pontos de contraste em relação àqueles abordados neste trabalho, consistindo nas citações a serem abordadas nesta e nas notas de rodapé seguintes. Inicialmente, o autor afirma que Mortati "prende posizione contro l'organicismo tedesco (Gierke, Preuss, Gerber) che a base dell'ordinamento pone il popolo inteso come unità vivente, unificato da un spirito comune (...). (p. 38). Aldo Corasaniti. "Il contributo di Costantino Mortati alla Scienza del Diritto costituzionale e alla costituzione. In: LANCHESTER, Fulco. (a cura di). Costantino Mortati: Costituzionalista Calabrese. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane. 1989.

[442] Aldo Corasaniti continua, afirmando que Mortati não se associa "e non si associa, infinr, neppure alla teoria istituzionale come espressa dal Diguit (che, pur avendo ravvisato esttamente la struttura da porre a fondamento del potere statale nei rapporti di dominazione risultanti dai gruppi socialmente più forti che si impogono ad altri più deboli, le colloca tuttabia fuori del diritto)". (p. 37)

[443] Quanto a Hauriou, Corasaniti afirma que "né alla stessa teoria di Hauriou (che avrebbe il merito di intendere sia la società che lo Stato in termini di giuridicità, ma, nell'individuare gli svolgimenti di tali premesse, incorrebbe per un verso nel generico e per altro verso in una eccessiva determinatezza in quanto identifica la struttura base con quelle proprie dello stato di diritto, o rappresentativo)." (p. 38).

[444] Seguindo à síntese, o autor afirma: "Non condivide neppure la teoria istituzionistica del Romano (acnche essa accusta di non avere approfondito il rapporto fra istituzione e sistema normativo e di avere, alla fine, fatto consistere il momento formativo dello Stato nella autenticazione che di questo fa la costituzione formale, così sopravvalutando il fenomeno legale e svalutando, cioè privando di valore giuridico, quello istituzionale)." (p. 38).

[445] Continua ao expor os contrastes, afirmando que "Mortati, d'altra parte, esprime riserve per la teoria di Smend (che non abrebbe reso conto del modo operare del processo di integrazione e avrebbe omesso di sfruttare lo spunto, pur felice, dell'individuazione del rilievo dei supremi valori politici)" (p. 38).

[446] Por fim, aponta as diferenças com Schmitt, que, assim como aquelas em relação à Smend, por serem muitas e relevantes, serão tratadas em vários momentos desse capítulo. Segundo Aldo Corasaniti, "e per la teoria di Schmitt (che, pur avendo insistito sulla necessità di ricercare la base di un ente dpolitico, come lo Stato, in una decisione politica fondamentale, non abrebbe raggiunto una sufficiente determinatezza tanto del soggetto che deve considerarsene portatore, quanto del contenuto che essa deve assumere perché ne rimanga individuata. (pp.37-38)".

a essência de sua teoria. Quando chega ao capítulo 2 "*Il contenuto e la natura della costituzione materiale"* o autor passa a delinear diretamente sua proposta de conteúdo e função, sendo então o coração de sua obra e fonte primária para o presente tópico.

Primeiramente, cumpre salientar que em Mortati o conteúdo da Constituição não é um elemento abstrato, pressuposto ou lógico. Ao contrário, provém da realidade social como fruto das forças sociais que exercem hegemonia em um dado momento, pelo processo de diferenciação[447]. Já previamente mencionada neste trabalho, a diferenciação será a forma como se dá a estabilização das forças sociais. Segundo Zagrebelsky:

> A categoria da 'diferenciação' é central na concepção mortatiana de constituição, muito próxima da noção gramsciana de hegemonia. Quando tal diferenciação, construída tanto sobre a força material quanto sobre a força ideológica, se torna estável e vinculante — o que significa: quando, na grande disputa da política, manifesta-se um vencedor — então se determina uma ordem constitucional, à qual convém o nome de constituição em sentido material.[448]

O resultado desse processo é um conjunto de valores, orientações políticas e estruturas de poder efetivas que compõem verdadeiramente a matéria da Constituição, não só as normas escritas, mera expressão da constituição formal. Para Mortati, a constituição não é apenas um texto normativo, mas um ordenamento concreto que traduz a orientação política hegemônica em formas jurídicas operativas, capazes de estruturar o Estado e garantir sua continuidade. A matéria da constituição, nesse sentido, é composta pelos elementos sociais, ideológicos e institucionais que constituem o substrato real da vida política. Isso inclui tanto os valores resultantes do processo de diferenciação, mas também a estrutura composta de instituições e organização que compõe o próprio Estado. A estrutura é, portanto, também matéria, pois reflete as forças dominantes no momento constituinte e através dessa organização, informa o conteúdo da constituição material.

---

[447] Segundo Zagrebelsky: "Dal punto di vista teorico, il passaggio-chiave della visione costituzionale di Mortati è l'acquisizioiie dell'idea che, nella società politica, valgano rapporti di sovra- e sotto-ordinazione che si stabiliscono fattualmente e che le conferiscono già un ordine, basato sul dominio e orientato a certi fini politici. La società, dal punto di vista costituzioiiale iioii è un'unità organica o um tutto indifferenziato.È una realtà caratterizata a "specifizazioni" e strutturata sulla base dela differenziazione fondamentale tra dominante e dominati. )".

[448] Do original: "Quella dela "differenziazione" è una categoria centrale nella concezione mortatiana della costituzione, assai vicina ala nozione gramsciana di egenomia. Quando talle differenziazion, costruita tanto su forza materiale quanto su forza ideologia, si rende stabile e vincolante - il che significa: quando nella grande contesa della politica si manifesta um vincitre - allora si determina um ordine costituzionale, al quale si addice il nome di costituzione in senso materiale. ZAGREBELSKY, 1998, op.cit. p. XXIX.

Através dessa matéria, a Constituição funda e é fundada, de tal forma que seu conteúdo representa a situação fática/real da política, que se torna jurídica, atingindo assim a juridicização do político. Isso porque *"A constituição é, em suma, como já foi dito, não apenas uma norma sobre a produção, mas também uma norma de produção, e dela deriva diretamente uma vinculação não apenas para o órgão que a emite, mas também para os demais sujeitos"*[449]*.* Esse trecho é essencial para compreendermos as noções de matéria e função e sobre ele nos debruçaremos a seguir.

Ao afirmar que "*a constituição é, em suma, como já foi dito, não apenas uma norma sobre a produção",* Mortati está rompendo com a concepção formalista da constituição. Ele afirma que a constituição não se limita a regular a criação das normas (como um texto superior que impõe regras de competência), mas que ela *produz* diretamente a normatividade. Ou seja, ela é a fonte ativa da ordem jurídica, ligada diretamente à organização concreta do poder. Isso dá à constituição material um caráter fundante *e funcional*, anterior a qualquer positivação formal. Ela *constitui o próprio ato de constituir.*

### *3.4.2. Distinção fundamental entre "norma sulla produzione" e "norma di produzione"*

A distinção entre *"norma sulla produzione"* e *"norma di produzione",* nesse ponto, merece um aprofundamento maior. Ao distinguir a *norma sobre a produção* e a *norma de produção,* Mortati refere-se com a primeira, à concepção tradicional, presente no constitucionalismo liberal-normativista, segundo a qual a constituição se apresenta como um conjunto de regras formais destinadas a regular a produção das demais normas jurídicas, sobretudo por meio da distribuição de competências e da definição dos procedimentos legislativos. Trata aqui, portanto, do modelo que concebe a constituição como instrumento técnico de limitação do poder, cujas prescrições são válidas por sua forma e posição hierárquica no ordenamento. Para uma concepção formalista ou liberal - que ele critica - seria essa a função primordial da Constituição. Mortati não renuncia dela, mas a coloca como apenas *um* dos conteúdos normativos da Constituição. De acordo com a teoria da constituição em sentido material, a

[449] Do original: "la costituzione è insomma,come si è detto, non solo norma sulla produzione, ma altresì norma di produzione e da essa deriva diretamente un vincolo non solo per l'organo che l'emana, ma anche per gli altri soggetti." MORTATI, 1940, op.cit.

constituição também é "*norma di produzione"*, o que ocupa uma posição radicalmente distinta: ela não apenas regula o ordenamento, mas o produz enquanto tal, funcionando como o fundamento material e político da ordem jurídica. Essa distinção permite a Mortati sustentar que a constituição material é anterior e superior à positivação formal, uma vez que ela decorre do exercício concreto do poder constituinte e da necessidade de organizar, de maneira estável, a orientação normativa do Estado.

Esse ponto leva à questão da eficácia prática da constituição. Em sentido material, esta é capaz de produzir validade jurídica e orientar a produção normativa, funções que não podem ser garantidas pela normatividade formal em si mesma (ou, ainda, com base em algum fundamento hipotético de validade[450], como Kelsen defende). O que garante validade e legitimidade e ancora a função reguladora das normas sobre a produção são é sua inserção nas estruturas reais do poder político. A crítica a Kelsen é explícita nesse momento de sua obra:

> Basta observar, para os fins deste escrito, como é evidente em Kelsen a contradição entre a exigência de excluir do conceito de direito qualquer referência à realidade das relações sociais e a dedução implícita da norma pressuposta precisamente a partir dessa realidade. [...] ela não explica a validade do próprio direito, não resolve a antítese entre constituição real e constituição jurídica.[451]

Mortati expõe aqui o limite do modelo *norma sulla produzione*: ela não basta para fundar a validade do ordenamento. Por isso, a constituição precisa ser compreendida como *norma di produzione* — fundada na realidade concreta do poder e responsável por instituir a ordem jurídica. A constituição material, portanto, atua como *ato instituidor* da ordem, conferindo-lhe unidade, direção e legitimidade, a partir de um núcleo funcional que excede os critérios puramente procedimentais da legalidade formal.

---

[450] A norma fundamental como fundamento de validade de Kelsen é, nesse ponto, diretamente contestada por Mortati. Segundo o autor, ""Grundnorm dev'essere intesa [...] con riferimento alla particolarità di un dato ordinamento. [...] la soluzione che egli dà alla questione della continuità [...] appare in contraddizione con le premesse" (p. 24). Mortati contesta a capacidade da norma fundamental kelseniana de garantir a continuidade e a unidade do ordenamento, por se tratar de um critério formal vazio. Em contraposição, a constituição como norma di produzione se ancora em critérios materiais de direção e unidade, ligados a uma estrutura efetiva de poder. MORTATI, 1940, op.cit.

[451] Do original: "Basterà osservare, ai fini del presente scritto, come sia palese nel Kelsen la contraddizione fra l'esigenza di escludere dal concetto di diritto ogni riferimento con la realtà dei rapporti sociali e l'implicita deduzione della norma presupposta proprio da questa realtà. [...] non dà ragione della validità del diritto stesso, non risolve l'antitesi fra costituzione reale e Costituzione giuridica". MORTATI, 1940, op.cit. p.22.

Com isso, Mortati permanece plenamente inserido em sua crítica estrutural ao positivismo jurídico e à concepção meramente normativa do Estado de direito, recolocando o problema do fundamento do ordenamento em termos de efetividade político-social e não apenas de validade jurídico-formal. Será essa mesma crítica a efetividade que irá levar à uma série de reflexões que desenvolve em momentos posteriores de sua obra, tendo como objeto de análise a Corte Constitucional, como veremos no tópico a seguir. Ainda tomando como base a citação precedente, nuclear na identificação da matéria da Constituição em Mortati, analisemos sua segunda parte. Ao afirmar que "[...] dela deriva diretamente uma vinculação não apenas para o órgão que a emite, mas também para os demais sujeitos."[452], Mortati defende que vínculo jurídico e político gerado pela constituição não é restrito ao poder constituinte ou a um momento de fundação. Ela *vincula permanentemente* todos os atores do sistema — inclusive aqueles que, na aparência, poderiam ser seus criadores. Isso reforça sua função estabilizadora, pois a constituição material institui limites e direções para o exercício contínuo do poder, garantindo sua coerência ao longo do tempo.

A forma como essa matéria se articula é histórica e politicamente localizada e não abstrata e invariável. Para fundamentar essa defesa, Mortati debruça-se sobre a teoria da integração de Smend, em refutação. Embora reconheça que o autor alemão buscou identificar um conteúdo geral da constituição e uma "essência tópica e necessária" que a distinguisse da "lei constitucional", Mortati critica a falta de concretude da teoria de Smend.

> Se a integração não expressa outra coisa senão o processo de formação, de constante recriação, ela não pode representar a característica distintiva do Estado, por ser própria de toda entidade espiritual: assim como devem ser considerados comuns a essas entidades, na tipicidade abstrata com a qual podem ser compreendidos, os possíveis modos de realização da integração que, segundo Smend, são o pessoal, o funcional e o real.[453]

Sua ideia de que a constituição seria um processo de integração não oferece, na perspectiva de Mortati, critérios suficientes para explicar a estabilidade ou a permanência do Estado. Nesse ponto, poderia aplicar-se a "qualquer entidade

---

[452] Do original: “[...] da essa deriva direttamente un vincolo non solo per l’organo che l’emana, ma anche per gli altri soggetti.” MORTATI, 1940, ibidem.

[453] Do original: “Se la integrazione non esprime altro se non il processo del farsi, del perenne ricrearsi, essa non può rappresentare il carattere distintivo dello Stato, essendo proprio di ogni entità spirituale: così come comuni a queste sono da considerare, nell’astratta tipicità con la quale possono essere intesi, i possibili modi di realizzarsi dell’integrazione, che, secondo lo Smend, sono il personale, il funzionale, il reale.” MORTATI, 1940, op.cit. p. 40.

espiritual" e não apenas ao Estado. O que é um erro, segundo Mortati, uma vez que a função do Estado está intrinsecamente ligada ao que entende como a matéria e função da constituição material. Nesse sentido o autor, explica:

> Para captar os aspectos essenciais dessa fonte, é evidente que não se pode deixar de considerar a natureza específica da ordem jurídica à qual ela se refere, ou seja, o Estado, pois a forma de compreender o princípio originário ordenador, o sujeito que o instaura, seu conteúdo típico e necessário deve ser, necessariamente, posta em correlação com a função própria da organização à qual pertence."[454]

Isto é, a matéria da constituição material não pode ser isolada da natureza do próprio Estado. Mortati defende que o conteúdo essencial da constituição em sentido material emerge da relação entre o princípio ordenador da ordem jurídica e a função institucional do Estado enquanto organização concreta. Assim, a matéria constitucional não é uma abstração, mas decorre da função de unificação, ordenação e direção política da coletividade organizada. Matéria e função estão interconectadas de maneira embricada em seu pensamento. Nesse mesmo sentido:

> Se a essência da ordem estatal é a de conectar num sistema unitário e coercitivo todas as atividades que nela se desenvolvem, a função primeira, sem a qual ela não seria pensável, deve ser aquela que tem por tarefa, em primeiro lugar, estabelecer o critério supremo com base no qual seja possível delimitar o âmbito de eficácia da ordem.[455]

A matéria, portanto, está fortemente associada à função da constituição material. A função primária da constituição é permitir que se delimite o campo de atuação do ordenamento jurídico, conferindo unidade e coerência à vida estatal. Isso remete à ideia de que a constituição não é apenas um texto normativo, mas sim o núcleo ordenador das atividades estatais, dotado de eficácia estruturante. É essa função que confere ao seu conteúdo (ou matéria) um caráter essencial, o que distingue a constituição das demais normas jurídicas. A função e a matéria são, portanto, indissociáveis e o elemento responsável por operar esta conexão é o *princípio diretivo.*

---

[454] Do original: "Per cogliere gli aspetti essenziali di questa fonte è ovvio che non si possa non avere riguardo alla natura specifica di quel particolare ordinamento al quale essa si riferisce, cioè dello Stato, poiché il modo di intendere il principio originario ordinatore, il soggetto che lo pone in essere, il suo contenuto tipico e necessario deve necessariamente porsi in correlazione con la funzione propria dell'organizzazione alla quale inerisce..." ibidem.

[455] Do original: "Se l'essenza dell'ordinamento statale è di collegare in un sistema unitario e coattivo tutte le attività che in esso si svolgono, la funzione prima, senza della quale esso non sarebbe pensabile, deve essere quella che ha per compito, in primo luogo, di porre il criterio supremo in base al quale sia possibile di circoscrivere l'ambito di efficacia dell'ordinamento..." MORTATI, 1940, op.cit. p.9.

### *3.4.3. O princípio diretivo como núcleo integrador da matéria e função*

Apresentando um papel central em sua teoria, o princípio diretivo aparece como um elemento integrador entra matéria e função constitucional. Como já abordamos, a constituição não é apenas um conjunto de normas instrumentais, mas o lugar em que se expressa uma finalidade organizadora, que confere unidade e continuidade à ordem jurídica. É nessa conjuntura que Mortati afirma que a sua função deve ser harmonizar os elementos estáticos (de organização e permanência) com os elementos dinâmicos (de transformação e adaptação).

> Isso se demonstra facilmente se considerarmos o que já foi dito sobre a necessidade de que a Constituição leve em conta, juntamente com as forças sociais capazes de impulsionar e coagir, das quais precisa para surgir e se desenvolver, o princípio diretivo dessa ação — um princípio que não seja excessivamente rígido, a ponto de impedir os ajustes necessários às mudanças de fato, nem tão elástico que comprometa o reconhecimento de sua identidade nas diferentes fases de seu desenvolvimento; e, portanto, tal que consiga reunir e harmonizar o elemento estático com o dinâmico, o fator de criação com o de execução.[456]

O princípio diretivo trata-se, portanto, trata-se de um verdadeiro núcleo normativo-político da constituição material, que preserva sua identidade através da mudança, garantindo sua função organizadora. Deve ser, então, suficientemente estável para preservar a identidade do ordenamento ao longo do tempo, mas também flexível para permitir adaptações diante das mudanças das condições sociais. Opera, ao mesmo tempo, como fundamento da legitimidade da constituição material e critério de sua eficácia duradoura, permitindo distinguir transformações legítimas de rupturas constitucionais. No trecho acima podemos perceber, ainda, o delineamento exato da *função* da constituição material. Ao explicitar que *"O elemento distintivo pode ser identificado apenas se considerarmos a função essencial da constituição"*[457]*,* Mortati defende que é a função da Constituição o que a distingue de outras normas, tais como

---

[456] Do original: "Ciò facilmente si dimostra ove si pensi a quanto si è detto sulla necessità che la Costituzione consideri, insieme alle forze sociali capaci dell'azione di impulso e di coazione, di cui ha bisogno per sorgere e per svolgersi, il principio direttivo di quest'azione, principio né eccessivamente rigido da impedire gli adattamenti necessari al mutamento delle situazioni di fatto, né così elastico da pregiudicare il riconoscimento della sua identità nel variare delle fasi del suo svolgimento; e quindi tale da riunire, armonizzandoli, l'elemento statico con quello dinamico, il fattore di creazione con quello di esecuzione". MORTATI, 1940, op.cit. P.202.

[457] Do original: "L'elemento distintivo può rintracciarsi solo se si prenda in considerazione la funzione essenziale della costituzione." Ibidem.

as leis constitucionais em uma visão Schmittiana ou Smendiana. A constituição se distingue das demais normas não pela forma, mas pela função que exerce: ela é essencial para a organização, unidade e finalidade do Estado. Isso significa que sua *matéria* (conteúdo típico e essencial) só pode ser reconhecida ao se entender sua função política de organizar o poder e orientar a ação estatal. Ao prosseguir, afirmando que *"[...] ou seja, a matéria especial que a compõe e o fundamento especial sobre o qual se baseia*.[458]*",* Mortati identifica a "matéria especial como os elementos que traduzem o princípio diretivo da ação estatal: as normas e estruturas que refletem os fins políticos fundamentais e os arranjos institucionais duradouros do poder. O "fundamento especial" é a vinculação da constituição à própria realidade social e política do Estado, e não a uma norma abstrata (como na tradição normativista kelseniana). Sua função é, ainda, organizadora, o que se relaciona com a "estabilidade" ou "estabilização" como conteúdo e função da constituição material. A constituição deve garantir a continuidade do Estado, o que só se dá através da função estruturante capaz de estabilizá-lo. Nesse sentido:

> Não parece, portanto, contestável que, se se quer oferecer uma solução lógica-jurídica para o problema da continuidade do Estado, é necessário pressupor a existência de um *princípio organizativo* que permaneça imutável, mesmo diante da modificação de partes individuais de sua estrutura; é preciso, em outras palavras, referir-se a uma constituição originária, também de caráter jurídico, uma vez que ela deve [...] oferecer um critério geral para a identificação de uma subjetividade capaz de funcionar como centro comum de imputação do velho e do novo ordenamento.[459]

Abordada a função do princípio diretivo na integração entre a função e matéria, cumpre aprofundar o conteúdo material, o que pode ser dessumido, ainda, da supramencionada crítica de Mortati a Smend. Enquanto o autor italiano renega os "valores políticos supremos" que Smend refere estarem na constituição, devido ao fato de este não indicar quem é o portador desses valores[460], fornece uma chave de

---

[458] Do original: "e cioè la speciale materia che entra a comporla, e lo speciale fondamento sul quale si basa". Ibidem.

[459] Do original:"Non sembra pertanto contestabile che, se si vuol dare una soluzione in via di logica giuridica al problema della continuità dello Stato, bisogna presupporre esistente un principio organizzativo, che permanga immutato pur con il variare di singole parti della sua struttura; bisogna, in altri termini, fare riferimento ad una costituzione originaria, anch'essa di carattere giuridico, una volta che deve [...] offrire un criterio generale per l'identificazione di una soggettività, capace di porsi come centro di imputazione comune del vecchio e del nuovo ordine". MORTATI, 1940, op.cit. p.189.

[460] Do original: "Il riferimento, che si trova nello Smend, ai supremi valori politici, che sono in essi positivizzati, non vale a conferirle il ricercato carattere di permanenza, in quanto i valori stessi non appaiono espressione di una volontà determinata, non hanno un portatore, ma sembrano concepiti come diffusi nella coscienza sociale e quindi sottoposti ad uii incessante mutamento." Ibidem, p.40.

iluminação quanto ao papel que os valores políticos devem ocupar na matéria da Constituição. Para Mortati, a delineação imprecisa dos valores quanto ao seu sujeito portador e da vontade política concreta que os sustenta, faz deles voláteis e difusos na consciência social, o que contradiz a necessidade de concretude e realismo do método mortatiano.

Disso podemos dessumir que para Mortati também os órgãos, agentes e estruturas fazem parte da Constituição material e não só o conteúdo, regras, valores e direitos que a compõem. É possível, portanto, identificar a partir da crítica feita a Smend, dois pontos essenciais na identificação da matéria e função da constituição material em Mortati: Primeiramente, o papel essencial da estabilidade, cujo portador será o Estado. Na teoria da constituição em sentido material, essa estabilidade advém justamente da função que a constituição exerce: organizar e estabilizar o conjunto das forças sociais sob a direção da orientação política dominante *(indirizzo politico)*. Essa função estabilizadora exige que a constituição tenha um conteúdo substantivo e um portador claro, o que falta na teoria smendiana. É ainda na construção de “princípio diretivo” elaborada por Mortati que podemos identificar a influência de Maurice Hauriou, em especial no tocante à sua noção de "ideia diretiva", abordada no tópico 2.1.2 da presente tese. Ocupando um papel central no institucionalismo francês, esse elemento exerce uma função de implementação e execução das funções estatais segundo o autor francês. Enquanto Hauriou defende que a ideia diretiva irá definir os elementos que compõem, hierarquicamente, a estruturação da instituição, Mortati retoma a necessidade de um princípio diretor para as funções estatais. De acordo com o jurista italiano, é este o responsável por estabelecer a *função* material, que decorre na estabilização dos elementos materiais.

Por outro lado, a matéria. Esta deve ser concreta, enraizada na realidade político-social, expressando uma vontade política hegemônica e historicamente situada — não apenas valores difusos ou processos abstratos de integração. Os valores que existam *e são* parte fundamental da matéria, o são, pois refletem o resultado da escolha política das forças aptas a vencerem o processo de diferenciação. Segundo Mortati, esse é o conteúdo material primário da constituição material, uma vez que *"Em seu núcleo essencial, ela é dada pelo valor ou pelo complexo de valores dos quais são portadores uma determinada classe social e o partido, que é sua expressão ativa, e em torno dos quais são coordenadas as várias*

*instituições estatais."*[461]*.* Ou seja, a constituição material não apenas expressa a estrutura da ordem estatal, mas também a orienta. Para cumprir essa função, ela deve conter o supramencionado *princípio diretivo da ação estatal*, que funciona como orientação política fundamental capaz de articular as forças sociais reais com a institucionalidade jurídica. Como vimos, esse princípio não pode ser nem rígido a ponto de inviabilizar adaptações, nem fluido a ponto de comprometer a identidade do ordenamento ao longo do tempo. Trata-se de um eixo que harmoniza estabilidade e transformação, estrutura e dinamismo, matéria e função. Nesse ponto entendemos o profundo realismo de Mortati. O jurídico nasce do que é politicamente estabelecido e por assim o ser, é capaz de estabilizar-se. Esse processo de estabilização e estruturação, que o torna jurídico é a constituição em sentido material. A partir desse momento essencial se formará o núcleo informador de toda a vida jurídica e política do Estado, do qual fazem parte os fundamentos que definirão as escolhas políticas e jurídicas, seus valores e estruturas.

### *3.4.4. Funções específicas da constituição material*

Com base no que foi abordado, podemos identificar 5 funções primordiais na constituição material, cada uma portadora de matéria e constitutiva do núcleo essencial material da constituição: a função unificadora, com função de conectar e organizar todas as funções estatais sob um princípio comum (princípio diretivo). Esta tem relação com a "unificação" vista no tópico precedente; Função fundadora, que produz a normatividade do sistema jurídico, sendo característica da Constituição que "funda" e é "fundada", sendo elemento distintivo de outras normas; Função estruturante, posto que define órgãos, finalidade e competências do Estado. Essa função, longe de configurar mera moldura formal, compõe o próprio núcleo material, pois as escolhas e distribuições de competência (e poder) refletem o resultado da diferenciação, espelhando as forças políticas que atuam na sociedade.

Por fim, temos a função estabilizadora e a distintiva. Segundo a primeira, a Constituição material garante a continuidade e coerência da ordem política. Essa capacidade é derivada de sua aptidão em retratar o resultado verossímil do esquema

[461] Do original: "nel suo nucleo essenziale essa è data dal valore o dal complesso dei valori, di cui sono portatori uma data classe sociale e il partito, che ne è l'espressione tiva, e intorno ai quali sono cordinate le varie instituzioni statali." MORTATI, 1940, op.cit. p.198.

de forças contrapostas na realidade subjacente: social e política. Quando mais artificial for a imposição estatal, menos jurídica verdadeiramente o será, pois diversa da realidade a que cumpre representar. Sendo assim, a constituição material deve unir o político ao jurídico (juridicizando o político) através da estabilização, que permitirá, ainda, sua continuidade no tempo. A função distintiva, por último, é aquela responsável pelo reconhecimento do que é "constitucional", não por sua forma, mas por sua função no sistema, definindo o que não é, por exclusão.

As formulações analisadas nos permitem reconhecer que a constituição material, sob a perspectiva da análise do discurso, operando como núcleo ordenador da vida estatal, ao mesmo tempo estrutura juridicamente as formas de atuação do poder e organiza as condições de enunciação legítima sobre ele. Na perspectiva Foucaltiana, ao exercer a função de estabilização do conteúdo político normativo, podemos dessumir que a constituição material delimita os contornos do que pode ser reconhecido como válido, legítimo e constitucional dentro de uma determinada formação histórica, o que se aproxima daquilo que o autor denomina "regime de verificação". Nesse sentido, sua função excede o plano estritamente normativo e configura a delimitação de um conjunto de práticas e critérios que definem quais enunciados podem circular como verdadeiros em um dado campo de saber e poder.

Essa função é centralmente o que distingue a constituição em sentido material de qualquer outra matéria, porque sendo jurídica e política, estabelece o ordenamento jurídico, ordena o Estado e direciona sua atuação conforme um fim diretivo, cobrindo de legitimidade os atos que para este fim operarem. Nesse sentido, explica Fioravanti, ao dizer que ""O novo tempo histórico, o novo direito público, coloca, por sua vez, o inescapável problema da constituição como norma fundamental, que orienta a direção na qual se exercem os poderes discricionários dos próprios particulares"[462]. É a própria função da constituição que representa a descontinuidade histórica com o passado liberal e funciona como a mais potente chave de antítese antiliberalista, sistematizando as críticas de seus predecessores em um sistema coerente e normativo.

No papel de discurso, por sua vez, a noção de constituição material ultrapassa a função de instituidora jurídica, mas identifica, os modos de "dizer" a unidade,

[462] il nuovo tempo storico, il nuovo diritto pubblico, pone invece l'ineludibile problema dela costituzione come norma fondamentale, che orienta la direzione in cui si esercitano i poterio discrezionali degli stessi privati." (FIORAVANTI, Il pensiero, p. 149)

vinculando poder, linguagem e ordenamento em um mesmo gesto de legitimação. Esses elementos representam o regime de verdade - em termos foucaultianos - que, segundo Mortati, contemplará os fundamentos essenciais e estruturais de um dado Estado. Ultrapassando o formalismo, esse critério legitimador não só explica o momento fundacional, mas coloca-se como um parâmetro contínuo de conformidade, que deve orientar toda a atuação estatal e a vida política social, possuindo um caráter de identidade e definição de um Estado e povo, a partir do reconhecimento real de suas forças operantes. O vínculo entre matéria e função constitucional, portanto, revela-se também como articulação entre formas de normatividade e formas de verdade, entre estruturas jurídicas e racionalidades políticas que se pretendem estáveis. A nível de síntese, é esclarecedora a lição de Maurizio Fioravanti:

> Assim, a constituição em sentido material, em conformidade com toda a elaboração teórica anterior de Mortati, manifesta-se no início da nova experiência constitucional republicana em sua forma mais autêntica como 'núcleo essencial' da constituição, desejado pelas forças políticas dominantes, de modo a ativar o exercício da soberania popular com base em uma determinada orientação política fundamental e, consequentemente, direcionar toda a rede de poderes discricionários, tanto públicos quanto privados, na linha da concretização da própria constituição."[463]

É assim que podemos dessumir da teoria da constituição em sentido material um conteúdo (matéria) e função que a definem, em uma perspectiva de teoria geral, como um método de juridicização do político, utilizando do método realista e concretista para identificar um núcleo central de valores, estruturas e organização política que constitui o princípio diretivo e ordena a atividade do Estado. Ao supor que todo Estado possui uma constituição em sentido material, Mortati parte do pressuposto de que o processo nuclear de decisões políticas corresponde ao centro jurídico e político e corresponde às forças que operam, estabelecem e estabilizam poder, no substrato sociopolítico. Esse elemento material - inequívoco - deve ser ao mesmo tempo rígido o suficiente para conservar a estabilização do momento constituinte, mas flexível o bastante para adaptar-se às mudanças vindouras com o

[463] Do original: "Dunque, la costituzione in senso materiale, in linea con tutta la precedente elaborazione teorica mortatiana, appare all'inizio della nuova esperienza costituzionale repubblicana nella sua veste più autentica di 'nucleo essenziale ' della costituzione, voluto dalle forze politiche dominanti, in modo tale da attivare l'esercizio della sovranità popolare sulla base di un certo indirizzo politico fondamentale,e conseguentemente muovere in una certa direzione tutto il reticolo dei poteri discrezionali, sia pubblici che privati, nella linea della attuazione della costituzione medesima" Em: FIORAVANTI, Maurizio. Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana. In: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p. 45-187.p. 175.

tempo, e assim, conservar sua aplicabilidade. Sobre esta última exigência, Mortati se debruçará nos anos após a publicação de sua obra e já no contexto republicano italiano. Trata-se da análise dos mecanismos de efetivação da Constituição e será o próximo tópico do presente trabalho.

## 3.5. A CONSTITUIÇÃO EFETIVADA: EFICÁCIA E OPERACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO MATERIAL.

A efetividade da constituição material, ou sua *"attuazione"*, constitui um dos pontos centrais da teoria mortatiana, refletindo a preocupação com a transformação do conteúdo normativo em prática concreta, o que condiz com seu inerente realismo. Em Mortati, pelos próprios pressupostos teóricos que a define, a *constituição material* jamais poderia existir apenas no campo da teoria. A análise da sua aplicação prática, isto é, sua *efetivação* faz parte da própria edificação de seu conceito, uma vez que a constituição material nasce a partir da identificação das forças operantes na sociedade e deve, portanto, condizer àquelas que possuem a capacidade de continuar surtindo efeito material na realidade. Diante do contexto republicano pós-fascista, Mortati busca responder ao desafio de garantir que a constituição, mais do que um artefato jurídico, atue como estrutura viva e operante no cotidiano institucional, operando efeitos políticos e sociais.

### *3.5.1. Fundamentos Teóricos da Constituição Efetivada (atuada)*

A questão toma centralidade não só em sua teoria, mas na juspublicística italiana como um todo, a partir da segunda metade do século XX. Com o nascimento da Constituição de República Italiana em 1946, os problemas que movimentam o ambiente intelectual italiano passam a concentrar-se em sua (in)efetividade. Conforme Maurizio Fioravanti, é nesse contexto que Mortati, juntamente a outros juspublicistas comprometidos com as questões constitucionais, como Esposito, Crisafulli, Vassalli, se dedicam ao projeto de uma revista chamada *"Giurisprudenza costituzionale",* e produzem ensaios a respeito do tema, direcionando sua atenção para o tema da

*"attuazione*" (efetivação) constitucional[464]. Essa será, a partir daí, a temática que direciona as reflexões de Mortati sobre a Constituição em Sentido material e o tema do presente tópico. Embora suas obras dos anos 1930 e 1940 tenham se dedicado à construção teórica da noção de constituição em sentido material, e seus ensaios da década de 1950 tenham aprofundado a reflexão sobre as comunidades intermediárias e os partidos políticos, é na última fase de seu pensamento que Mortati enfoca a questão da efetivação da constituição material.

O tópico precedente demonstrou o papel central do direcionamento político enquanto matéria e função da constituição material em Mortati, sendo o princípio diretivo um conceito fundamental para estabelecer o delineamento de ambos. A partir dessa compreensão, cabe-nos adentrar o tema da efetivação desse direcionamento, isto é, a capacidade da constituição de orientar e vincular os atos normativos, administrativos e jurisdicionais à consecução do projeto político fundamental e dar *concretude* ao conceito de constituição em sentido material. Nessa fase de seu pensamento, mais madura e voltada para problemas práticos de governabilidade no contexto republicano e democrático, superadas as discussões sobre o modelo fascista, Mortati concentra-se na realização prática da constituição. Essa mudança, contudo, não representa uma descontinuidade ou uma ressignificação política no pensamento do jurista. Pelo contrário, trata-se de um amadurecimento lógico e conceitual, decorrente de seu realismo jurídico, que sempre sustentou a importância da adequação entre a teoria constitucional e a realidade sociopolítica.

Como visto nos tópicos precedentes, mesmo em suas transições de alinhamento político, ao longo de seu pensamento jurídico, o núcleo fundamental da constituição em sentido material apresenta uma linearidade. Assim, a ênfase na efetivação é resultado natural e necessário da sua perspectiva crítica e prática, já implícita desde suas primeiras reflexões sobre constituição material. Sua preocupação decorre do próprio conceito de constituição material, uma vez que a entende como um processo contínuo de atualização dos princípios políticos fundantes. Isto é, sua efetividade e capacidade de implementação concreta do programa político fundamentado no processo de diferenciação constituinte que originou seu conteúdo político.

---

[464] FIORAVANTI, Maurizio. per una storia ella legge fondamentale in Itália: dallo Statuto alla Costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. (a cura di). Il Valore dela Costiuzione. Laterza: Roma - Bari. 2009.

### *3.5.2. Princípio da Congruência: A Realidade como Parâmetro Constitucional*

Ao debruçar-se sobre a operacionalidade de seus conceitos, Mortati trata do que Giulano Amato definiu como "princípio da congruência"[465]. Segundo Gustavo Zagrebelsky, *" com essa fórmula quer-se indicar a constante verificação dos conceitos — ou seja, dos elementos que neles confluem (...) — em relação às condições histórico-concretas nas quais esses conceitos estão, a cada momento, destinados a operar".*[466] Nesta perspectiva, Mortati posiciona a questão da efetivação como essencial para que a constituição material tenha continuidade no tempo, não se restringindo a um momento fundante, mas atuando como um critério legitimador contínuo, capaz de direcionar tanto o Estado quanto a sociedade na conformação com sua matéria e função, e para tanto, permeando todas as suas instituições.

> Uma vez que o direito constitucional de Mortati não pertence àquele tipo de construção que procede por deduções lógicas a partir de princípios simples segundo o mero princípio da não contradição, mas se configura conscientemente como uma ciência prática voltada para a resolução de problemas à medida que surgem, ele exigiria uma atualização constante, à luz dos acontecimentos.[467]

Saindo da teoria (mas levando-a consigo), o jurista passa a debruçar-se sobre a prática, para verificar sua aplicabilidade. Tendo em vista que a constituição material é calcada no realismo, tal operação é inevitável. Nesse ponto, o princípio da congruência e o realismo de Mortati se conectam. Como explica Zagrebelsky: *"Implícito no critério de congruência está o caráter realista da reflexão de Mortati, no sentido de que toda proposição pressupõe uma avaliação da realidade histórica com vistas à indicação de uma resposta jurídica adequada"*[468]*.* Como, então, verificar as

---

[465] Segundo Giuliano Amato, "principio di congruità". AMATO, Giuliano. COSTANTINO MORTATI E LA COSTITUZIONE ITALIANA. DALLA COSTITUENTE ALL'ASPETTATIVA MAI APPAGATA DELL'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.

[466] Do original: "com questa formula di vuol indicare la costante verifica dei concetti - cioè degli elementi che in essi cofluiscono (...) rispetto alle ondizioni storico-concrete in ui essse sono, volta a volta, destinati a operate". ZAGREBELSKY, Gustavo. Il metodo di Mortati. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. Milano: Giuffrè, 1990. P. 85.

[467] Do original: "Poiché il diritto costituzionale di Mortati non appartiene a quel genere di costruzione he procede per deduzioni logiche da principi semplici secondo il mero principio di non contraddizione, ma si configura consapevolmente come schienza pratica rivolta alla risoluzione di problemi via emergenti, esso necessitarebbe un aggiornamento costante, alla luce degli accadimenti." Ibidem.

[468] Do original: "implicito nel critério de congruità è il carattere realístico ella riflessione di Mortati, nel senso che ogni proposizione pressupone una valutazione della realtà storica ai fini della indicazione i una risposta giruidica adequada" ZAGREBELSKY, op.cit. p. 86.

condições de operabilidade da constituição material? É impossível fazer esta análise sem recorrer aos elementos que caracterizam sua teoria, tratados no decorrer desse capítulo. Mortati indica como fundamental o papel das comunidades intermediárias, do indivíduo enquanto pessoa, das estruturas estatais na consecução do fim político, entre outros.

> Se o objetivo permanece fixo — a realização dos fins da constituição material —, as formas e os modos de sua concretização podem ser diversos, conforme as circunstâncias. Os meios do direito devem ser tornados eficazes em relação aos seus fins. Seria interessante verificar essa observação por meio da evolução do pensamento de Mortati sobre alguns grandes temas — por exemplo, a representação, o papel dos partidos e dos sindicatos, a função da justiça constitucional, a posição dos grupos intermediários em relação ao Estado, e dos indivíduos em relação aos grupos.[469]

Em face desse tema, portanto, elabora sobre a posição e da Corte Constitucional, o papel dos Partidos Políticos, a efetividade das normas programáticas, o papel das garantias fundamentais, os efeitos da omissão legislativa e a função das organizações sociais não estatais no processo de efetividade, sempre salientando o quão transcendente é o conceito de constituição material em face de sua mera formalização, a constituição escrita. São esses os temas sobre os quais Mortati escreve a partir dos anos 50, em diversos ensaios e de forma mais sistemática em suas edições de "*Istituzioni di diritto pubblico"*, publicado pela primeira vez em 1952, e muitas vezes reeditado.

Nessa obra, tratando a matéria sobre uma abordagem mais ligada ao direito constitucional e à organização dos poderes, Mortati aborda sobre a concretização da constituição em sentido material, ao problematizar os limites da revisão legislativa e da atuação da Corte Constitucional diante do endêmico problema de inatuação do Poder Legislativo na concretização da vontade política (e em Mortati, da Constituição material). Serão estas as bases para tratar os temas no presente tópico, apresentando as ideias de Mortati sobre a efetividade da Constituição Material, que nos permitirão, assim, formar, por fim, uma visão complessiva sobre este conceito. Também é um tema que será visto na atuação prática de Mortati enquanto juiz da Corte Constitucional, função em que aplica a operacionalização de seus conceitos, através

---

[469] Do original: "Se fermo è l'obiettivo - la realizzazione dei fini della costituzione materiale - diverse possono essere le forme e i modi della loro realizzazione, a seconda delle circostanze. I mezzi del diritto devono essere resi efficaci rispetto ai loro scopi. Sarebbe interessente verificare questa osservazione attraverso 'evoluzione el pensiero di Mortati su alcuni grandi temi - ad es. la rappresentanza, il ruolo dei partiti e dei sindacati, la funzione della giustiza giustizia costituzionale, la posizione dei gruppi intermedi rispetto allo Stato, ei singoli rispetto ai grupo."ZAGREBELSKY, op.cit. p.85.

de decisões pautadas em fundamentos que consideram elementos históricos e contextuais de cada caso[470], como explana Francesco Saja.

### *3.5.3. Comentários ao art. 1º da Constituição da República: o conceito de "soberania popular" e direito de resistência*

A questão da efetividade em Mortati, está ligada intrinsecamente à efetivação do primeiro artigo da Constituição[471], que proclama a soberania popular. Esta é uma consequência do pressuposto de que constituição material deve ser um reflexo das forças sociais que efetivamente operam efeitos políticos, gerando assim a estabilidade de seu conteúdo. Essa afirmação guarda relação direta com a negação por Mortati de uma relação de representação artificial ou meramente retórica entre direito, política e sociedade. A constituição material corresponde o núcleo de vontade sociopolítica operante e por isto, quando a constituição formal foi promulgada na Itália republicana, o primeiro artigo, ao afirmar a soberania popular, torna-se central para Mortati em relação ao elemento da efetividade. Sobre esse tema produz um de seus últimos ensaios, intitulado "*Commento all'articolo primo Della Costituzione"*, escrito apenas dois anos antes de adquirir a enfermidade que levaria sua vida. O texto do referido artigo enuncia:

> Art. 1 - A Itália é uma República democrática, fundada no trabalho. A soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição.[472]

---

[470] Nel 1960 il Mortati fu nominato Giudice costituzionale dal Capo dello Stato, carica che ricopri fino al 1972 com altíssimo prestigio ed ottenendo i massimi riconoscimenti. Ciò gli permise di realizzare l'ideale indicato nella pemessa delle sue "Istituzioni di diritto pubblico", vale a dire la conoscenza degli istituti giuridici non solo nella loro regolamentazione formale e nelle ragioni ideologiche e pratiche, ma anche nella loro reale esistenza ed efficienza, nonché nella loro corrispondenza alla coscienza sociale. E cosí egli si attene sempre alla regola di giudicarne fondandosi non solo, ma anche sullo studio della storia civile, dele istituzioni politiche, nonché sull'esatta conoscenza el loro concreto operare, com costante riferimento d ogni segnale on ui si rendessero conoscibili e aspirazioni popolari. (p.30-31) Francesco Saja. Introduzione ai lavori: La lezione di Costantino Mortati. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.

[471] Sobre uma análise ponto a ponto do artigo 1°, com menção ao entendimento de Mortati, ver: Vito D'Ambrosio. L'art.1 della Costituzione è ancora l'architrave della Repubblica? In: Astrid Rassegna. 27/07/2010 - n. 119 (numero 14/2010) Disponível em: https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/D-Am/D-Ambrosio_La-Costituzione.pdf

[472] Do original "Art. 1 - L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.". COSTITUZIONE della Repubblica Italiana. Promulgada pela Assembleia Constituinte em 27 de dezembro de 1947; publicada no Gazzetta Ufficiale n. 298 (edição extraordinária) em 27 de dezembro de 1947; em vigor desde 1º de janeiro de 1948.

Ao analisar as possibilidades de realização do art. 1º da Constituição e a necessidade de operacionalizar a soberania popular de fato, Mortati reconhece a possibilidade de figuras organizativas do povo fora dos esquemas normativos exercerem um papel fundamental, fundando sua legitimidade no princípio da soberania popular. Nesse sentido, Teresa Serra explica que, *"ao comentar o art. 1º da Constituição, Mortati reconhece a possibilidade de formas organizativas do povo fora dos esquemas normativos que obtêm o fundamento de sua legitimação no princípio da soberania popular".*[473] Para ele, a soberania popular habilita aqueles mais sensíveis a esses valores a assumir a função de defendê-los e reintegrá-los quando os órgãos designados se mostrarem insuficientes ou ausentes. A razão disso é que o princípio da soberania popular, fundado:

> (...) com base na adesão ativa dos cidadãos aos valores consagrados na Constituição, não se pode deixar de reconhecer àqueles que a eles são mais sensíveis a possibilidade de assumir a função de defendê-los e restaurá-los quando isso se revele necessário diante da insuficiência ou omissão dos órgãos incumbidos dessa tarefa.[474]

Elabora, nesse sentido, a ideia de resistência. Mortati considera que o direito de resistência pode ser deduzido da leitura combinada dos artigos 1 e 3, segundo parágrafo, da Constituição, defendendo que a resistência assume a função de defender a constituição no contexto de solidariedade democrática. Ele enfatiza que a resistência não é uma rejeição da ordem constitucional ou uma revolução, mas sim *a aplicação da primazia do fim sobre os meios quando estes se revelarem inadequados*.

Assim, a resistência seria um dever democrático para a preservação dos valores constitucionais, e não um rompimento com o ordenamento jurídico. Essas são as ideias mais maduras de Mortati sobre a representação política, atingindo o ápice do tema e uma profunda raiz democrática nesta fase de seu pensamento. Conforme Teresa Serra, "a resistência, ainda vinculada à plena soberania do povo, é um momento de defesa da Constituição e de seus valores quando esses valores forem

---

[473] Do original: "Nel commentare l'art. 1 della Costituzione, Mortati riconosce la possibilità di figure organizzative del popolo al di fuori di schemi normativi che traggono il titolo della loro legittimazione dal principio della sovranità Popolare". SERRA, Teresa. La sovranità popolare nel pensiero di Mortati. Nomos, 2016, nº 1, pp. 1-10. P.3.

[474] Do original: "sull'adesione attiva dei cittadini ai valori consacrati nella Costituzione, non può non abilitare quanti siano più sensibili ad essi ad assumere la funzione di una loro difesa e reintegrazione quando ciò si palesi necessario per l'insufficienza o la carenza degli organi ad essa preposti.". MORTATI, Costantino. Commento all'art. 1, in Comm. Cost. Branca, I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1975, p. 32, nota 1.

colocados em questão".[475] O conceito de resistência, em Mortati, assume uma importância fundamental justamente porque se alinha diretamente à noção de constituição como realidade concreta e operante. Não se trata, portanto, de uma ameaça à ordem jurídica, mas sim de um mecanismo essencial à manutenção e defesa da efetividade constitucional diante das insuficiências institucionais. Essa resistência constitucional democrática se justifica como meio legítimo de preservar a coerência entre o conteúdo político definido no processo de diferenciação constituinte e a prática efetiva das instituições.

A razão é de fundo prático, não teórico. A constituição material para Mortati é precisamente a articulação de forças que estruturam a real forma social. A soberania popular manifesta sua teoria, a passo que direciona a atuação das instituições a partir das forças que emergem das fontes orgânicas sociais através do processo de diferenciação. É a materialização da constituição em sentido material. Se o Estado e suas instituições não operam suficientemente as forças políticas que a constituem, as forças sociais devem materializar-se, ainda que de maneira extra estatal. A forma de organização e atuação dessas forças se dá, como vimos anteriormente, através dos corpos intermediários, dos quais o partido político é, em todas as fases precedentes do pensamento de Mortati, colocado em papel de destaque. Tanto é que quando a República nasce e a constituição institui o novo modelo, Mortati direciona seus esforços na Assembleia Constituinte[476] a garantir o protagonismo dos partidos políticos na formação do *indirizzo politico*, sendo estes os atores centrais na concepção de Mortati, desde de suas obras iniciais.

---

[475] Do original: "la resistenza, collegata ancora con la piena sovranità del popolo, è un momento di difesa della costituzione e dei suoi valori quando questi valori dovessero essere messi in discussione"; SERRA, 2016, op.cit. p.3.

[476] Em 1946, Costantino Mortati foi eleito deputado para a Assembleia Constituinte na lista nacional, integrando a "Comissão dos 75" e participando da "Segunda Subcomissão", onde ficou responsável pela redação da "relazione sul pottere legislativo". Também participou da comissão especial para o exame da proposta de supressão do Senado e da comissão para a elaboração da lei de eleição do Senado da República. Entre os documentos resultantes dessas discussões, destacam-se as propostas sobre financiamento político e as deliberações sobre a regulação dos partidos políticos, especialmente no que tange à individualização dos candidatos, apresentação de listas e financiamento das campanhas. Além disso, abordou a democracia interna dos partidos e a construção de um "Estado de partido regulado". Sobre a participação de Mortati na Assembleia Constituinte, ver: LANCHESTER, Fulco. "Nota introduttiva" in: MORTATI, Costantino. Concetto e funzione dei partiti politici. Nomos: Le attualità nel diritto, Roma, n. 2, p.1-22, 2015 [1949].; Traverso, Partito politico e ordinamento costituzionale, contributo alla determinazione della natura giuridica del partito. Milano, Giuffrè, 1994, e em especial "Scelte della Costituzione e cultura giuridica, II, a cura di Ugo De Siervo, il Mulino, Bologna 1980. Além disso, a dissertação de mestrado desta autora faz, no capítulo 3, a reconstituição da participação de Mortati em todas as fases da Assembleia Constituinte, com base nas atas da constituinte.

Porém com o tempo, suas previsões seriam frustradas. Ou, como diz em frase emblemática da última fase de seu pensamento, *"a experiência encarregou-se de demonstrar que tudo não passava de uma ilusão."*[477] A inatuação da Constituição, tema central a partir da segunda metade do século 50, se deve em grande parte, conforme o próprio Mortati, à omissão legislativa e à distância entre a função dos partidos políticos na representação efetiva dos interesses da sociedade e sua atuação, que se reduz a um processo de "contínua negociação". Nesse sentido, Fioravanti:

> Mortati lamenta o que lhe parece ser uma clara traição ao princípio da soberania popular e, portanto, uma evidente violação do primeiro artigo da Constituição. Os partidos, em primeiro lugar, são objeto da crítica de Mortati. Justamente aqueles partidos aos quais a própria doutrina mortatiana havia atribuído um grande papel e que, concretamente, foram os autores da Constituição. Agora, eles são vistos como os protagonistas, no Parlamento e nas instituições em geral, de um processo contínuo e incessante de negociação, que dispersa em mil caminhos a atividade legislativa e, sobretudo, impede a formação de uma diretriz política coerente e estável, que, enquanto tal, possa ser apresentada ao povo soberano e, por ele, aprovada ou recusada, precisamente em conformidade com o princípio democrático da soberania popular.[478]

A frustração experimentada por Mortati com o papel dos partidos políticos evidencia a crítica do autor às formas tradicionais e limitadas de representação política. Essa frustração não conduz Mortati ao abandono da ideia original de mediação política através de corpos intermediários, mas amplia sua visão, reconhecendo outras formas de participação social igualmente relevantes para garantir a continuidade e eficácia prática da constituição material. O problema que gera a inatuação da Constituição não é outro que não o mesmo ao qual Mortati debruçava-se sob perspectiva diversa nos anos precedentes: o cômpito da representação política em tensionar a heterogeneidade social e a formação de uma orientação política única. Com o regime democrático, o povo é, reconhecidamente

---

[477] Do original: "L'esperienza si era incaricata di dimostrare che tutto era una ilusione'". Convegno nazionale di Studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani sui I partiti politici nello Stato democratico, 1958.

[478] Do original: "Mortati lamenta quello che a lui pare essere um palese tradimento el principio di sovranità popolare, e dunque uma lesione evidente dell'articolo primo della Costituzione. I partiti, in primo luogo, sono oggetto della critica di Mortati. Próprio quei partiti cui purê la stessa dottrina mortatiana aveva attribuito um grande ruolo e che concretamente erano stati gli autori della Costituzione Ora essi sono visti come gli attori, in Parlamento e nelle istituzioni in genere, di um processo di continua ed incessante negoziazione, che disperde in mille rivoli l'attivitá legislativa, e che sopratutto impedisce la formazione di um indirizzo politico coerente e stabile, che come tale, possa essere presentato al popolo sovrano, e da le, che come tale possa essere presentato al popolo sovrano, e da quaesto essere approvato o ricusato, próprio in attuazione del principio democrático, di sovranità popolare". FIORAVANTI, Maurizio. per una storia ella legge fondamentale in Itália: dallo Statuto alla Costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. (a cura di). Il Valore dela Costiuzione. Laterza: Roma - Bari. 2009. P. 26.

heterogêneo e essa diversidade deve ser, de alguma forma representada na tomada de decisão. Com a insuficiência parlamentar, Mortati passa a cogitar, portanto, o direito de resistência como uma maneira de contemplar a verdadeira materialidade, para além do esquema estatal. Isso representa uma mudança considerável em seu pensamento, mesmo na fase republicana.

Mortati desenvolve a ideia de que a inatuação da Constituição está ligada ao dinamismo social e político. Para ele, o conceito de resistência está conectado à ideia de constituição ineficaz, especialmente em contextos de crise de representação partidária e pluralismo social emergente. A resistência se torna, então, uma manifestação da dinâmica social que visa inserir forças marginais no aparato decisório. Mortati reconhece que a resistência encontra sua legitimidade em sua própria efetividade: se o movimento de resistência logra êxito em alcançar seus objetivos e superar as repressões, ele se justifica retrospectivamente. Isto guarda relação com os próprios fundamentos do processo de diferenciação: lembremos que ainda em sua primeira fase intelectual, Mortati defendia que o que legitimava o poder constituído era sua capacidade de estabelecer-se de forma contínua e aceita socialmente, “vencendo” a vontade opositora. Aqui já não persiste o maniqueísmo dualista, mas a estabilização enquanto critério legitimador permanece um traço fundamental na construção teórica da constituição em sentido material.

A resistência também pode ser vista como expressão de novos equilíbrios sociais quando a estrutura estabelecida se torna insuficiente para absorver as demandas emergentes, comportando assim fenômenos que não estavam previstos na estrutura institucional tradicional. Nesse ponto, podemos observar uma ruptura relevante em relação ao seu pensamento, que em um primeiro momento fundou-se no cerne estatalista e agora abre espaço para considerar a legitimidade de núcleos de materialidade extraestatais capazes de representar os valores operativos de uma dada sociedade. O auge dessa mudança, que ocorre nos anos 70, pode ser visto no supramencionado texto “*Commentario alla Costituzione”*, sobretudo quando Mortati admite que o exercício da soberania popular pode ocorrer *espontaneamente*. No ensaio, ele afirma:

> Para contestar a admissibilidade do direito de resistência, não é válido recorrer à decisão da Assembleia Constituinte de eliminar a norma do projeto que o previa. Na realidade, a discussão não revela claramente os motivos da rejeição — muito contestada —, mas parece ter prevalecido a opinião de que

> seria inútil uma norma que disciplinasse as formas de exercício de um direito que, por sua própria natureza, escapa a previsões abstratas.[479]

Quais são as consequências para a definição de constituição em sentido material? Se, em um primeiro momento, essa mudança poderia representar uma alteração no conceito, uma análise sistêmica de seu pensamento nos leva a outras conclusões: O cerne da teoria de Mortati nunca foi o estatalismo, e sim o realismo. Sua intuição original, sempre preocupada em resguardar os meios operacionais das forças sociais se efetivarem na construção do *indirizzo politico*, identificava os partidos políticos como um meio institucional de realização desse cômpito, e assim, da Constituição material.

Mas a inoperância derivada da ingovernabilidade que toma forma naqueles anos mostra para Mortati que a estrutura estatal, pelo menos naquele momento, não era efetiva ou concreta e que para que a constituição material se operasse, se deveria buscar meios mais aptos e verossímeis de representação das forças sociais capazes de indicar o conteúdo verdadeiro da constituição material, ainda que isso fosse feito buscando-se a participação dos grupos sociais extraestatais, as organizações sociais ou os movimentos sociais. Essas formas de organização social extraestatal enquadram-se no conceito formador de poder da constituição material, o que leva à questão da definição de "povo" contemplada pelo termo "soberania popular".

Segundo Pietro Costa, a soberania popular a partir do art. 1° da Constituição deveria corresponder à definição de Mortati de povo, nesses termos, e não àquela oitocentista definição liberal do povo homogêneo e uniforme. Para Costa, resumindo a definição de Mortati e a aplicando à noção de povo da constituição, este *"não é um sujeito monolítico, mas um entrelaçamento de forças múltiplas, cuja concordância discordante deriva, ao mesmo tempo, o que uma sociedade é e o que uma sociedade pretende se tornar."*[480]. Mortati defende que o Parlamento não pode ser o único local em que essa diversidade popular seja representada, devendo participar, ainda,

---

[479] Do original: "Per contestare l'ammissibilità del diritto di resistenza non vale richiamarsi alla decisione della Costituente di eliminare la norma del progetto che lo prevedeva. In realtà dalla discussione non emergono chiaramente i motivi del rigetto, molto contestato, ma prevalente sembra essere stata l'opinione dell'inutilità di una norma che disciplini i modi di esercizio di un diritto che, per sua stessa natura, sfugge ad astratte predisposizioni." (MORTATI, op.cit.)

[480] non è um soggetto monolítico, ma um intreccio di forze molteplici dalla cui concordia discors deriva, ma contempo,ciò che uma società è e ciò che uma società intende divenire . COSTA, Pietro. Il problema del potere costituente in Itália fra Risorgimento e Repubblica, in: Um secolo per la costituzione (1848-1948), Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano, a cura di F. Bambi, Firenze. Accademia della Crusca. P.12.

através de outras formas de organização, na formação da orientação política[481]. A desilusão com os partidos políticos apenas acentua esta percepção. Segundo Giudita Brunelli:

> A essa pluralidade corresponde uma refração da soberania popular em uma variedade de sedes, não apenas naquelas representativas - que, no entanto, permanecem as mais relevantes, enquanto lugares de unificação, síntese e decisão política democrática. Que a expressão da soberania popular, caracterizada por uma fonte tão composta (o povo), não possa ser reduzida apenas ao circuito democrático-representativo, foi esclarecido com precisão.[482]

A incapacidade dos partidos políticos em representarem adequadamente as vontades políticas do povo, traduzindo sua diversidade em um processo dialético de diferenciação que resulte na orientação política direcionadora: essa falha estrutural, que Mortati constata, ao ver o quão inoperante a recente República se vê diante das negociações internas ao Parlamento, tudo isso leva o autor a denunciar a consequência maior, isto é, a não realização da Constituição em sentido material. Segundo Mortati, ainda em ensaio de 1969:

> A força de ruptura, potencialmente contida no texto constitucional, radicalmente inovadora não apenas em relação à ideologia fascista, mas também à liberal, não encontrou forças suficientes para colocá-la em prática, de modo que a constituição material, tal como de fato se realizou, privou de eficácia, não apenas e não tanto preceitos constitucionais isolados, mas sua essência mais profunda[483].

As razões dessa inoperância são várias, que vão desde a omissão legislativa à falta de uma ação ideologicamente direcionada pelos grupos de interesse e sim, centrada na negociação de interesses pessoais. Para Mortati, o que se opera no

---

[481] RAZUOLLI, Isabella. OS PARTIDOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA E PORTUGUESA: UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS CONSTITUCIONAIS. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Centro de Investigação de Direito Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/652-970.pdf

[482] Do original: “A questa pluralità corresponde uma rifrazione ella sovranità popolare in unna varietà di sedi, non soltando in quelle rappresentativa - che purê restano le più relevante, in quanto luoghi di unificazione, síntese e decisione politica democrática. Che l'espressione dela sovranità popolare, caratterizzata da uma fonte tanto compósita (il popolo), non possa essere ridotta al solo circuito democratico-rappresentativo, è Stato precisato com chiarezza (...)". BRUNELLI, GIUDITTA. Ancora Attuale. le ragioni giuridiche dela perdurante vitalità dela costituzione), In: Dalla Costituzione inattuata ala costituzione inattuale. Brunelli, Giudita; Cazzetta, Giovnni (a cura di). Potere Costituenti, Riforme costituzionali nell'italia Reubblicana. Centro di studi per la storiadel pensiero giuridico moderno, vol. 13. Giuffrè editore. 2013. P.12.

[483] Do original: "La forza di rottura, potenzialmente contenuta nel testo costituzionale, radicalmente innovatore rispetto non olo ala ideologia fascista ma anche a quella liberale, non ha trovato forze sufficienti a matterla in opera, sicché la costituzione materiale quale si è di fato realizzata, ha privato di eficácia, non solo e non tanto singoli precetti costituzionali, quanto la sua più profonda essenza". MORTATI, Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali in Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. IV, Aspetti del sistema costituzionale, Firenze: Vallecchi. P. 467

Parlamento não provoca a dialética capaz de gerar o *indirizzo politico,* e justamente por isso, a sociedade organizada deve participar do processo de formação da orientação política para além das instâncias institucionais do Estado e sim através de demais formas de comunidades intermediárias. Ao enfatizar a participação extraestatal, Mortati consolida uma concepção pluralista avançada, na qual a efetividade da constituição depende crucialmente da atuação das forças sociais que surgem espontaneamente da dinâmica social e não exclusivamente das instituições políticas tradicionais. Esse pluralismo realista implica reconhecer como fontes jurídicas aquelas forças sociais capazes de mobilizar e organizar demandas políticas concretas, ainda que fora dos esquemas formais do Estado, expressando assim um compromisso com um constitucionalismo aberto e dinâmico.

Essa é uma mudança considerável em seu pensamento, uma vez que a centralidade dos partidos políticos[484], dá local a uma concepção de concorrência com os sindicatos e a outras formas de organização social movidas pelo dinamismo social e legitimadas pela sua própria capacidade orgânica de operar mudanças políticas, tornando-se, assim, força jurídica (e fonte da constituição em sentido material). A relação é abordada por Mortati em seu ensaio *"Sindacati e partiti politici"* que compõe a coletânea de escritos *“Raccolta di scritti, vol, 33”*, de 1951.

> As relações entre partidos e sindicatos podem ser examinadas sob um aspecto descritivo, com base nos elementos fornecidos pela investigação histórica e nas tendências que dela se podem extrair, ou sob um aspecto valorativo, deontológico. Esses dois modos de consideração são separáveis apenas abstratamente, uma vez que toda análise de fatos pressupõe um critério de escolha e de interpretação dos mesmos e, portanto, deve partir de juízos de valor; e, inversamente, toda tendência em direção a um dever-ser não pode deixar de enraizar-se na experiência e de levar em conta as orientações que dela se manifestam.[485]

Nessa passagem, Mortati enfatiza que as relações entre partidos políticos e sindicatos podem ser analisadas por duas perspectivas distintas, porém inseparáveis: uma descritiva e outra normativa ou valorativa. A primeira perspectiva (descritiva)

---

[484] TRAVERSO, Partito politico e ordinamento costituzionale, contributo alla determinazione della natura giuridica del partito. Milano, Giuffrè, 1994, p.167.

[485] Do original: “I rapporti fra partiti e sindacati) "possono essere esaminati sotto un aspetto descrittivo, sulla base degli elementi forniti dall'indagine storica, e delle tendenza da essa desumibili, oppure sotto un aspetto valutativo, deontológico. I due modi di considerazione sono separabili solo astrattamente, in quanto ogni esame di fatti presuppone un criterio di scelta e di interpretazione dei mesemi e quindi deve muovere da giudizi di valutazione, e vice-versa ogni tendenza verso un dover essere non può non radicarsi nell'esperienza e non tener conto degli orientamenti che da essa si esprimono.”. MORTATI, Costantino. "Sindacati e partiti politici" de 1951 (Raccolta di scritti, vol, 33). P.85.

refere-se ao estudo empírico e histórico desses fenômenos, identificando elementos concretos e tendências observadas ao longo do tempo. A segunda (deontológica), por outro lado, compreende a avaliação ética e normativa acerca do papel ideal desses atores sociais e políticos. Contudo, Mortati alerta que, embora conceitualmente essas duas abordagens sejam distintas, na prática são mutuamente implicadas. Isso ocorre porque qualquer análise dos fatos históricos inevitavelmente pressupõe critérios prévios de seleção e interpretação, que são, por sua natureza, carregados de juízos valorativos. Da mesma forma, toda proposta normativa sobre como deveriam ser essas relações necessita estar fundamentada na experiência histórica concreta, levando em consideração as tendências que emergem das práticas reais. Assim, Mortati sugere que a análise rigorosa das relações entre partidos e sindicatos exige uma integração fluida e consciente entre o que é (aspecto histórico-descritivo) e o que deveria ser (aspecto valorativo-deontológico). O significado da transição da visão de Mortati é apresentado por Gustavo Zagrebelsky:

> Numa primeira fase, o primado era reconhecido aos partidos, enquanto forças portadoras dos fins e dos valores constitutivos da constituição material. Mas quase imediatamente, diante da inclinação dos sindicatos para a política geral e da consonância de sua atuação com os fins sociais da constituição, não se hesita em reconhecer-lhes a capacidade de contribuir, com os meios que lhes são próprios, para a orientação política geral.[486]

A ênfase à importância da participação dos grupos sociais em Mortati, ainda na terceira fase de seu pensamento, ancora-se no conceito de “comunidades intermediárias” em Mortati e está presente em toda a sua obra, atingindo sua máxima potência no contexto republicano, em que se configura na dialética e oposição entre diferentes ideias contributivas para a orientação política. Nesse sentido relembra Francesco Saja, em seu ensaio *"Le lezione di Costantino Mortati"*, ao abordar que as razões pelas inatuação a Constituição na visão do jurista calabrês e afirmar que a falta de ação verdadeiramente representativa dos grupos sociais não só era apontada por Mortati como foi objeto de muitas fundamentações de suas sentenças quando juiz da Corte Constitucional. Segundo o autor:

> A multiplicidade e a diferenciação dos grupos sociais, concebidos como instrumentos de liberdade e democracia, levam à consideração de um

[486] Do original: “In uma prima fase, il primato era riconosciuto ai partiti, in quanto forze poratrici ei fini e dei valori costitutivi della costituzione materiale. Ma quase súbito, di fronte alla propoensione alla politica generale dei sindacati e alla consonanza di uesti ai fini sociali della costituzione, non si esita a riconoscere ad essi la capacità di oncorrere, com i mezzi loro propri, all'indirizzo politico generale.”. ZAGREBELSKY, op.cit. p.85.

> aspecto fundamental do ensinamento de Mortati: a exaltação do pluralismo social, que, em outros tempos, era considerado perigoso para a unidade e a autoridade do Estado[487].

Esse ponto é fundamental para compreender os elementos de efetivação da constituição material em Mortati. Sua perspectiva afasta-se novamente do formalismo e não se limita-se a considerar como agentes relevantes apenas as estruturas estatais. Mortati reconhece na ação concreta dos grupos sociais, inclusive aqueles organicamente organizados, fontes da constituição em sentido material, a passo que representam forças reais, capazes de operar política e ideologicamente, sendo, portanto, jurídicas, através da diferenciação. Nesse sentido, Saja explica:

> A ação das formações coletivas, mesmo aquelas fundadas em bases voluntárias, como os partidos políticos e os sindicatos, e não necessariamente dotadas de uma estrutura organizativa rígida, proporciona, por vezes, uma contribuição essencial para o desenvolvimento da vida nacional e, em particular, para a efetivação das garantias constitucionais.[488]

A partir dessas conclusões, Mortati abre espaço para uma proposta de constituição material que prioriza a pluralidade de forças sociais operantes, tendo em vista os meios capazes de organizar não só a sociedade, mas os valores fundamentais para a orientação política da vida de uma nação. Há, então, uma ruptura completa com a visão estatalista e a abertura para a consideração de elementos valorativos da sociedade com base em sua substância, isto é, valor material. Essa última e mais sofisticada versão de seu pensamento intelectual cristaliza-se como a constituição em sentido material, a partir do fundamento da concretude e realismo que permearam seu desenvolvimento teórico desde o início.

### *3.5.4. Garantias Constitucionais e os perigos da cristalização constitucional*

As garantias constitucionais consistem tema a qual Mortati dedica especial atenção ao abordar as formas de *efetivação* da constituição material e que coloca em xeque o papel da Corte Constitucional. Dado o contexto de omissão legislativa e

---

[487] Do original: “La molteplicità e differenziazione del gruppi sociali, concepiti quali strumenti di libertà e di democrazia, inducono alla considerazioni i n aspetto fondamentale dell'insegnamento dei Mortati: l'esaltazione del pluralismo sociale, in altri tempi considerato pericoloso er l'unità e l'autorità dello Stato.”. SAJA, Francesco. Introduzione ai lavori: La lezione di Costantino Mortati. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.

[488] Do original: “L'azione dele formazioni colletive, anche fondate su basi volontarie, quali i partiti politici e i sindacati, e non necessariamente dotate di rígida struttura organizativa, fornisce un contributo talora essenziale allo svolgimento della vita nazionale, ed in particolare, all'atuazione dele garanzie costituzionali.”. Ibidem p.29.

inoperância parlamentar que assombrava o contexto político italiano, os limites e função da Corte Constitucional em suprir essas lacunas é colocado em discussão não só pela doutrina de Mortati, que com suas *Istituzzioni* se focam a partir dos anos 60 especialmente em problemas estruturais constitucionais.

Na mesma senda, a atuação da Corte Constitucional se torna assunto de interesse da juspublicística italiana na década de 50 do *novecento giuridico*, e, sobretudo, a partir de 1956 quando pronuncia sua primeira sentença, mais especificamente em 14 de junho. Como aborda Maurizio Fioravanti, o contexto do novo poder constituinte apresenta ao mesmo tempo a possibilidade de concepções que superam o juspositivismo formalista, mas que necessitam de não confundir a política com o direito. Nesse contexto, se foca em *"uma efetivação da Constituição, que significasse essencialmente seu pleno reconhecimento como norma jurídica, colocada no vértice do ordenamento, e como tal utilizada e aplicada pelos juízes na interpretação das leis e em sua eventual invalidação*"[489]. Sobre o tema, Mortati elabora a a categoria “garantias constitucionais”, articulando-a com a problematização sobre a função da Corte Constitucional na efetivação da constituição material. Atenção especial é dada ao assunto ao abordar a questão da concretização das normas programáticas. Sobre o tema, Maurizio Fioravanti explica que “a conhecida tese mortatiana da não justiciabilidade das normas programáticas se justifica exatamente porque estas devem ser implementadas pelo legislador ordinário no âmbito de uma diretriz política fundamental já presente na constituição material”.[490]

Mortati argumenta, portanto, que as normas programáticas, embora essenciais na constituição material, não são imediatamente justificáveis. Cabe ao legislador ordinário transformar esses princípios gerais em ações políticas concretas. No entanto, a efetivação da constituição material não se esgota na intervenção da Corte Constitucional, mas envolve uma articulação mais ampla entre o poder político e a sociedade civil organizada. Fioravanti, abordando a percepção de Mortati sobre a

---

[489] Do original: “un'attuazione della Costituzione, che significasse essenzialmente suo pieno riconoscimento come norma giuridica, posta al vértice dell'ordinamento, e come tale utilizzata ed applicata dai giudici, nella interpretazione delle leggi, e nella loro eventuale invalidazione.” FIORAVANTI, Maurizio. per una storia ella legge fondamentale in Itália: dallo Statuto alla Costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. (a cura di). Il Valore dela Costiuzione. Laterza: Roma - Bari. 2009. P.29.

[490] Do original: a nota tesi mortatiana della non giustiziabilità delle norme programmatiche, proprio perché queste devono essere attuate dal legislatore ordinario nel quadro di un preciso indirizzo politico fondamentale già presente nella costituzione materiale.". FIORVANTI, 1990, op.cit. p.77.

articulação entre normas programáticas, o papel da Corte e a concreção da constituição material, prossegue:

> Também neste âmbito encontramos, de fato, em posição absolutamente central, o conceito de constituição em sentido material. Este atua agora não apenas no plano — como vimos — do poder constituinte e da soberania popular, mas também, e mais propriamente, no plano da normatização positiva, como critério fundamental de interpretação das normas constitucionais e, ao mesmo tempo, como esquema orientador da atividade legislativa.[491]

Neste sentido, a interpretação constitucional, para Mortati, não é um privilégio dos tribunais, mas um processo plural e dinâmico que envolve também os grupos sociais e as instituições políticas, os quais, ao atuarem concretamente na esfera pública, materializam os objetivos constitucionais, fortalecendo a conexão entre norma jurídica e realidade social. De fato, Mortati não só retira a exclusividade da interpretação constitucional dos tribunais (e da Corte, no caso da análise). Conforme Antonio Cervati, a perspectiva Mortatiana abre espaço para uma intepretação constitucional aberta, incluindo agentes sociais além da estrutura estatal, sendo essa uma chave da efetivação (*attuazione)* da constituição material:

> A interpretação da constituição permanece, além disso, aberta também em razão da pluralidade de intérpretes que a própria constituição prevê, entre os quais, em primeiro lugar, os juízes ordinários, mas também outros órgãos do Estado, que cooperam para a implementação da constituição, assegurando que ela não permaneça um texto inerte.[492]

Na defesa dessa proposta, alerta para o monopólio da interpretação por estas instituições, o que poderia levar ao que chama em seu ensaio sobre o tema, *"Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali",* em que defende a necessidade de se evitar o "*perigo de uma cristalização constitucional"*[493]*.* A atuação exclusiva por parte dos órgãos institucionais do Estado afastaria as possibilidades de reconhecimento da dinamicidade oriunda da sociedade em si. É imperioso que o sistema constitucional seja dinâmico e esteja em constante diálogo com a evolução

---

[491] Do original: "Anche in questo ambito troviamo infatti, in posizione del tutto centrale, il concetto di costituzione in senso materiale. Questo opera ora, non solo sul versante - come abbiamo visto - del potere costituente e della sovranità popolare, ma anche, e più propriamente, sul versante della normazione positiva, come criterio fondamentale d'interpretazione delle norme costituzionali ed insieme come schema orientativo della attività legislativa.". Ibidem.

[492] Do original: "L'interpretazione della costituzione resta inoltre aperta anche per la pluralità degli interpreti che la stessa costituzione prevede, fra cui in primo luogo i giudici ordinari, ma anche altri organi dello Stato, che cooperano all'attuazione della costituzione, assicurando che non resti un testo inerte". CERVATI, Angelo Antônio. Le Garanzie Costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati. In: Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. 1990. P.453.

[493] Mortati, Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali, Milano, 1964, p. XI.

social e política, reconhecendo, inclusive, outras formas de interpretação constitucional além daquelas institucionais. A ruptura com o exclusivismo estatal atinge seu ápice nesse momento do pensamento jurídico de Costantino Mortati. Nesse sentido, Antonio Cervati explica:

> Para que não se instaure um monopólio da interpretação constitucional por parte da corte constitucional e para que se contribua à manutenção do contato vivo com a consciência social, Mortati insiste na exigência da persuasividade da argumentação da sentença e na introdução do voto dissidente do juiz.[494]

A atuação de cada juiz não pode admitir uma atividade interpretativa que não se baseie, fundamentalmente, na *"avaliação dos interesses sociais concretos que, na constituição viva, encontram sua salvaguarda fundamental.[495]".* A constituição viva, isto é, a constituição em sentido material, deve ser o fundamento material de toda atuação estatal, e não o contrário. Segundo Mortati, a autoridade e legitimidade da constituição material provém " *de sua estreita adesão ao sentimento popular"*[496]*,* o que explica, por fim, a importância dada ao art. 1º da Constituição da República, e, ao princípio da soberania popular.

Ao analisarmos sua obra de forma, é possível identificar que há elementos que estruturam a noção de constituição em sentido material em Mortati desde sua primeira fase intelectual, demonstrando, assim, quais são os elementos estruturantes de sua teoria e como funcionam. A ênfase à importância da participação dos grupos sociais em Mortati ancora-se no conceito de "comunidades intermediárias" e está presente em toda a sua obra, tomando especial relevo e fortalecida prevalência no contexto republicano, quando a dialética entre ideias políticas distintas contribui para a orientação política estatal. É coerente com o fato de que Mortati compreende a constituição material não apenas como um conjunto normativo, mas como um programa político que orienta escolhas fundamentais. A constituição, para se realizar plenamente, deve refletir uma unidade teleológica, ou seja, estar orientada para um fim político fundamental que una sociedade e Estado. Desta feita, compreendemos

---

[494] Do original: "Perché non· si instauri un monopolio dell'interpretazione costituzionale da parte della corte costituzionale e si contribuisca a mantenere vivo il contatto con la coscienza sociale, Mortati insiste sull'esigenza della persuasività della argomentazione della sentenza e sull'introduzione dell'opinione dissenziente del giudice.". CERVATI, 1990, op.cit. p.465.

[495] Do original: "dalla valutazione dei concreti interessi sociali che nella costituzione vivente ricercano la loro fondamentale salvaguardia". MORTATI, Costantino. Le opinioni dissenzienti dei guidici costituzionali ed internazionali, Milano, 1964, XI,

[496] Do original: "dalla sua stretta adesione al sentimento Popolare". Ibidem.

que a constituição material diz respeito a um núcleo valorativo vivo, dinâmico e extraído da sociedade organizada. Deve ser o fundamento da criação da constituição formal, mas também seu critério de validade e efetividade. A constituição material é o fundamento de legitimidade de toda a ordem estatal e extra-estatal e corresponde aos valores sociais fundamentais, capazes de estabilizarem-se na sociedade e portadores da capacidade programática - que vincula (e deve vincular) toda a estrutura institucional para o cumprimento de sua finalidade teleológica.

É nesta toada que o autor desenvolve sua teoria das "garantias constitucionais", articulando uma estrutura capaz superar a dicotomia entre garantias exclusivamente jurisdicionais e políticas, ao propor uma abordagem integrativa que reconhece o papel central das garantias internas na manutenção da ordem constitucional. Conforme Antonio Cervati, Mortati enfatiza que a efetividade da constituição se materializa por meio da atuação coordenada de múltiplos atores institucionais, garantindo que o texto constitucional não permaneça um "texto inerte", mas um instrumento dinâmico de transformação política e social. Efetivação, pluralismo, dialética e realismo possuem uma conexão indissociável na teoria da constituição material, significando que quanto mais articuladas forem as forças sociais, através do diálogo institucional ou extra-institucional, maior a capacidade de efetivação da juridicidade emergente. Nesse contexto, as garantias internas têm uma função essencial na manutenção da ordem constitucional e são fundamentais para garantir o funcionamento contínuo das instituições. Cervati destaca que, para Mortati, as garantias internas não podem ser negligenciadas ao se discutir a estrutura das garantias constitucionais:

> No sistema mortatiano, nunca se perde totalmente a atenção às garantias não jurisdicionais, não apenas porque todo o quadro das garantias é sustentado por uma concepção unitária do direito objetivo, que tem como fundamento a 'constituição material' do Estado, mas também porque, segundo Mortati, não se deve ignorar que, sobretudo, as 'garantias internas' desempenham uma função de garantia de importância primária — de tal relevância que sua consideração não pode ser negligenciada em uma reconstrução jurídica do sistema de garantias voltadas a assegurar a manutenção da ordem constitucional.[497]

[497] Do original: "Nel sistema mortatiano non viene mai meno del tutto l'attenzione per le garanzie non giurisdizionali, non solo perché tutto il quadro delle garanzie è sorretto da una concezione unitaria del diritto obbiettivo, che ha come fondamento la « costituzione materiale» dello Stato, ma anche perché, secondo Mortati, non si deve disconoscere che soprattutto le « garanzie interne » svolgono una funzione di garanzia di importanza primaria, di tale rilievo che la considerazione di esse non può essere trascurata in una ricostruzione giuridica del sistema delle garanzie intese ad assicurare il mantenimento dell'ordine costituzionale". CERVATI, 1990, op.cit. p.429.

Diferente das concepções normativistas ou exclusivamente procedimentais, Mortati compreende a constituição não apenas como um conjunto de normas codificadas e sujeitas à jurisdição constitucional, mas como a expressão de uma ordem concreta, viva, fundamentada na unidade política real e nos interesses sociais dominantes. É por essa razão que com sua concepção das garantias, Mortati recusa uma concepção jurisdicionalista exclusiva das garantias constitucionais, ou seja, a ideia de que a preservação da constituição dependa apenas da atuação dos tribunais, especialmente do controle exercido pela corte constitucional.

Essa visão está vincula-se à concepção de Mortati unitária do direito objetivo, no qual o direito não é apenas norma positiva, mas expressão concreta de uma estrutura político-social. Assim, os mecanismos institucionais, as práticas políticas e os arranjos sociais que garantem a continuidade do "núcleo diretivo" da constituição material são também garantias fundamentais da ordem constitucional, às vezes mais eficazes e estruturantes do que o controle judicial tradicional. Por outro lado, as garantias externas são atribuídas a órgãos externos e têm uma função específica e exclusiva:

> Mortati contrapõe, nas *Instituzioni*, às garantias 'internas' e 'indiretas' — ou seja, àquelas que se colocam como instrumentos para o melhor alcance dos fins em vista dos quais se exerce uma função pública — as garantias 'externas' e 'diretas', aquelas confiadas a 'órgãos estranhos aos que exercem a função' e nas quais a função de garantia se apresentaria como 'específica e exclusiva'[498].

Podemos perceber, portanto, que o conceito de "constituição efetivada" em Mortati, que está relacionado à efetivação prática dos princípios constitucionais, encontra respaldo nessa estrutura de garantias, pois Mortati enfatiza que a efetividade da constituição não depende exclusivamente de mecanismos jurisdicionais, mas também de garantias internas que assegurem o funcionamento cotidiano das instituições. Isso implica que a constituição material não deve ser vista apenas como um conjunto de normas estáticas, mas como um instrumento dinâmico que necessita de mecanismos internos para garantir sua aplicação prática.

---

[498] Do original: "Mortati contrappone, nelle « Istituzioni », alle garanzie « interne » e « indirette », alle garanzie che si pongono cioè come strumenti per il migliore raggiungimento degli scopi in vista dei quali è esplicata una funzione pubblica, le garanzie « esterne » e «dirette », quelle affidate « ad organi estranei a quelli attivi » e nelle quali la funzione di garanzia si porrebbe come « specifica ed esclusiva". CERVATI, ibidem.

Por fim, uma chave de leitura riquíssima para a interpretação da efetivação da constituição material em Mortati reside em sua própria atuação como juiz da Corte Constitucional. Embora seja matéria prolífica, cujo escopo geraria um outro trabalho próprio e cujo objeto, certamente, traria bons frutos às lentes de interpretação jurisdicional, cabe-nos nesta sede ao menos delinear que, segundo os estudiosos de sua atuação, Mortati enquanto juiz autuou na prática suas ideias. Decidiu conforme condições históricas e sociais de cada caso, aplicando o princípio da congruência na íntima efetividade dos dispositivos constitucionais. Sobre esse tema, é relevante o relato de Francesco Saja:

> Por meio da participação nas decisões colegiadas e da redação de numerosas sentenças fundamentais, o juiz Mortati contribuiu significativamente para dar aplicação concreta aos institutos concebidos em sede teórica e formulados de maneira abstrata pela Assembleia Constituinte.[499]

As reflexões sobre a efetividade da constituição material, como visto, complementam as construções teóricas de Mortati sobre sua mais célebre criação. De igual monta, reforçam todos os termos que já tinham sido manifestados de maneira abstrata e conceitual, aplicando-os à prática. Seja através da análise dos mecanismos que devem participar da concretização constitucional, seja através da própria efetivação na prática e os parâmetros hermenêuticas em que deve se basear: bases históricas e sociais, pautadas nas reais dinâmicas de força e poder que operam a sociedade. São a base da constituição em sentido material e também o seu parâmetro de operacionalização.

### *3.5.5. Efetividade da constituição material como prática discursiva*

Os temas que Mortati trabalha nessa fase e a forma como suas teorias se operam na sua atuação prática na Corte criam condições para uma análise que se beneficia especialmente da metodologia da análise do discurso, especificamente a partir da noção foucaultiana de práticas discursivas, que se revela especialmente

[499] Do original: “Attraverso la partecipazione alle ecisioni collegiali e la redazione di numerose fondamentali sentenze il giudice Mortati contribuì altamente a dare concreta applicazione gli istituti concepiti in sede teorica e astrattamente formulati ttraverso l'opera dell'Assemblea constituente.”. Francesco Saja. Introduzione ai lavori: La lezione di Costantino Mortati. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. P. 31.

apropriada à análise da operacionalização concreta da constituição em sentido material.

A adequação metodológica aplica-se bem, uma vez que a teoria mortatiana da constituição material não se limita à descrição estática de estruturas jurídicas ou políticas, mas enfatiza o modo como tais estruturas operam ativamente, produzindo efeitos concretos e tangíveis sobre a realidade institucional e social. Conforme ensina Michel Foucault, as práticas discursivas não dizem respeito apenas ao que é dito ou enunciado, mas também ao que é efetivamente realizado, legitimado ou instituído pela ação discursiva, transformando-se em práticas institucionalizadas que organizam e estruturam a realidade social[500]. Essa dialogicidade pode ser vista claramente no princípio da congruência adotado por Mortati.

Ao enfatizar o caráter operativo e realizador da constituição material, Mortati demonstra como esta constitui um dispositivo que, através das instituições e práticas jurídicas, torna possível a tradução de um determinado direcionamento político em estruturas concretas, com capacidade de intervenção real sobre a sociedade. Essas estruturas e instituições, no sentido foucaultiano, são precisamente os espaços onde o discurso jurídico-político deixa de ser apenas normativo e passa a constituir-se em uma prática discursiva, capaz de criar e transformar contextos sociais concretos, além de delimitar o campo de possibilidades para ações e decisões institucionais. Nesse sentido, a questão central da efetivação não é apenas jurídica ou política, mas discursiva: trata-se de compreender como o discurso constitucional torna-se uma prática institucional que produz efeitos na realidade concreta. Ao abordar a questão da efetividade da constituição material, a análise discursiva pode evidenciar como as forças sociais e políticas mobilizam discursos constitucionais específicos, transformando-os em práticas capazes de influenciar, direcionar ou modificar a realidade jurídica e social. É precisamente isso que Teresa Serra identifica como sendo uma característica essencial da reflexão tardia de Mortati, ao analisar como o princípio da soberania popular (art. 1° da Constituição italiana) torna-se um discurso mobilizador que legitima e institucionaliza práticas políticas alternativas, fora dos arranjos institucionais tradicionais[501].

Essas práticas discursivas, por sua vez, criam novos espaços de legitimidade, não apenas pelo poder das palavras, mas pela capacidade de produzir efeitos reais,

[500] FOUCAULT, 1969, op.cit. p. 38.
[501] SERRA, 2016, op.cit. p. 3-4.

de operar materialmente e institucionalmente. O discurso constitucional, compreendido dessa maneira, não é apenas um conjunto estático de prescrições normativas, mas uma série contínua de ações institucionais, um sistema dinâmico e auto-atualizável de práticas que conferem ao ordenamento jurídico uma eficácia concreta.

É também por meio dessas práticas discursivas que se estabelece o espaço institucional para a resistência constitucional democrática, conceito amplamente abordado por Mortati na fase final de seu pensamento. A resistência não se limita a uma ação negativa ou disruptiva, mas constitui uma prática discursiva positiva e construtiva, capaz de restabelecer ou garantir o conteúdo fundamental da constituição material quando as práticas discursivas tradicionais (institucionais ou parlamentares) se mostram ineficazes ou insuficientes. Desse modo, a metodologia discursiva empregada neste tópico permite aprofundar a compreensão sobre como os discursos constitucionais não só representam ou descrevem uma realidade institucional, mas participam ativamente de sua construção prática, operando transformações reais nas relações jurídicas, sociais e políticas. A constituição material mortatiana, interpretada como prática discursiva, revela-se assim como dispositivo vivo, em constante interação com o contexto histórico, institucional e social no qual se situa.

## 3.6. CONSTITUIÇÃO MATERIAL EM DISPUTA: IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES E BASE PARA INVESTIGAÇÃO

A constituição em sentido material, conforme construída por Costantino Mortati, não é uma estrutura normativa estática e imutável, mas um dispositivo jurídico-político que se realiza através de práticas discursivas e da operacionalização concreta dos princípios constitucionais. Seus pressupostos teóricos revelam uma dimensão que vai além da estrutura normativa ou jurídica, articulando os elementos sociais e históricos em práticas de poder que permeiam todas as estruturas institucionais na concreção de uma finalidade em comum: o fim político.

Para tanto, Mortati insere a constituição material no campo das práticas discursivas que interagem com os processos históricos e políticos. Não estando apenas sujeita a processos interpretativos internos ao direito positivo, a constituição material está, fundamentalmente, imbricada em dinâmicas sociais que condicionam sua efetividade e aplicação. Essa perspectiva crítica possibilita uma leitura da

constituição material não apenas como um elemento jurídico abstrato, mas como um campo de disputa contínua, no qual diferentes forças políticas e sociais buscam consolidar interpretações e direções práticas. Assim, a operacionalização da constituição não é um processo uniforme nem pacífico, mas um campo aberto de disputas discursivas e práticas políticas que procuram estabilizar determinados significados e orientações.

A partir deste ponto, o presente trabalhou articulou os principais elementos que, de acordo com uma abordagem da obra de Mortati, estruturam os pressupostos teóricos de sua teoria. Ao articulá-los com os autores com quem dialogou e contextualizá-los no ambiente intelectual e nas transições políticas do pensamento de Mortati, foi possível identificar quais são aquelas estruturas fundamentais que integram sua noção de constituição material de maneira suficientemente estável e linear a ponto de ser possível identificá-la como teoria geral. A partir dessa investigação, que passou primeiro pela revisão das ideias que dialogam com a materialidade em seus principais interlocutores (capítulo 2) e então com a análise de sua própria obra, através da depuração de seus elementos (capítulo 3), podemos então delimitar uma base de pesquisa para a investigação no contexto brasileiro. Isto é, para localizar os usos e discursos sobre a noção de constituição material no pensamento jurídico brasileiro, iremos basear-nos nos elementos estruturantes da teoria mortatiana da constituição em sentido material, que podem ser identificados a seguir:

*Unidade teleológica (ou, unidade política):* A constituição material, para Mortati, deve ser compreendida como um projeto político que orienta as estruturas estatais para um fim coletivo. A unidade teleológica representa a convergência de forças sociais em torno de objetivos fundamentais, estabelecendo a continuidade e a eficácia dos princípios constitucionais. No Brasil, esse elemento será analisado observando-se como os diferentes contextos políticos (autoritarismo e redemocratização) interpretaram e operacionalizaram essa ideia.

*Comunidades Intermediárias:* Um dos aspectos centrais da constituição material mortatiana é o papel de estruturas mediadoras no processo de representação política. Estas estruturas chamadas comunidades intermediárias são elementos dinamizadores da ordem constitucional e apresentam-se em contextos que facilitam a centralização ou a dialética, a depender da fase do pensamento político de Mortati. Partidos políticos, sindicatos e movimentos sociais são exemplos de forças sociais

que garantem a efetividade prática da constituição. Para a análise no contexto do Brasil, nos voltaremos para como essas comunidades foram mobilizadas ou marginalizadas pelo pensamento jurídico brasileiro durante os períodos de 1920 a 1988, refletindo adaptações contextuais do conceito.

*Função e Matéria constitucional:* A teoria da constituição material de Mortati estabelece que a função constitucional está intimamente ligada à definição de seu conteúdo político fundamental, refletindo a unidade teleológica que orienta as estruturas estatais. Ao analisarmos sua tradução cultural para o contexto jurídico brasileiro, investigaremos as formas não lineares de sua apresentação, a partir das ressonâncias variadas que se apresentam conforme os diferentes períodos históricos e as demandas políticas locais.

No pensamento jurídico brasileiro, será investigado como a função e a matéria constitucionais foram mobilizadas tanto como mecanismos de centralização autoritária quanto como instrumentos de fortalecimento da participação política, demonstrando que a apropriação da teoria mortatiana se deu de maneira plural e criativa, configurando um campo discursivo em disputa. Além disso, investigaremos como a categoria de núcleo valorativo fundamental apresenta-se no pensamento jurídico brasileiro, e quais os marcos conceituais que preenchem significado a este elemento, a partir dos pressupostos teóricos da constituição em sentido material.

*Efetividade institucional:* A operacionalização da constituição material depende do papel e do poder exercido pelos mecanismos institucionais. Sua efetivação, elemento que Mortati destaca como central para evitar que o texto constitucional permaneça inerte, serve de lente para análise das práticas institucionais e, ainda, para análise da congruência entre teoria constitucional e prática. Essa chave de leitura será utilizada na análise do pensamento jurídico constitucional brasileiro entre 1920 e 1988, investigando-se como a efetivação da constituição material no contexto brasileiro oscilou entre tentativas de garantir estabilidade institucional e esforços para concretizar direitos sociais, evidenciando que a apropriação local do conceito mortatiano se deu por meio de práticas discursivas heterogêneas e permeadas por conflitos políticos.

Registre-se que a análise a seguir não fará uso da ferramenta da "comparação", tampouco da "recepção" ou "transplante jurídico", sendo estes conceitos que não comportam a metodologia do presente trabalho. Conforme fundamentado no primeiro capítulo, será utilizada, aliada a análise do discurso, a

tradução cultural. Conforme proposto por Thomas Duve, essa metodologia permite compreender que a recepção de uma teoria jurídica não se dá de forma passiva ou homogênea.

A constituição material, ao ser apropriada no contexto brasileiro, passa por um processo de ressignificação, no qual os atores sociais reinterpretam os elementos teóricos conforme suas próprias necessidades e contextos políticos. Ao longo do próximo capítulo, o conceito de tradução cultural será aplicado como ferramenta metodológica para investigar como a ideia de constituição material, originalmente desenvolvida na Itália pós-fascista (assim como seus pressupostos teóricos em outras partes da Europa, como França e Alemanha), foi reinterpretada no Brasil em diferentes momentos históricos. Não se trata de comparar os sistemas jurídicos italiano e brasileiro, mas de analisar os processos de adaptação, apropriação e ressignificação que ocorreram ao longo da trajetória constitucional brasileira. Tampouco se busca rastrear processos de "saída" e "chegada" diretos, não sendo objeto da presente pesquisa verificar quais autores leram Mortati e em que medida - embora pesquisa prévia já desvele que é escassa sua presença direta. O objetivo será, ao invés disso, investigar a presença das categorias delimitadas no pensamento jurídico dos autores que compõem o recorte brasileiro, com base em uma delimitação teórica. Registre-se que a transmissão de um contexto a outro é inerentemente complexo, devendo estes elementos ser contextualizados no ambiente discursivo em que se colocam, para evitar generalizações ou simplificações. A investigação irá considerar, portanto, a atuação ativa do contexto brasileiro na transformação do conceito mortatiano. Isso significa reconhecer que os atores sociais brasileiros não receberam a ideia de constituição material como um conceito fechado, mas a moldaram conforme as dinâmicas institucionais, políticas e culturais de cada período histórico.

# 4. A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## 4.1. PREMISSA METODOLÓGICA

A presente tese, até então, dedicou-se a delinear os pressupostos teóricos da constituição em sentido material, tendo como marco principal a teoria de Costantino Mortati, articulada ao pensamento jurídico constitucional europeu que com ela dialoga. A partir desse percurso foi possível identificar os elementos estruturantes da constituição material, criando uma base sólida e definida de investigação para o contexto do pensamento jurídico brasileiro, que constitui o objeto central desta pesquisa. Busca-se, a partir de agora, investigar a relação entre estes elementos estruturantes e sua mobilização pelo pensamento jurídico brasileiro no marco temporal que vai de 1920 a 1988.

Até então tendo utilizado a análise do discurso como aporte metodológico, cumpre neste ponto da pesquisa, incorporar ferramenta metodológica primordial para a análise da realidade brasileira de modo que esta seja capaz de considerar a complexidade do contexto de recepção, consciente dos limites do paradigma da "transferência" ou "influência" jurídica. Para isso, faremos uso da tradução cultural, e este momento inicial do capítulo cumpre a função de delinear como essa ferramenta irá fundamentar nossa análise sobre o pensamento jurídico brasileiro.

A trajetória da constituição em sentido material no pensamento jurídico brasileiro não pode ser adequadamente compreendida senão como resultado de um processo complexo e multifacetado de tradução cultural. Afastamos da nossa metodologia a ideia de comparação - que poderia nos levar a simplificações - e adotamos a ideia de *análise.* Considerando que este processo não se trata de uma mera recepção passiva das formulações teóricas, entendemos que o conceito de constituição material foi, no Brasil, reinterpretado, ressignificado e apropriado em função das demandas políticas, institucionais e sociais específicas de cada período histórico, que contextualizavam o pensamento jurídico dos autores analisados, tendo em vista questões locais próprias de nosso processo de formação enquanto nação pós-colonial.

Procura-se, portanto, identificar os elementos estruturais da constituição em sentido material nas reflexões dos juristas que compõem o breviário do pensamento

jurídico brasileiro e que pensam, a partir de problemas locais, críticas geográfica e politicamente localizadas à construção da estrutura político-jurídica brasileira, passando, assim, por marcos importantes da nossa história, como mudanças constitucionais.

Considerando que este capítulo constitui o coração analítico desta tese, não pretendemos uma abordagem descritiva e sim o mapeamento dos itinerários discursivos pelos quais os elementos estruturantes da teoria mortatiana — a função e a matéria constitucional, a atuação institucional e a efetivação normativa — foram traduzidos culturalmente no contexto brasileiro, entre 1920 e 1988, interpretando discursivamente como eles se apresentam e são mobilizados em seu contexto de enunciação. Assim, a constituição em sentido material será aqui abordada como um dispositivo discursivo aberto, cujos elementos estruturantes são mobilizados e adaptados conforme as demandas e os conflitos que caracterizam o ambiente jurídico-político brasileiro. A utilização da tradução cultural, por sua vez, possibilitará que as categorias previamente sistematizadas a partir da teoria de Costantino Mortati sejam aqui utilizadas como instrumentos heurísticos para observar o modo como os juristas brasileiros selecionaram, adaptaram, omitiram ou transformaram esses mesmos elementos no contexto brasileiro.

A flexibilidade desse modelo permite, ainda, identificar aproximações e distanciamentos entre elementos em ambos os contextos sem uma rigidez cronológica. Isto é, veremos usos que ocorreram “primeiro” em certos autores brasileiros e que possuem ressonância com elementos abordados anos ou décadas depois no uso europeu, sem que se afirme que houve, necessariamente uma influência. A tradução cultural não trabalha com a ideia de transmissão e sim com a análise de categorias a partir de seus pressupostos teóricos. Nossa escolha se justifica - como previamente fundamentado no primeiro capítulo - pelo fato de que a tradução cultural não é passiva e sim criativa e situada histórica e geograficamente. Por isso, nos permitirá identificar os pressupostos na doutrina brasileira, não através de uma comparação direta e sim de uma análise sobre como apareceram ou foram silenciados, para assim responder a algumas perguntas que se fazem indicativas para a investigação do objeto de pesquisa, e são:

*1. Quais funções foram atribuídas à Constituição nos discursos jurídicos brasileiros e como elas expressam disputas em torno da ordem, da autoridade e da transformação social?*

*2. Como a definição da "matéria constitucional" operou como prática discursiva para sustentar diferentes projetos de poder - autoritários e democráticos - ao longo do século XX?*

*3. De que forma os elementos da (in)efetividade constitucional revelam continuidades e rupturas no modo como o direito se mobilizou para dar forma, sustentar ou limitar projetos institucionais no Brasil?*

Como foi dito, para realizar tal análise, opta-se pela identificação e sistematização dos elementos estruturantes da constituição material, extraídos do capítulo passado a partir da análise da teoria mortatiana. A partir de agora, estes servirão como critérios heurísticos para a interpretação dos discursos constitucionais brasileiros. Esses elementos são: a função e a matéria constitucional, a atuação institucional e a efetivação normativa.

A análise se concentrará em compreender como cada um desses elementos foi apropriado ou transformado pelos atores jurídicos e políticos brasileiros, considerando os contextos específicos de sua atuação. Não se pretende, portanto, uma mera constatação de presença ou ausência, mas a apreensão das nuances de sua tradução, enquanto processo ativo de recriação, tensionado pelas condições históricas e pelas práticas institucionais locais. Isso nos levará, portanto, não a procurar a presença material de obras que citam diretamente a teoria de Mortati - que, em pesquisa prévia, já constatamos ser escassa[502] - e sim à investigação a partir de categorias teóricas. Nosso foco está no processo de apreensão (ou negação) dos pressupostos teóricos e não diretamente do autor.

Partimos da mesma lógica para investigar os elementos da função e a matéria constitucional. Para isso, iremos verificar como estas noções foram invocadas ou omitidas no discurso constitucional brasileiro para legitimar tanto projetos de

[502] Embora não seja o objeto da presente pesquisa a presença física de exemplares adquiridos/lidos de Costantino Mortati, pensamos ser um dado relevante a nível complementar. Para isso, foi realizada uma pesquisa nas principais bibliotecas de órgãos públicos do Brasil, obtendo os seguintes resultados: Na Biblioteca da Câmara dos Deputados foi aferida a presença de 6 exemplares de sua autoria em seu acervo, uma edição em espanhol de La costituzione in senso materiale, uma de Raccolta di scritti, uma de Le leggi provvedimento, uma de Atti com forza di legge e sindacato di costituzionalità, uma de Abrogazione legislativa e instaurazione di diritto pubblico, uma de Istituzioni di diritto pubblico e uma cópia do artigo de Elisabetta Canitano, Basso, Mortati e il problema dei partiti politici ala Costituente. Due chiavi di lettura a confronto, distribuídas entre as seções físicas do Senado, Câmara e STF. Na biblioteca do Senado, foi localizada a obra Atti com forza di legge e sindicato di costituzionali, de 1964; Na biblioteca do Ministério da Justiça, dois exemplares de Istituzioni di diritto pubblico, de sua autoria, um de La costituzione in senso materiale e um de L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano.

centralização autoritária quanto processos de afirmação democrática. A tradução cultural, como perspectiva metodológica, permite reconhecer que essas categorias não foram simplesmente transplantadas do modelo italiano (ou francês, ou alemão), mas reformuladas conforme as necessidades políticas e as possibilidades institucionais do Brasil em cada momento. Estando aliado com a metodologia da análise do discurso, esse aporte permitirá continuarmos a análise a partir da verificação de práticas discursivas, razão pela qual esse instrumental irá considerar os juristas brasileiros como sujeitos enunciadores. Sendo assim, os juristas brasileiros não são considerados como simples receptores, mas como agentes que reinterpretaram - ou criaram - elementos relativos à ideia de constituição material conforme seus interesses, posições institucionais e inserção nos debates políticos.

A partir da verificação da posição que ocupavam, o contexto discursivo em que se inscrevem e as operações discursivas (assimilação, rejeição, silenciamento ou recriação da ideia de constituição material), cada uso não será lido como uma mera "influência", mas como uma reconfiguração situada, um exemplo de tradução cultural. Assim, os usos da função constitucional como mecanismo de fortalecimento do Estado nacional, bem como a mobilização da matéria constitucional como estrutura organizativa das instituições, serão analisados a partir das práticas discursivas que lhes conferiram significado no contexto brasileiro. Também seguindo a identificação precedente, a categoria da atuação institucional e efetivação será examinada a partir das estratégias políticas e jurídicas que buscaram operacionalizar ou restringir a eficácia da constituição material no Brasil.

O uso dessa ferramenta metodológica possibilita considerar as complexidades e tensões do processo de tradução. Tal dinâmica implica fricções e hibridizações, ao invés de uma assimilação passiva - que seria puramente teórica, formal e fictícia. Para que essa pesquisa seja realizada, analisaremos de forma crítica as tensões que marcaram a incorporação da constituição material no Brasil, como o uso autoritário da ideia de constituição material para justificar regimes centralizadores, sobretudo nas décadas de 1930 e 1960 e retomada progressista da materialidade constitucional nos anos 1980, agora vinculada a direitos fundamentais e democracia. Deste modo, a tradução cultural se revela não apenas como um processo de deslocamento de ideias, mas como uma chave analítica capaz de evidenciar as disputas discursivas que atravessaram a conformação do pensamento jurídico brasileiro

Considere-se, ainda, que tratando-se de uma tese situada na linha de pesquisa *historicismo crítico*, o uso dessa ferramenta como alternativa ao modelo comparativo, permite adotar-se uma estratégia de historicização crítica. Partimos do pressuposto de que cada ocorrência do uso da constituição material deve ser historicizada, vinculando-se ao contexto político, econômico e social específico. Esse capítulo, portanto, não será uma narrativa linear ou evolucionista, mas uma cartografia dos diferentes usos que essa categoria teve em contextos plurais. Por essa razão não se adotou como critérios definidores dos títulos dos subtópicos os marcos temporais em si, e sim a identificação das categorias a partir da qual podemos analisar períodos históricos específicos.

A metodologia adotada permitirá, portanto, apreender as formas específicas de ressignificação, resistência e apropriação do conceito de constituição material no Brasil, superando modelos reducionistas de recepção ou transplante, e oferecendo uma leitura atenta à historicidade e à complexidade das práticas jurídicas e políticas que conformaram sua trajetória no pensamento constitucional brasileiro.

## 4.2. AMBIENTE INTELECTUAL DOS ANOS 20/30: ANTILIBERALISMO E A BUSCA POR UMA IDENTIDADE NACIONAL

O cenário em que se inicia a nossa investigação possui elementos tão próprios que tornam inadequadas aproximações simplistas com o ambiente intelectual europeu em que surgem os diálogos sobre a materialidade constitucional. Trata-se dos anos 20 no Brasil, período em que uma série de elementos sociais, políticos e econômicos[503] entravam em ebulição, gerando o nascimento de correntes teóricas que se propunham a algo, até então, novo: pensar o Brasil pelo Brasil. Desenvolve-se nesse momento uma corrente de pensadores que critica a construção de um Brasil importado, sem unidade, fragmentado social, cultural e politicamente. Diante de um cenário de engessamento político e institucional, inefetividade constitucional e crise

[503] Para uma análise sobre o contexto de transformação social e econômica do Brasil na Primeira República, é indispensável consultar José Murilo de Carvalho, A construção da ordem (1980), obra que examina como o Estado nacional brasileiro se constituiu a partir da conciliação entre forças conservadoras e modernizadoras.

econômica[504], se inicia a reflexão sobre a crítica antiliberal[505] a partir de uma ótica de país pós-colonial, cujos problemas em muito diferente daqueles das nações europeias, sobretudo em relação a suas raízes. É nessa conjuntura que se situam os juristas cujos pensamentos jurídicos compõem objeto de nossa investigação, razão pela qual, iniciaremos este capítulo contextualizando os principais elementos estruturais que definiam a sociedade brasileira naquele momento, e em especial o ambiente intelectual do antiliberalismo[506].

Os anos 20 no Brasil enquadram-se na conjuntura de consequências de processos que vinham ocorrendo desde o final do século XIX, em especial, a instituição da Primeira República em 1889 e sua Constituição da República em 1891, conhecida como Constituição de Rui Barbosa. A relação entre a Velha República e o liberalismo é indissociável. Conforme Paulo Bonavides e Paes de Andrade, "de um ponto de vista ideológico[507], a Primeira República foi o coroamento do liberalismo no Brasil"[508]. Marcado por mudanças institucionais e políticas significativas, o final do século anterior, conta com a instituição do sistema de governo presidencialista, o federalismo, a garantia de direitos individuais e a introdução do sistema eleitoral de voto universal masculino, através da promulgação da Constituição de 1891, fruto da idealização de Rui Barbosa, que importa elementos significativos do liberalismo anglófono.

> A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, era diretamente influenciada pelo liberalismo estadunidense de Thomas Jefferson, da qual importou a forma de organização do Estado denominada federação, e o

---

504 CANO, W. Da década de 1920 à de 1930: transição rumo à crise e à industrialização no Brasil. Revista Economia, Brasília, v. 13, set-dez 2012, p. 897-916.

505 A crítica às instituições liberais, sobretudo à representação parlamentar, faz parte da cartilha autoritária em diferentes contextos históricos e geográficos. Conforme Santos (2007) indica, une-se a esse elemento a defesa de "decisão personificada" e a "mobilização irracional das massas por um César", elementos que levam, na terceira onda autocrática, segundo Huntington (1994) à figura do hiperpresidencialismo.

506 Embora não esteja no escopo do presente trabalho, também é digno de nota como parte desse percurso Azevedo Amaral. O autor articula uma crítica sistemática à democracia liberal e à ideia de representação política como mediação pluralista. Para ele, o modelo representativo deformava a vontade nacional e retardava as transformações necessárias à consolidação do Estado moderno. Ver: AMARAL, Azevedo. O Estado autoritário e a realidade nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. Sobre o autor, sugerimos: OLIVEIRA, Lúcia Lippi. O pensamento de Azevedo Amaral. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica Pimenta; GOMES, Ângela Maria Castro. Estado Novo: ideologia e poder. Rio de Janeiro:Zahar, 1982.

507 Além dessa perspectiva, deve-se considerar também a visão de Raymundo Faoro, em Os donos do poder (1958), que vê na estrutura patrimonialista brasileira um fator de bloqueio à consolidação do liberalismo político, ao transformar o Estado em instrumento das elites. FAORO, Raymundo. OS DONOS DO PODER: Formação do Patronato Político Brasileiro. São Paulo: Editora Globo S.A., 2012.

508 BONAVIDES, P./ ANDRADE, P. História Constitucional do Brasil - 2ª Edição 1990. Frete grátis. História Constitucional do Brasil - 2ª Edição 1990. P.249.

> sistema de governo presidencialista que possibilitaria novas formas de organização burocrática, mais adaptadas ao novo contexto político brasileiro.[509]

A Constituição e seu novo modelo instituem uma forma de liberalismo político, baseado majoritariamente no modelo estadunidense. Ocorre, porém, que o cenário sociopolítico em que a Constituição se instala no Brasil, com ela não guarda nenhuma coesão. O ambiente político do início do século XX no Brasil foi marcado pelo completo controle de poder pelas oligarquias. O exercício do voto universal masculino foi uma garantia materialmente ineficiente, dominada pela estrutura do coronelismo[510], tornando a representação política uma máscara vazia. Ao mesmo passo, uma massa de operários e ex-escravos adentrava na realidade brasileira com pouco ou nenhum planejamento, enquanto a industrialização progredia e a desigualdade social cravava marcas firmes em solo brasileiro. A exclusão social e a falta de estruturação política eficaz foram as marcas da experiência liberal no Brasil.

> No caso da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, ficou evidenciado que o seu conteúdo liberal econômico não teve força normativa suficiente para implementar, na realidade sócio, política e econômica concreta da nação, relações reais que fossem correlatas aos modos de vida próprios do liberalismo que ela adotava. Basta dizer que o país se reproduziria, sob seus auspícios, como politicamente coronelista, socialmente excludente e eco nomicamente servil, ainda baseado em formas de trabalho semi-assalariadas.[511]

O contraste entre o texto constitucional e a realidade brasileira marcaria a Carta de uma irrefutável inefetividade. A política não acompanhava os ideais democráticos e os discursos de liberdade; a ausência de representação adequada tornava comuns as revoltas pontuais contra os governos oligárquicos e a economia sofria pela falta de um poder político centralizado e eficaz. O liberalismo em sua chegada ao Brasil foi marcado pela inefetividade tanto quanto pela fragmentação política, sintoma de um governo inoperante.

> Apesar da excelência de seus autores e de sua relativa longevidade para os padrões nacionais - quase 40 anos -, a primeira Carta republicana entrou para

---

[509] DE CASTRO, MATHEUS FELIPE; MEZZAROBA, Orides. HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. Revista Em Tempo, [S.L.], V. 17, N. 01, P. 347 - 369, Nov. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível Em: <Https://Revista.Univem.Edu.Br/Emtempo/Article/View/2694>. Acesso Em: 20 July 2025. Doi: Https://Doi.Org/10.26729/Et.V17i01.2694. P.359.

[510] O conceito de “coronelismo”, essencial para compreender esse período, foi consagrado por Victor Nunes Leal, em Coronelismo, enxada e voto (1949), como expressão da simbiose entre poder local e estrutura política nacional.

[511] DE CASTRO, Matheus; MEZZAROBA, 2018, op.cit. p.368.

> a história brasileira como o símbolo da inefetividade constitucional, do ideal frustrado pela realidade, do liberalismo sabotado pelo conservadorismo"[512]

Constrói-se assim um cenário de inefetividade do liberalismo no Brasil entre o final do século XIX e o início do século XX, que constitui uma chave interpretativa fundamental para compreender não apenas o destino das constituições daquele período, mas sobretudo os limites estruturais da modernização política e jurídica brasileira. Afinal, é a partir dessa teia de contrastes que se estrutura o problema nacional de natureza política e identitária que marcará as primeiras intuições brasileiras no tocante ao "pensar o Brasil" pelos pensadores jurídico da época, e que são o *locus* onde residem as primeiras construções teóricas que se relacionam à noção de constituição em sentido material.

Como demonstram Lynch e Souza Neto, a Constituição de 1891 representou a promessa não cumprida de refundação do país, revelando o descompasso entre a adoção formal de modelos institucionais estrangeiros e as condições concretas de sua realização no contexto brasileiro. O liberalismo, importado como ideologia[513] e forma institucional a partir do modelo norte-americano, esbarrou na resistência de uma sociedade oligárquica, marcada pela manutenção das hierarquias sociais, pela exclusão de amplos setores populares e pela prevalência de uma elite agrária que via no Estado mais um instrumento de reprodução de privilégios do que um espaço público democrático. É nesse sentido que afirmam os autores que "as promessas da Constituição de 1891 não se realizaram". Ao ser transplantado, o liberalismo foi apropriado, reformulado e, em certa medida, neutralizado pelas elites locais, que mobilizaram seletivamente seus dispositivos para legitimar a ordem oligárquica e impedir a constituição de um espaço público efetivamente democrático. Nesse processo, práticas autoritárias[514] e conservadoras se impuseram como elemento

---

[512] Lynch, C. E. C., & Neto, C. P. de S. (2012). O CONSTITUCIONALISMO DA INEFETIVIDADE: A CONSTITUIÇÃO DE 1891 NO CATIVEIRO DO ESTADO DE SÍTIO/ THE INEFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONALISM: THE CONSTITUTION OF 1891 IN JAIL OF THE STATE OF SIEGE. REVISTA QUAESTIO IURIS, 5(2), 85-136. https://doi.org/10.12957/rqi.2012.9874

[513] A questão do poder e da ideologia no discurso é abordada por Martínez, para quem o conteúdo dos textos obedece a processos de negociação e depende das dinâmicas de poder que aparecem, em parte, codificadas no discurso. Segundo o autor, "os textos são terrenos de disputa que mostram vestígios dos discursos e as ideologias que se enfrentam e competem por seu predomínio.". MARTÍNEZ, 2012, op.cit. p.121.

[514] Para uma visão geral da formação do pensamento jurídico autoritário brasileiro: Schwartzman, Simon. BASES DO AUTORITARISMO BRASILEIRO. Editora Unicamp, 2015.

estruturante do sistema político, reiterando o *“predomínio oligárquico”*[515] e inviabilizando a concretização das garantias constitucionais.

Foi nesse sentido que a própria estrutura federativa e presidencialista desenhada pela Constituição foi apropriada pelas oligarquias regionais como instrumento de preservação de suas autonomias e de bloqueio a reformas políticas e sociais[516]. Como bem sintetizam os autores, *"a interpretação conservadora da Constituição prevaleceria por toda a Primeira República, justificada a partir de uma ideologia aristocrática, ultra-presidencialista, ultra-federalista, situacionista, reacionária contra qualquer reforma, obcecada pela defesa da hierarquia social*"[517]. Essa dissonância entre direito e realidade gera reflexos em todas as estruturas brasileiras, pautadas então pela artificialidade das tentativas de importar algo estrangeiro e estranho à própria realidade nacional. A denúncia da inefetividade e da fricção entre modelos estranhos e um contexto local, histórica e geograficamente situado não é novidade da historiografia atual e possui como grande marco a obra *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda.

> Trouxemos de terras estranhas um sistema completo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam à vida brasileira. Na verdade, a ideologia impessoal e anti-natural do liberalismo democrático, com as suas maiúsculas impressionantes e com as suas fórmulas abstratas, jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios, até onde eles coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incomoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratarmos com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido.[518]

A crítica buarquiana[519] em *Raízes do Brasil* já indicava que o liberalismo, ao ser transplantado para o solo brasileiro, não encontrou as bases sociais e econômicas

---

[515] Lynch, & Neto, 2018, op.cit. p.86.

[516] Sobre o caráter conservador do constitucionalismo da Primeira República, cabe referir o conceito de “constitucionalismo ornamental”, desenvolvido por Roberto Gargarella em El derecho a la protesta (2011). O autor utiliza essa expressão para designar constituições que, embora formalmente liberais e garantidoras de direitos, funcionam como meros adornos institucionais, desprovidas de eficácia social transformadora. No caso latino-americano — e especialmente no Brasil —, tal fenômeno se manifesta na adoção de modelos constitucionais exógenos, como o norte-americano, dissociados das condições materiais e políticas locais.

[517] Lynch; Souza Neto, op.cit. p. 86.

[518] HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 1999. P.22.

[519] A leitura proposta por Lilia Moritz Schwarcz, em As Barbas do Imperador (1998), oferece uma crítica contemporânea à interpretação clássica de Sérgio Buarque de Holanda acerca do transplante institucional liberal como um fracasso. Schwarcz sugere que, mais do que um deslocamento ineficaz ou artificial de modelos europeus, o processo foi marcado por dinâmicas complexas de hibridização e mestiçagem cultural, nas quais elementos institucionais e simbólicos exógenos foram reaproveitados e ressignificados à luz das especificidades brasileiras. Essa abordagem aproxima-se da concepção de tradução cultural formulada por Peter Burke (Cultural Hybridity, 2009) e Thomas Duve (Entanglements

necessárias para sua efetivação, transformando-se, assim, em um modelo abstrato, dissociado da realidade social. Segundo Buarque, a experiência seria um fracasso, não fazendo parte de sua crítica o elemento central das distinções de contexto, muito embora seja um dos pioneiros a tratar da inefetividade do liberalismo e da necessidade de encontrar modelos baseados na própria realidade brasileira. Apesar de não se desenvolver em Buarque de Holanda, o aprofundamento dos efeitos do contraste entre o Brasil, que vinha sendo trabalhado por autores a ele contemporâneos, seria o pontapé inicial para a formação de um ambiente intelectual pautado pelo nacionalismo, pela crítica ao estrangeirismo e pelas tentativas de pensar o Brasil através de suas próprias estruturas

Esses elementos, ao serem articulados, levariam ao que Schwarcz e Starling em *Brasil: uma biografia*, identificam como uma crise de identidade brasileira. Para as autoras, desde o final do século XIX, prologando-se pelas décadas de 20 e 30 do século XX, o país enfrentou uma crise profunda de identidade, marcada pela tentativa de construir uma nação moderna e integrada, mas ancorada em estruturas sociais profundamente excludentes. Sob a lente metodológica da tradução cultural, esse processo deve ser lido não como uma mera falha ou um déficit em relação a modelos ideais, mas como um fenômeno próprio das sociedades pós-coloniais, que elaboram suas instituições jurídicas e políticas a partir de processos criativos, situados e, muitas vezes, ambivalentes de apropriação, resistência e ressignificação de ideias importadas. A crítica ao liberalismo[520], nesse contexto, não emerge apenas da sua

---

in Legal History, 2014) que utilizamos na presente tese, tendo em vista que segundo essa corrente contemporânea a circulação de ideias jurídicas e políticas não deve ser compreendida como um simples processo de transplante ou influência unidirecional, mas como uma prática de reinterpretação situada, condicionada pelas experiências históricas e pelos regimes discursivos do contexto de chegada. Assim, Schwarcz evidencia que os processos históricos brasileiros não se limitam a copiar ou falhar em imitar modelos externos, mas operam, antes, como traduções culturais criativas que dão origem a formas políticas e institucionais originais. Essa concepção reforça o argumento central que trazemos nesta tese, isto é, de que o constitucionalismo brasileiro, ainda que marcado por elementos exógenos, construiu-se através de processos ativos de ressignificação, os quais se inscrevem no marco teórico-metodológico da tradução cultural, superando modelos explicativos binários baseados apenas na oposição entre êxito ou fracasso. Apesar disso, Buarque de Holanda tem papel central no contexto em que posicionou suas críticas, em especial no reconhecimento da inadequação do liberalismo e da necessidade de procurar elementos identitários do Brasil por si mesmo.

[520] Sobre a formação histórica da crítica ao liberalismo no Brasil, cumpre destacar que tal processo não se constituiu repentinamente nos anos 1920 ou 1930, mas se sedimentou em camadas sucessivas, sendo possível identificar suas raízes na própria crise do Império. Como demonstra Angela Alonso, em Ideias em Movimento: A Geração de 1870 na Crise do Brasil-Império, a chamada “Geração de 1870” já articulava uma crítica incisiva ao liberalismo político importado, denunciando sua insuficiência para enfrentar as contradições sociais e raciais do país. Essa geração foi responsável por inaugurar um “ciclo de crítica e reforma das instituições herdadas”, antecipando muitos dos diagnósticos que reapareceriam, com novas configurações, nas décadas seguintes, inclusive no antiliberalismo dos anos

ineficácia prática, mas da percepção aguda de sua inadequação à realidade brasileira, onde a desigualdade estrutural e a exclusão social inviabilizavam a concretização das promessas liberais de liberdade e igualdade. Sobretudo, ao processo de importação institucional, trazendo-se um modelo que não nasceu das estruturas brasileiras e não levava em consideração a realidade nacional.

Se na análise europeia, o antiliberalismo e falta de governabilidade materializada, em especial, pela experiência da República de Weimar e historicamente situada em um contexto entre-guerras de nações antigas seria o contexto para a emergência das teorias constitucionais que levam aos elementos da constituição material, no Brasil será diferente. As críticas ao liberalismo, à fragmentação política e à importação de tendências estrangeiras serão os elementos em comum entre os autores que passam a escrever, em especial a partir dos anos 20 - mas mesmo antes deles- sobre novos projetos de Brasil e de direito a partir de propostas institucionais e jurídicas de reorganização nacional, em que podemos identificar elementos estruturantes da Constituição em sentido material. Conforme Antonio Candido, no prefácio à edição de 1967 de Raízes do Brasil, ao referir-se a Alberto Torres e Oliveira Viana, afirma que constituem os primeiros autores desse movimento e que serão, como veremos a seguir, integrantes teóricos do movimento classificado como *integralismo*. Sobre eles:

> Caberia aqui, aliás, uma reflexão desapaixonada sobre esses adversários da mesma geração, em geral integralistas. Apesar da estima pessoal que tínhamos eventualmente por alguns deles, nós os reputávamos representantes de uma filosofia política e social perniciosa, sendo, como era, manifestação local do fascismo. No entanto, a distância mostra que o integralismo foi, para vários jovens, mais do que um fanatismo e uma forma de resistência reacionária. Foi um *tipo de interesse fecundo pelas coisas brasileiras, uma tentativa de substituir a platibanda liberalóide por algo mais vivo.*[521]

É a partir desses elementos que construímos uma visão geral do contexto discursivo em que se começa a construir o pensamento jurídico no Brasil a partir da inflexão e crítica sobre o liberalismo enquanto modelo importado inadequado à realidade brasileira. É então que virão propostas de construir uma identidade nacional

---

1930. Assim, a crítica ao liberalismo deve ser compreendida como uma trajetória contínua e processual no pensamento político brasileiro, e não como uma ruptura isolada na década de 1930. ALONSO, Ângela. Ideias em movimento - A Geração de 1870 na crise do Brasil-Império. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002.p.87.

[521] CANDIDO, Antonio.Prefácio. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 4a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1963, p. IX. P.13.

e de mecanismos de centralização que buscam combater a fragmentação e oferecer coesão e unidade política. É na toada dessas propostas que poderemos identificar elementos estruturantes da constituição em sentido material.

Concluímos então esse momento introdutório, com a percepção de que a crítica ao liberalismo que se intensifica nos anos 1920 e 1930 não constitui um epifenômeno, e sim uma operação histórica enraizada na inadequação entre modelos institucionais transplantados e a experiência social brasileira. É nesse terreno que fecundarão novas ideias pautadas na crítica da importação acrítica de fórmulas liberais, com a consequente busca de instrumentos teóricos e institucionais capazes de realizar, no plano concreto, uma organização e uma identidade nacional.

Interessante notar que, em que pese a construção contextual seja completamente diversa, partindo de problemas próprios a uma nação pós-colonial e elementos políticos de fragmentação com uma origem diferente, é o elemento do "antiliberalismo" e a crítica à fragmentação que, ressignificado a partir das características próprias ao contexto brasileiro, servirão de ponta pé inicial para as críticas que virão a seguir. A busca pela unidade política e a defesa de uma identidade conectam-se enquanto elementos discursivos na elaboração das propostas, devendo-se, porém, identificar em cada contexto a complexidade própria e local de sua construção. Nesse ponto é possível identificar aproximações do contexto discursivo europeu, ainda que parciais, uma vez que vimos no 2º capítulo deste trabalho, que lá desenvolveu-se a partir da articulação da crise de governabilidade devido à fragmentação política de Weimar, uma busca por unidade política e crítica antiliberal, que viriam a fundamentar as primeiras intuições que delineiam elementos da constituição em sentido material.

A partir de seus próprios pressupostos, conforme nos possibilita a tradução cultural, veremos como no caso brasileiro, a fragmentação e a crise de governabilidade também funcionaram como fermento para propostas centralizadoras que mobilizam elementos estruturantes da constituição material. Aqui, outros traços se mostrarão como mais evidentes, em especial à busca pela identidade nacional - sintoma de uma nação pós-colonial - mas que ressoa diretamente com o objetivo de unidade política em oposição à fragmentação do modelo liberal. É neste ambiente intelectual, e a partir da identificação destes problemas em comum, que surgirá um leque de propostas sobre instrumentos institucionais, jurídicos e espirituais para a unificação e organização nacional. É a partir deles que investigaremos as presenças

e ausências dos pressupostos teóricos da constituição material, enquanto categoria teórica e prática, tornando-se uma chave para compreender o constitucionalismo brasileiro que se consolidará ao longo do século XX.

## 4.3. CONSTITUIÇÃO MATERIAL COMO INSTRUMENTO DE UNIDADE POLÍTICA E CENTRALIZAÇÃO (FUNÇÃO E COMUNIDADES INTERMEDIÁRIAS)

O tópico que ora se inicia abordará a forma como a finalidade do estado, através da função diretiva e organizadora da constituição material, tal como delineada por Costantino Mortati, encontra notável expressão no pensamento de juristas brasileiros do período entre 1920 e 1940, que se ocuparam, a seu modo, do que chamavam de 'problema nacional'. Trajeto que se inicia com Alberto Torres - cuja obra, embora tenha sido escrita na década anterior, ganhou ressonância maior a partir dos anos 1920 - passa por Oliveira Vianna, até Francisco Campos. Em todos esses autores, identifica-se um discurso jurídico que legitima a centralização política como resposta à fragmentação social e política resultante de um liberalismo importado, ineficaz e artificial. Os mecanismos discursivos utilizados nessa proposta evidenciam a forma como a finalidade do Estado e a função diretiva da constituição material podem ser identificadas enquanto instrumento de coesão e unidade, sendo ressignificada no Brasil como parte de um processo de tradução cultural. Baseando-se nas demandas de uma sociedade pós-colonial marcada pela busca de identidade nacional[522], a função diretiva será identificada nas estruturas propostas pelos pensadores jurídicos, como fundamento para a centralização política em busca da unidade.

Por fim, antes de iniciarmos esse trajeto, um ponto importante deve ser evidenciado: Observaremos que no caso brasileiro, os fundamentos da constituição material não apresentam - ao menos em um primeiro momento - associação direta com a constituição da república em si. Essa constatação não nega as hipóteses até então levantadas, ao contrário, as confirma. Isso porque segundo Mortati, a constituição material não se associa a constituição formal (escrita) de forma direta. A primeira representa as forças sociais e políticas que operam na sociedade -

[522] LEITE, Dante Moreira. O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia. 6ª ed. revista. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

institucionalmente ou não. Desta feita, ainda que não haja o que se falar em debates sobre uma teoria constitucional em fase de construção no Brasil nesse momento - de modo diferente da Europa, onde o diálogo teórico sobre a constituição em si inicia-se fortemente nos anos 1920, como vimos no 2º capítulo desta pesquisa - isso não diminui as possíveis presenças dos elementos estruturantes da constituição material, vez que eles estão ancorados na realidade e não em um documento formal.

### *4.3.1. O problema nacional e a busca pela unidade política*

As décadas de 20 e 30 representam um momento no pensamento jurídico e sociológico brasileiro de rupturas e transições. A crítica ao pensamento liberal republicano firmava raízes em um grupo de intelectuais de vertente nacionalista, que reconheceriam em configurações autoritárias a solução para a questão do "problema nacional", questão cujo responsável pelas primeiras reflexões sistematizadas é Alberto Torres, cujas reflexões vem na década de anterior, em especial em 1914 através de sua obra “O problema nacional”.

Se ao mesmo tempo, esse grupo tinha um fecundo interesse pelas coisas brasileiras, uma tentativa de substituir o liberalismo[523], também é verdade que fundaram teoricamente as bases da manifestação local de fascismo. Esse grupo, representado inicialmente por Alberto Torres e Oliveira Vianna, e posteriormente por Francisco Campos, viria a propor soluções propriamente nacionais aos problemas brasileiros. Essas propostas variavam, mas partiam do elemento em comum, que era a proposta de centralização política como solução para a unidade[524]. Para analisar a forma como a crítica liberal abriu espaço para propostas de um Estado nacional centralizado, baseado em participação popular restrita e controle pelas elites, e como nessas é possível identificar o elemento da função diretiva organizadora da constituição material de Mortati, o presente subtópico irá analisar os principais pontos de conexão entre os pensamentos de Alberto Torres e a finalidade do Estado, que age com função diretiva, a partir do diagnóstico sobre o “problema nacional”.

---

[523] CANDIDO, Antonio. Op.cit.

[524] LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento autoritário na Primeira República: uma interpretação. In: FAUSTO, Boris (org.) História Geral da Civilização Brasileira. São Paulo: Difel, 1977, t.3, v.2

Alberto Torres inaugura, de forma clara e contundente, a crítica à fragmentação política e à ausência de coesão social como entraves para a constituição de um projeto nacional no Brasil. Sua obra, especialmente *O problema nacional* (1914), denuncia a falência do liberalismo como base para a estruturação do Estado brasileiro, ao afirmar que “o Brasil carece de um poder que o eduque e o conduza, porque a liberdade mal compreendida conduziu à desordem”[525].

Figuram como pressupostos de solucionar o “problema nacional”, que a liberdade seja dirigida por um poder político centralizado, caso contrário, se degenera em anomia e desagregação. Essa concepção articula-se diretamente ao que Costantino Mortati formula, anos mais tarde, como a função diretiva da constituição material, como modo de cumprir a finalidade do Estado: a necessidade de que a constituição material, mais do que um conjunto de normas formais, seja um instrumento de orientação e organização da sociedade. A seguir entenderemos como o pensamento de Torres inaugura essa vertente, e reconhece a origem da fragmentação política brasileira nas tentativas de imposição de modelos exógenos artificiais. Críticas que além de fundamentar suas propostas o farão ser reconhecido como o "precursor do nacionalismo"[526].

Alberto Torres (1865-1917)[527] é considerado um dos autores que melhor encarna a transição entre ideias liberais e articulação de um ideário republicano que nasce em oposição à República Velha, mas encarna a vertente nacionalista que viria

[525] TORRES, Alberto. O problema nacional brasileiro. 4.ed. Cia. Editora Nacional/UnB, 1982.
[526] SARTORETTO, Leonardo. ALBERTO TORRES E A RAZÃO CORROÍDA. REVISTA ELETRÔNICA ARMA DA CRÍTICA N.16/ 2021 ISSN 1984-4735. P. 105.
[527] Uma biografia resumida eficiente é trazida por Barbosa Lima Sobrino, que destaca-se como um dos principais estudiosos da vida de Alberto Torres, em sua obra “Presença de Alberto Torres: sua vida e pensamento” de 1968. Segundo o autor, “Alberto Torres (1865-1917) cresceu em meio a um dos períodos mais turbulentos da vida política brasileira. É certo que se pode afirmar que não há entre nós período que não possa assim ser aproximado analiticamente. Porém, experienciar já a partir dos 16 anos uma campanha republicana, ainda em meio a semissecular tutela monárquica do poder coordenador de D. Pedro II, acompanhando de perto os debates pelo futuro dos escravos negros, então propriedade e capital dos grandes fazendeiros do café, presenciando golpes e insurreições políticas numa república que já nascia instável, e conhecendo uma massiva imigração de elementos europeus que acarretava profundas alterações na postura político-ideológica dos trabalhadores, não é cenário pequeno para grandes personagens históricos. O pensador fluminense ainda teria a oportunidade de ser governador (então designava-se como Presidente também este cargo) do seu estado, Rio de Janeiro, no exato mandato em que Campos Salles inauguraria a chamada política dos governadores como Presidente do País e sofreria uma tentativa de Impeachment por uma questão tão rasa - porém bastante costumeira para a classe dirigente de então - como aquela de se negar a assumir uma responsabilidade que não era sua como membro do executivo: a dualidade das câmaras municipais, sendo, pois, tarefa das próprias assembleias a verificação dos poderes.”

a consolidar-se a partir dos anos 30[528]. A importância do autor na formação do pensamento autoritário brasileiro parte precisamente de sua crítica à estrutura política vigente de vertente liberal vigente a partir de 1891 e a uma série de desilusões de cunho pessoal com o sistema político e o funcionamento estrutural das instituições liberais[529]. Tendo integrado o Poder Executivo, Legislativo e ainda, Judiciário, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal[530], a maior parte de seus escritos é posterior à sua rica trajetória política e reflete, ainda, suas desilusões com o funcionamento das estruturas liberais. Segundo Souza:

> A crítica do autor à estrutura política brasileira nasce de desilusões vivenciadas no cotidiano da atividade política. Torres passou da prática à teoria, escrevendo sua obra após ter exercido diversos cargos públicos, entre os quais ministro do STF, ministro do Interior e, entre 1896 e 1900, presidente do Rio de Janeiro. (...) Seu antiliberalismo, portanto, deriva do contraste por ele percebido entre a prática política e as ideias liberais, tais como vivenciadas nas instituições políticas das quais participou.[531]

A sua trajetória, tendo estado ligado diretamente a diferentes facetas do Poder Público e nelas experienciando vários níveis de ineficiência, apresentam, segundo a historiografia recente, uma das razões da desilusão com o funcionamento das instituições brasileiras e, sobretudo, com a aplicabilidade da Constituição de 1891[532]. Nesse sentido, Leonardo Sartoretto:

> Pode-se dizer que toda sua trajetória, experiências políticas em postos oficiais, cargos jurídicos que lhe ofereciam a possibilidade de ter um contato mais íntimo com a aplicabilidade da Constituição de 1891, estudos de caso que teria oportunidade de promover in loco sobre as tratativas de paz das potências mundiais,3 que já entravam em guerras imperialistas - condição mundial que tardaria a aceitar em suas preocupações idealistas de manter a paz entre as grandes nações -, em suma, o saldo de todo esse olhar, levou Alberto Torres a constatar de forma inequívoca que nada havia no Brasil, diante de um cenário externo agressivo e beligerante, que se pudesse designar como uma Nação.[533]

---

[528] SOUZA, Ricardo Luiz de. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 302-323.
[529] FELIX, Loiva Otero. Alberto Torres: o político militante. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UFRGS, Porto Alegre, ano IV. 1976.
[530] LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes. Alberto Torres: contribuição para o estudo das idéias no Brasil. Quartet, 1995. p.vii-viii.
[531] SOUZA, Ricardo Luiz de. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 303.
[532] Para um aprofundamento em sua trajetória política: FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. Alberto Torres e o conservadorismo fluminense. Cadernos de Ciências Humanas - Especiaria. v. 10, n.17, jan./jun., 2007, p. 277-301.
[533] SARTORETTO, 2021, op.cit. pp.107-108.

A falta de unidade política, o engessamento das instituições e a burocracia são elementos que, ligados, segundo, Torres, às estruturas liberais, expõem a ineficácia do modelo e relacionam-se diretamente com a ausência de um projeto político de Brasil. Conforme explica Ricardo Luiz Souza, "dessa desilusão, portanto, derivou seu antiliberalismo, e Torres foi pioneiro ao transformar a crítica ao liberalismo em base para a construção do pensamento autoritário"[534].

Suas críticas estavam diretamente ligadas ao reconhecimento da falta de funcionabilidade do sistema vigente, evidenciado por um conjunto normativo que não se aplicava ou funcionava na realidade brasileira, com o contraste entre o liberalismo importado e o contexto socioeconômico polarizado politicamente e economicamente observado pelas elites. Segundo Leonardo Sartoretto, Torres foi "um pensador que antecipa o fim do ciclo liberal oligárquico antes mesmo de sua crise final na década de 1930, em ressaltar seu aspecto idealista frente ao ambiente escancarado de corrupção dos primórdios da Política dos Governadores e da famosa República do Café com Leite"[535]. Segundo Silvia Oliveira Campos de Pinho, a análise sobre a influência de Alberto Torres enquanto jurista e intelectual que integraria o que se chamaria depois de vertente autoritária do pensamento jurídico brasileiro, deve partir do dado primário de que após sua morte, em especial na década de 30, sua obra tornou-se alvo de um "um processo de mitificação e veneração entre um grupo de intelectuais, cientistas e políticos"[536] que fariam escola a partir das inquietações apontadas por ele. Essas inquietações surgem, sobretudo, do que Torres identificava como "o problema nacional".

O diagnóstico de Alberto Torres sobre o Brasil era o de um país sem identidade definida, por ausência de uma tradição histórica que o construísse como povo, o que impactaria na falta de coesão e de unidade governamental, gerando instituições fragmentadas e fracas, um povo desconexo e fracasso nas tentativas de incorporação de modelos exógenos[537]. A diversidade do povo é, em seu ver, uma causa de fragilidade. Não há um espírito nacional, tendo nossos modelos, sistemas e hábitos sido impostos e importados. Toda essa conjuntura levaria ao fato de que o Brasil

---

534 SOUZA, 2005, op.cit. p.303.
535 SARTORETTO, op.cit. p.105.
536 PINHO, Sílvia Oliveira Campos de. "Alberto Torres: uma obra, várias leituras", dissertação (Mestrado em História), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. P.1.
537 KUNTZ, Rolf. Alberto Torres. A organização nacional. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org.). Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico, 2. 2ª ed. São Paulo: SENAC São Paulo, 2002.

sequer poderia ser chamado nação, pois lhe faltava “um estado de consciência e um impulso de instinto: o chamado espírito nacional dos povos”[538]. É por essa razão, e pelo ímpeto de buscar encontrar respostas à fragilidade nacional que se considera que "seu aporte metodológico e a forma como passa, aí sim, pioneiramente a analisar de forma global a realidade brasileira"[539]. Assim Torres descreve o Brasil, ao apresentar o “problema nacional”:

> O mérito não tem estímulo, o trabalho não tem valor, a produção não tem preço, as fortunas não tem garantia, o povo não tem opinião, o cidadão não tem voto, os espíritos não tem ideias e as vontades não sabem mover-se.[540]

As razões dessas fragilidades remetem, segundo o autor, ao processo de formação do Brasil enquanto nação pós-colonial. Alberto Torres traça uma distinção entre nações antigas e nações oriundas de povos colonizados. As primeiras, segundo o autor, são fruto de um processo de longevidade civilizacional, resultado de uma elaboração vagarosa de suas tradições, cultura e identidade. serem antigas, formadas por tradição e história em comum, seria natural haver um senso de coesão. Segundo o autor:

> Nos países de longa evolução normal, são, assim, produto de elaboração vagarosa e lenta, semelhante, por exemplo, à ação dos fatos físicos, químicos e mecânicos, que serviram para compor as partes geológicas da crosta da terra.[541]

Já as nações fruto de colonização e conquista de outros povos são resultado de uma posse artificial, razão pela qual são fundados, não na realidade dos povos residentes e sim na construção dos exploradores, tornando-se as novas nações "mutações gigantescas"[542]. Para o autor, “são improvisos sociais do acaso”, nelas “o fato resultante da forma peculiar da sua exploração, é que a sociedade não chega jamais a constituir-se”[543].

A artificialidade do processo de construção dessas nações decorre no que Alberto Torres identifica como "o problema nacional", que seria próprio, portanto, das

---

[538] TORRES, 1978, op.cit. p. 50.
[539] SARTORETTO, ibidem.
[540] TORRES, 1978, op.cit. p.44.
[541] Ibidem, p. 48.
[542] Ibidem, p.42.
[543] Ibidem.

nações novas[544]. Segundo o autor, “os povos novos carecem de constituir artificialmente a nacionalidade”[545]. A identidade e unidade devem ser construídas artificialmente através de um projeto político centralizado e verticalizado devido ao fato de a característica de nações pós-coloniais ser responsável pela ausência de um projeto político original e autêntico de nação, uma vez que isso não faz parte, historicamente, das intenções dos povos colonizadores. Para Torres, esse foi o caso do Brasil. Assim, Leonardo Sartoretto descreve esse processo:

> Governos que invadem outros territórios e sobre eles determinam uma posse artificial, conquistando povos e territórios sobre os quais não arraigaram sua sociedade e dela não extraem o conhecimento da realidade para realizar construções, esses governos apenas exploram, mas não tem a qualidade de fundar nações.[546]

Devido a essa lacuna, a formação do povo enquanto nação - que não ocorreu de maneira orgânica e histórica - deverá ocorrer de forma artificial e planejada, sendo uma função de direcionamento a ser exercida pelo Estado. Portanto, essa construção artificial deve ser feita de maneira centralizada e consciente pelo Governo[547]. Ao Estado cabe a construção da identidade nacional, educando e conduzindo o povo, superando a fragmentação e criando unidade política. Essa *função* corresponde de forma substancial ao fundamento da função diretiva da constituição material que pode ser lida na teoria de Mortati como forma de concretizar a finalidade do Estado. A função de direcionamento, estabelecimento de um fim político e atuação teleológica com propósito de concretizar esta finalidade conduz ao conceito de *função diretiva da constituição em sentido material*, o que em Torres opera-se não só em nível institucional, mas também em nível cultural, identitário e educacional.

Assim, o que para Mortati na Europa corresponde à função diretiva de consolidar a unidade política frente à crise da governabilidade, para Torres traduz-se em uma proposta de centralização que visa superar não apenas a fragmentação política, mas também um déficit constitutivo de identidade nacional, inerente a sociedades resultantes de processos coloniais. Verificamos, portanto, que este

---

[544] Esse diagnóstico ressoa com análises mais contemporâneas sobre a especificidade dos processos estatais nas sociedades pós-coloniais. MAMDANI, Mahmood. Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism. Princeton University Press, 1996.
[545] TORRES, 1978, op.cit. p.43.
[546] SARTORETTO, op.cit. p.110.
[547] Essa concepção aproxima-se de perspectivas organicistas e funcionalistas comuns nas teorias autoritárias do início do século XX, que viam no Estado o responsável pela educação política e moral da nação, como ocorre também na filosofia política de Hegel e no pensamento jurídico de Carl Schmitt.

diagnóstico de Alberto Torres acerca da ausência de coesão nacional e da necessidade de uma centralização política inaugura no Brasil uma inflexão teórica própria a partir de uma experiência local historicamente situada, e que irá antecipar o que, mais tarde será sistematizado como elemento estruturante da teoria da constituição material por autores europeus como Costantino Mortati.

Não se trata, aqui, da defesa de um processo de recepção ou de uma tradução direta, mas sim de uma elaboração nativa que parte da expressão de dilemas estruturais das sociedades pós-coloniais, marcadas pela artificialidade dos processos de formação nacional e pela fragmentação política. A crítica de Torres baseia-se no reconhecimento desses elementos e constitui o ponto de partida de um movimento mais amplo que, nas décadas seguintes, será aprofundado por ele, ao propor a função centralizadora do Estado.

A seguir veremos como a função centralizadora do Estado - que corresponde em termos materiais ao fundamento da função diretiva da constituição material - conduzirá, no percurso de pensadores brasileiros, a propostas de centralização pelo Estado como solução para a concretização da unidade política e formação de uma identidade nacional a partir de elementos espirituais de coesão. Veremos, no tópico a seguir, de que forma essa intuição inicial se materializa em propostas de reorganização institucional.

### *4.3.2. A centralização como função organizadora do Estado brasileiro em Alberto Torres*

Enquanto na teoria mortatiana a finalidade do Estado se concretiza através da função diretiva da constituição material, que emerge como uma resposta à crise de governabilidade em sociedades politicamente maduras, atravessadas pela fragmentação ideológica e pela complexidade organizacional própria dos Estados modernos — como a Itália liberal do início do século XX e, posteriormente, a experiência republicana pós-fascista —, no pensamento de Alberto Torres ela opera como tentativa de resolver o déficit originário de unidade social e política do contexto brasileiro. Apesar dos elementos de aproximação entre as estruturas argumentativas utilizadas (contexto de crítica antiliberal, defesa da unidade política e reconhecimento da fragmentação), é essencial sublinhar as diferenças que tornam cada processo

único e importam no reconhecimento de suas complexidades, operação que julgamos essenciais para evitar rendermo-nos a comparações simplistas.

Assim, salientemos que no contexto brasileiro, marcado pela artificialidade do Estado nacional e pela fragilidade de vínculos sociais orgânicos, a finalidade do Estado adquire um caráter formativo, orientado por uma função diretiva à construção mesma da nacionalidade e não apenas à sua preservação ou racionalização. Trata-se, portanto, de uma elaboração funcionalmente análoga, mas estruturalmente distinta à proposta italiana de Mortati, cuja compreensão exige precisamente o recurso à perspectiva da tradução cultural, capaz de evidenciar como categorias jurídicas similares podem desempenhar papéis radicalmente diversos conforme o contexto histórico e político em que são mobilizadas. Vejamos a seguir o caso brasileiro.

Nesse tópico, mostraremos como na progressão cronológica, ainda em Alberto Torres, se parte de um diagnóstico inicial para a proposição da função centralizadora do Estado como solução ao "problema nacional". Se inicialmente Alberto Torres diagnostica o problema nacional, em seguida ele começa a desenhar uma solução a ser estruturada - embora não a sistematize: o papel de centralização do Estado. A solução do problema nacional provém, em Torres, do Estado, exclusivamente através de seus dirigentes, com pouco espaço de participação social na formação das decisões que conduzirão sua própria vida política. A autoridade política basta a si mesma no tocante à legitimação para essa função. O povo possui um papel passivo e servil em relação ao Estado e terá sua formação, orientação e identidade dirigidos pelas elites que formam o poder político. Segundo Torres:

> A autoridade política é, portanto, um poder que se cria a si mesmo, que se impõe e se mantém por sua própria força de móveis opostos às tendências e aos interesses sociais; que dita as normas. E comanda os destinos do povo, obedecendo aos instintos de sua origem, ou a idéias arbitrariamente adotadas. Sua ação é predominante e decisiva - soberana em todo o rigor da palavra[548].

A única forma de solucionar esse defeito original do Brasil como uma nação nova é através de um Estado forte e autoritário, que promova a formação da orientação política brasileira, centralizando a formação do povo enquanto nação. A representatividade não é bem-vinda, pois o povo não tem capacidade de escolher seus próprios rumos, refém da própria ignorância e aleatoriedade. Um defeito de

[548] TORRES, Alberto. A formação brasileira e o desenvolvimento da economia nacional. Cultura Política, Rio de Janeiro, n. 7, 1941. P.243.

nascença, que só o controle e a força poderiam sanar. Esse é o fundamento teórico que levará Torres a adotar a centralidade do Estado para criação do povo. Nesse sentido, explica Souza:

> A nação brasileira deveria ser criada pelo Estado. Não caberia a este atuar apenas de forma reguladora, como compete ao Estado em uma nação já desenvolvida, já que o Brasil não criou, ainda, os vínculos orgânicos capazes de consolidarem-no como nação. Não podemos, segundo Torres, darmo-nos ao luxo de sermos liberais. Seu antiliberalismo contesta os fundamentos do sistema. Torres nega validade à representatividade baseada no sistema eleitoral e partidário - o que chama de velho constitucionalismo inglês - e propõe substituí-la por uma representação que resulta do acordo íntimo e espontâneo entre as forças da opinião e seus órgãos, e que faz surgir os homens dos sucessos, por influxo dos sentimentos e das necessidades dominantes.[549]

De forma prática, o cenário que se desenha a partir da fundada inaptidão do povo brasileiro, em Torres, é a de um necessário Estado autoritário e elitista, controlado pelos poucos dirigentes que compõem o seleto grupo de intelectuais do qual ele mesmo fez parte durante a maior parte de sua vida política[550]. À sociedade não cabe organicamente levar à discussão seus interesses, necessidade e vontades. O povo é amorfo e desorganizado e precisa da mão forte do Estado para decidir.

Segundo Valeriano Mendes Ferreira Costa, a solução para o problema nacional é “eminentemente política, e sua forma, necessariamente institucional”[551]. A democracia não é a solução, sendo, pelo contrário, um problema. O Estado é sujeito ativo na formação política da sociedade e "a relação da sociedade para com o Estado, portanto, é de dependência: ela depende da ação estatal para organizar-se, superar seus conflitos e deficiências, enquanto o Estado, para Torres, é um espaço desvinculado de interesses e conflitos de poder."[552]. A associação da representação político-partidária não era uma estratégia nova e estava ligada ao afastamento da participação popular e concentração de poder nas elites políticas. A crítica ao parlamentarismo torna visível essa mesma prática discursiva em Torres, quando fundando-se nela defende a necessidade de unidade política através do fortalecimento da figura presidencial.

> O parlamentarismo é a antítese da organização, e do governo consciente e forte; é o regime da dispersão, da vacilação, da crise permanente...O Brasil

[549] SOUZA, 2005, op.cit. p.304.
[550] SARTORETTO, 2021, op.cit.
[551] COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. Vertentes democráticas em Gilberto Freyre e Sérgio Buarque. Lua Nova, São Paulo, n. 26, CEDEC, 1992. p.221.
[552] SOUZA, 2005, op.cit. p.304.

> carece de um governo consciente e forte, seguro de seus fins, dono de sua vontade, enérgico e sem contraste. Este governo só o regime presidencial lhe pode dar.[553]

Aqui é possível identificar a ressonância com os mesmos processos discursivos que no contexto europeu legitimam o autoritarismo das décadas de 20 e 30 do século XX. A crítica antiliberal é também a crítica ao parlamentarismo. As soluções que se apresentam baseiam-se na centralização Estatal e nessa toada, a *função diretiva* da constituição material apresenta papel fundamental. O Estado centralizador é a solução para o "problema nacional", que funda também uma noção de *matéria*, na ótica de matéria, enquanto elemento estruturante da constituição material (vinculada ao processo de diferenciação muito mais do que a qualquer reflexão sobre o conteúdo formal da constituição). A matéria é subsumida da forma como a representação política deve ser reconfigurada, que é: eliminando-se a heterogeneidade do dissenso, que provoca caos e fragmentação. Para isso, eliminando-se a participação social[554].

Ao remover a participação social do processo de formação política, a solução de Torres privilegia especificamente os grupos que dirigem o poder e desconsidera a vontade popular. Segundo Guerreiro Ramos (1961), apesar de observar corretamente questões relacionadas à fragmentação e falta de identidade brasileira, o erro de Alberto Torres foi propor uma organização do País "de cima para baixo" (RAMOS, 1961, p. 86). Essa solução possui elementos estruturantes similares à proposta de função de Governo, em Mortati, que é o *locus* inicial de sua estruturação de "função diretiva" da constituição material. Não é coincidência que no contexto italiano, isso ocorrerá no momento em que a obra de Mortati fundamenta teoricamente o regime do fascismo italiano. Em Torres, alguns anos antes, a proposta - embora não tão estruturalmente sistematizada e considerando a completa divergência de contextos - também levará a consequências autoritárias, principalmente quando posteriormente aprimorada por seus sucessores[555].

De fato, as consequências dessa proposta podem ser enquadradas em uma vertente autoritária. A dependência em relação ao Estado e a consequente ausência

---

[553] TORRES, 1982. op.cit. p.247

[554] SARTORETTO, 2021, op.cit.

[555] Dal Ri Jr, Arno, e Thayrine Paola Canteli. "A "FUNÇÃO DE GOVERNO" ENTRE COSTANTINO MORTATI E FRANCISCO CAMPOS: O CONSTITUCIONALISMO FASCISTA ITALIANO E OS FUNDAMENTOS DO 'ESTADO NOVO' BRASILEIRO (1937-1945)". Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará, vol. 15, nº 2, dezembro de 2023, doi:10.54275/raesmpce.v15i2.342.

de politicidade do corpo social configuram uma linha de pensamento que justifica a supressão de expressão popular e a minimização da importância da representação política do povo. É por isso que "a importância de Torres na construção do pensamento autoritário brasileiro deriva, entre outros fatores, da primazia por ele conferida ao Estado sobre a sociedade civil e à tarefa a ele confiada de construção de uma nacionalidade que, por si só, permaneceria dispersa e inorgânica."[556].

Na percepção de Marson, essa ideologia, que pode ser classificada como nacionalista, tem como ponto central a descoberta da identidade nacional e contribui para uma "ideologia de Estado", que congrega os elementos que aproximam os autores considerados como integrantes do pensamento jurídico autoritário brasileiro[557]. Sobre a "ideologia de Estado", Silvia Oliveira Campos de Pinho depura seus elementos:

> 1) o predomínio do princípio "estatal" sobre o princípio de mercado; 2) a visão orgânico- corporativa da sociedade; 3) o objetivismo tecnocrático; 4) a visão autoritária do conflito social; 5) o princípio da não organização da sociedade civil; 6) a não mobilização política; 7) elitismo e voluntarismo como visão dos processos de mudança política; 8) o Leviatã benevolente.[558]

Da análise do pensamento de Alberto Torres, identificam-se elementos que conduzem à defesa de um modo autoritário de Estado[559] e ressoam na forma como elementos da constituição material foram mobilizados no contexto do fascismo italiano. Esses fatores apoiam-se em práticas discursivas complexas e representativas de verdadeiros e reais problemas brasileiros à época, que refletiam tanto no campo social como político, sendo possível, portanto, verificar aproximações e distanciamentos do contexto em que Mortati produziu suas reflexões.

Sob a perspectiva da identificação, percebe-se como elementos centrais do discurso: a busca pela unidade política e o reconhecimento de um "problema nacional" pautado em um processo de formação histórico cujas sequelas refletem na inabilidade decisória por parte do povo e consequente marginalização da vida política[560]. É

---

[556] SOUZA, 2005, op.cit. p.307.
[557] MARSON, A. A trajetória de um republicano (Alberto Torres). Revista de História, [S. l.], v. 52, n. 103 (2), p. 501-518, 1975.
[558] PINHO, 2007, op.cit. p. 24.
[559] FERNANDES, Maria Fernanda L. Crise e reorganização nacional: o pensamento de Alberto Torres. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.
[560] SIMÕES NETO, Francisco T. O pensamento político de Alberto Torres. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1978.

nesses termos que elementos discursivos contribuem ativamente à defesa de um sistema político que legitime a centralização do poder em uma figura central do Governo e suprima canais de expressão da vontade política popular. Também é verificável a defesa da identidade nacional, que será abordada em tópico próprio. Esse processo evidencia, portanto, que a tradução cultural não se opera aqui como simples assimilação de modelos europeus, mas como criação situada, em que a função diretiva, enquanto elemento da constituição material, emerge a partir de dilemas locais próprios de uma sociedade marcada pela artificialidade da formação nacional.

Existem distanciamentos notáveis, portanto, a serem delineados entre a estruturação entre necessidade/proposta em Alberto Torres e em Costantino Mortati. Enquanto a centralização no primeiro se faz através do hiperpresidencialismo, em Mortati seria realizada pela função de governo. A crítica a fragmentação possui, ainda, origens diversas. Enquanto em Mortati, a realidade italiana (e europeia) lhe informa a fragmentação como fruto de uma estruturação institucional inadequada, no contexto brasileiro, Alberto Torres reconhece uma pulverização cultural proveniente no processo de formação do Brasil enquanto nação. Esse elemento torna o povo ainda mais, essencialmente inapto, à participação política e conduz à uma atribuição mais centralizadora do Estado - não só a nível político, mas também cultural e espiritual. As consequências desses distanciamentos serão ainda mais evidentes ao analisarmos como se estruturam as propostas de sistematização da centralização estatal nos diferentes âmbitos de análise.

## 4.4. CONSTITUIÇÃO MATERIAL E A SISTEMATIZAÇÃO DA CENTRALIZAÇÃO ESTATAL (COMUNIDADES INTERMEDIÁRIAS E ESTRUTURA)

Se a crítica ao liberalismo e a defesa da centralização estatal, articuladas por Alberto Torres, constituíram o ponto de partida para uma concepção autoritária de reorganização do Estado brasileiro, será com Oliveira Vianna e Francisco Campos que essas intuições ganham continuidade e encontram sua expressão mais densa, seja através das ideias do primeiro por meio da defesa do corporativismo como prática central de reorganização social e política; ou do segundo, com a sistematização da estrutura constitucional da centralização do poder.

Inicialmente, o continuador das ideias de Torres será Oliveira Vianna. Baseando-se na crítica ao formalismo jurídico e ao parlamentarismo liberal, o autor radicaliza a posição precedente e propõe uma alternativa pautada na centralização política, orientada pela tutela estatal da identidade nacional e pela instituição de mecanismos de coesão social através de um modelo corporativo e autoritário[561]. Enquanto a discussão sobre identidade nacional será aprofundada mais adiante, em tópico próprio, juntamente à articulação com o nacionalismo de Alberto Torres e à fundamentação do movimento político do integralismo, no presente momento cabe analisar como as formulações de Oliveira Vianna partem dos pressupostos já delineados por Torres, mas passam a estruturar de maneira mais sistemática a centralização, propondo uma concepção de corporativismo que, em diversos aspectos, ressoa com a fundamentação mortatiana das comunidades intermediárias, especialmente na primeira fase de seu pensamento, quando estas se materializam no corporativismo fascista inspirado por Sergio Panunzio.

Na primeira seção deste subtópico, analisaremos, portanto, como a proposta corporativa de Oliveira Vianna, expressa sobretudo em sua concepção de um direito do trabalho estruturado e absorvido pelo Estado, bem como na defesa das organizações sindicais como órgãos públicos, constitui uma formulação local da constituição em sentido material. Essa proposta articula, de modo orgânico, a função diretiva com o conceito mortatiano de comunidades intermediárias, especialmente no contexto da defesa do corporativismo.

Veremos, assim, como, embora formulada em um contexto distinto daquele que orienta a teoria de Costantino Mortati, a proposta de Vianna antecipa, com originalidade, aspectos fundamentais da função organizadora que caracteriza a constituição material como dispositivo político e jurídico. Nesta análise, destacam-se elementos como o papel fundante de Oliveira Vianna na estruturação da Justiça do Trabalho e na construção de uma via brasileira do corporativismo, com notáveis inspirações na doutrina fascista italiana. Aqui, as ideias passam a se concretizar em estruturas institucionais que se tornam efetivas na realidade brasileira, sendo possível identificar nelas elementos estruturantes da constituição em sentido material. Destaca-se, ainda, o compartilhamento de referenciais teóricos entre Mortati e Vianna,

[561] SOUZA, Francisco Martins de. Raízes teóricas do corporativismo brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

como Sergio Panunzio, bem como a relativa proximidade cronológica entre ambas as formulações, o que reforça suas afinidades.

Identificaremos, por fim, como as concepções de Vianna sobre centralização e corporativismo traduzem culturalmente os elementos estruturantes — função de governo e comunidades intermediárias — da constituição em sentido material. A análise dessa proposta, à luz da tradução cultural, permitirá compreender como a ideia corporativa foi ressignificada no Brasil como resposta às especificidades de uma sociedade marcada pela fragmentação, pela ausência de vínculos orgânicos e pela busca de um modelo nativo de organização social.

### *4.4.1. A centralização e o corporativismo como práticas de reorganização social e política em Oliveira Viana*

Oliveira Vianna (1883-1951), cujas ideias foram marcadas por uma perspectiva abertamente racista — que defendia o embranquecimento da população como projeto de construção nacional[562]. —, foi também um dos principais articuladores de uma crítica antiliberal voltada à reorganização política e social do Brasil. Embora tais aspectos estejam profundamente imbricados, este tópico se concentrará na sua elaboração teórica sobre a representação política, o corporativismo[563] e a centralização estatal.

Ao considerar o pensamento de Oliveira Vianna, que segundo Victor Hugo Boson apresenta diferentes fases, que abordam tanto "o sociólogo dos anos 1910 e 1920 - comprometido em pensar uma solução autoritária para a falta de organização do povo brasileiro"[564] como o jurista dos anos 30 direcionado às questões do direito do trabalho, procura-se identificar pontos em comum que permeiam sua trajetória intelectual e relacionam-se com os elementos discursivos até então abordados. Em especial, como sua proposta corporativista aborda a noção de mediação inerente às *comunidades intermediárias* enquanto elemento estruturante da constituição em

---

[562] PALMA, Ivan Alberto Longo. O corporativismo de Oliveira Vianna e forma jurídica. 2018. 153 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

[563] TEIXEIRA, MELISSA. "Making a Brazilian New Deal: Oliveira Vianna and the Transnational Sources of Brazil's Corporatist Experiment." Journal of Latin American Studies 50, no. 3 (January 23, 2018): 613-41. http://dx.doi.org/10.1017/s0022216x17001602.

[564] BOSON, Victor Hugo Criscuolo. Formulações autoritárias e realismos em Oliveira Vianna: Variações na política e no direito corporativo. In: História do Direito: RHD. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 184-209, jul-dez de 2021. P.86.

sentido material. Oliveira Vianna propõe-se a fazer um estudo objetivo da realidade brasileira[565], pretensão que anuncia desde sua primeira obra, "Populações Meridionais do Brasil", publicada originalmente em 1920. Os sociólogos, históricos e juristas, em geral, pecavam por olhar o Brasil através de olhos estrangeiros, ignorando a realidade nacional, em uma espécie de daltonismo. Como explica Victor Hugo Boson:

> O “daltonismo” dos dirigentes, políticos, estadistas e legisladores brasileiros estaria precisamente no fato de que eles teriam ignorado uma visão genuinamente nacional dos nossos problemas e procurado em sistemas distintos, principalmente no francês, no inglês e no estadunidense, a saída de todos os problemas. Seria um projeto de Brasil “made in Europa”, ditirâmbico, que ignorava a própria “noção objetiva do Brasil real” e formatava uma idealização de um Brasil “artificial e peregrino, um Brasil de manifesto aduaneiro”.[566]

A autolegitimação do discurso realista como mecanismo de autoridade normativa pode ser analisada, sob uma perspectiva foucaultiana, como um dispositivo de enunciação que articula saber e poder na produção de uma verdade normativa sobre o Brasil. Em continuidade ao projeto autoritário formulado por Alberto Torres[567], Vianna radicaliza os pressupostos do realismo político, adotando o método “objetivo” como estratégia retórica de legitimação normativa. A relação entre os autores é notável a partir do núcleo que diz respeito à solução autoritária aos problemas organização social que ambos, a partir de diferentes vertentes do realismo, reconhecem no Brasil. Conforme analisa Evaldo Vieira, "a trajetória do pensamento de Oliveira Viana encontra seu ponto de partida, sem dúvida alguma, nas análises de Alberto Torres, cuja problemática está sempre presente, mesmo quando reinterpretada por este."[568]. Hilton Costa observa que as conexões entre os autores

---

[565] MENEZES, Djacir. O pensamento político de Alberto Torres. R. Ci. pol, Rio de Janeiro. 1979.
[566] BOSON, 2021, op.cit. p.88.
[567] O próprio Vianna em sua obra, por diversas vezes relata a influência, com admiração, por Torres. Conforme menciona em “Instituições Políticas Brasileiras”, Torres teve papel fundamental para o trajeto no qual se coloca, uma vez que: “com sua lucidez, o seu senso de observação, a sua intuição profunda de nossas realidades - e mostrou o absurdo de tudo isso. Mostrou que os problemas políticos, constitucionais, sociais, educacionais e econômicos deviam ser considerados tomando como ponto de partida a Nação - e não as suas unidades componentes. Torres, portanto, reacordou o sentido nacionalista da nossa existência e, com a sua doutrina, restaurou (...) a consciência da nacionalidade, o sentimento dominante da pátria comum. Eis porque ele é um dos grandes mestres do pensamento nacionalista do Brasil. (...) Tamanho é o substratum da verdade que o seu pensamento social contém. Tamanha a capacidade expansiva das suas idéias. Tamanhas as forças e a fascinação da sua inteligência e do seu gênio (Vianna, 1987, p.67-68)
[568] VIEIRA, Evaldo. Autoritarismo e corporativismo no Brasil. São Paulo: Cortez, 1981. P.77.

são muitas, tanto em relação à crítica como às propostas. O ponto de central de confluência é, sem dúvida, a supressão da participação popular. Segundo o autor:

> Ao estudar suas obras, encontramos muitas semelhanças e, entre elas, está a sua descrença na importância da participação popular. O povo em si pouco participaria das decisões acerca dos rumos a serem tomados pelo país. Tais decisões ficariam a cargo das elites e camadas dirigentes, onde de certo modo eles próprios estavam inseridos.[569]

Essa crítica continua a de Alberto Torres especialmente quanto à necessidade de reformular o olhar para o Brasil, em especial, através de modelos estrangeiros, como era o caso do liberalismo. Afinal, Vianna, como Torres, era essencialmente antiliberal, assim como era antisocialista. Segundo Boson (2021), um dos pressupostos do autodenominado método realista e objetivo era o abandono das vertentes de análise que levassem em conta conflitos sociais, sendo assim, abertamente antisocialista e antiliberal.

> Da pretensão de uma análise "objetiva" da realidade brasileira resulta, de um lado, a inconveniência de modelos entranhados na noção de conflito social (como o liberalismo e o socialismo) e a necessidade de centralização política, e, de outro, o poder normativo (considerado por ele centro de gravidade do direito corporativo) como dispositivo que, adequado à realidade brasileira e de funcionamento realisticamente operacionalizado, instauraria a "pacificação" dos conflitos coletivos.[570]

A base da crítica de Oliveira Vianna, portanto, é uma busca pelo realismo, que considera parlamentarismo um sistema artificial e inventado, inaplicável ao contexto brasileiro. O autor concentra essa crítica na distinção entre "País real" e "País legal", um dos conceitos centrais de seu pensamento e que aparece de forma mais delineada na fase madura de sua obra. Para Vianna, o país legal é o país abstrato, normativo, tal como representado nas leis, constituições e modelos jurídicos importados, especialmente aqueles inspirados no liberalismo europeu. Esse país é uma ficção jurídica, um conjunto de fórmulas normativas que não correspondem às condições sociais, políticas e culturais efetivas do Brasil. A representação máxima dessa abstração é a Constituição de 1891, que com suas garantias liberais, direitos políticos, sistema federativo e eleições, cria um modelo que, na prática, não funciona — é ineficaz porque não encontra lastro na realidade social.

---

[569] COSTA, Hilton. HORIZONTES RACIAIS: A idéia de raça no pensamento social brasileiro - 1880-1920. Dissertação de mestrado. Pós-Graduação em História Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004. Pp.58-59.
[570] BOSON, 2021, op.cit. p. 187.

Por outro lado, o país real é o país concreto, a sociedade tal como ela existe, isto é, marcado pela fragmentação social e ausência de coesão, pautado na predominância do patrimonialismo e das oligarquias locais (coronelismo) e pelas relações políticas e econômicas tradicionais e clientelistas. Neste país real, as instituições não funcionam conforme o modelo liberal que está no papel. Essa é uma crítica que acompanhará toda a sua obra, tendo suas primeiras intuições em "Populações meridionais do Brasil" em 1920, com a denúncia do "idealismo da constituição". Conforme observa ainda na obra, faltavam à sociedade nacional aqueles vínculos protetivos e mediadores presentes em outras formações históricas:

> Eem todas as sociedades regularmente formadas... existem, com efeito, certas instituições sociais no auxílio das quais encontram os indivíduos fracos ou inermes meios de proteção... São... o 'clã' familiar... as 'corporações', as 'comunas'... os 'trade-unions', as 'confederações trabalhistas', ou os 'sindicatos', poderosos, no mundo industrial moderno [...] o nosso moderno campônio, como o antigo peão colonial, não goza de nenhuma proteção desta natureza [...] que os quatro séculos da nossa evolução lhe ensinam é que os direitos individuais, a liberdade, a pessoa, o lar, os bens dos homens pobres só estão garantidos, seguros, defendidos, quando têm para ampará-los o braço possante de um caudilho local".[571]

Em seguida, seguirá - ainda de forma tímida - em "Evolução do povo brasileiro" em 1923 e encontra sua manifestação mais pungente em "Problemas de Política" em 1930, trazendo a clara proposta da centralização. Em um dos trechos mais marcantes de sua obra, expõe as contradições entre o "País real" e "País legal":

> O grande movimento democrático da revolução francesa; as agitações parlamentares inglesas; o espírito liberal das instituições que regem a República Americana, tudo isto exerceu e exerce sobre os nossos dirigentes, políticos, estadistas, legisladores, publicistas, uma fascinação magnética, que lhes daltoniza completamente a visão nacional dos nossos problemas. Sob esse fascínio inelutável, perdem a noção objetiva do Brasil real e criam para uso deles um Brasil artificial, e peregrino, um Brasil de manifesto aduaneiro, made in Europe - sorte do Cosmorama extravagante, sobre cujo fundo de florestas ecampos, ainda por descobrir e civilizar, passam e repassam cenas e figuras tipicamente européias.

No diagnóstico realizado ainda em Populações Meridionais do Brasil (1920), Vianna atribui a fragmentação brasileira à ausência de vínculos orgânicos cuja origem é a falta de "instituições de solidariedade social". Segundo o autor, "somos ainda um povo em fase elementar de integração social; temos uma estrutura extremamente fragmentária, dispersa, pulverizada em miríades de pequenos grupos patriarcais, que

---

[571] VIANNA, Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp; Rio de Janeiro: Eduff, 1987. Pp.144-146.

cobrem por inteiro o nosso território"[572]. A leitura de Vianna tinha como base o ruralismo brasileiro, estrutura marcada pelo patriarcalismo, relações familiares como base organizativa e falsa de coesão social e política enquanto povo e nação[573].

Esse defeito faria do povo brasil um povo amorfo, desagregado em clãs familiares ou clientelas regionais[574]. Vianna atribuía essa insolidariedade em parte à estrutura agrária latifundiária: *"Nós somos o latifúndio. Ora, o latifúndio isola o homem; o dissemina; o absorve; é essencialmente antiurbano… nesse insulamento que ele impõe aos grupos humanos, a solidariedade vicinal se estiola e morre".* Segundo o autor, faltava a solidariedade inerente à organização social, razão pela qual afirma que ""Não há nenhuma classe entre nós realmente organizada, exceto a classe armada", e que de forma geral os grupos brasileiros vivem "em estado de semi-consciência dos seus próprios direitos e dos seus próprios interesses, e de absoluta inconsciência de sua própria força".[575]

Esse diagnóstico leva a duas consequências: a primeira diz respeito à função diretiva do Estado, que em muito dialoga com o que já vimos tratar-se da proposta de Alberto Torres. No intuito de analisar as estratégias discursivas que sustentaram as propostas aqui expostas, é de considerar-se com detida atenção a análise de BOSON, que insiste no relevo do papel que a declaração de Vianna de adoção de um método objetivo e realista cumpre em sua prática discursiva, referendando suas análises como um verdadeiro argumento de autoridade às propostas que passa a expor:

> Assim, a autoatribuição da condição de intérprete "objetivo" da realidade social e política brasileira será por ele mobilizada para sustentar obras de reformas políticas e chaves de orientação da política nacional com vieses bastante definidos. O ponto em que quero insistir é o da construção de uma perspectiva que mobiliza, o tempo inteiro, o realismo como parte de sua leitura do Brasil, inclusive para legitimar e justificar a sua pauta normativa.[576]

---

[572] VIANNA, O. O idealismo da Constituição. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. P. 65.

[573] Segundo Ferreira (1996): "Em Instituições Políticas Brasileiras Oliveira Vianna desenvolve melhor a sua concepção de Estado e de seu papel. O Estado surge como o promotor da integração nacional, o agente por excelência da "formação da nação", único agente capaz de superar o impasse criado pela distância entre "país real" e "país legal". Na ação transformadora do Estado, a "realidade" deve ser tomada como seu parâmetro de ação. Nenhuma política será eficaz se for frontalmente contra a índole e os costumes do povo; estes acabariam por se impor e deformar o resultado pretendido.".

[574] TOTTI, Marcelo Augusto; MACHADO, Vitor. O pensamento de Alberto Torres e a educação rural no Brasil: contribuições ao surgimento do ruralismo pedagógico. Revista de ciência da educação. Americana, Ano XV, v. 02, n. 19, p. 100-122, jun-dez 2013.

[575] VIANNA, O. O idealismo da Constituição. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. P. 39.

[576] BOSON, 2021, op.cit. p.190.

É através dessa justificativa, que a centralização estatal[577] tomará força argumentativa, pautando-se, ainda, na necessidade de criar uma formação e orientação política, assim como uma identidade nacional genuinamente brasileiras. Esse é um discursivo com visíveis elementos de continuidade em relação à Torres, repetindo o elemento da necessidade de criação de identidade brasileira através das elites, e de desgarrar-se das influências internacionais, sobretudo materializadas pelo liberalismo. Conforme explica BIANCHI, "ao criticar o legalismo da elite política liberal e indicar o 'insolidarismo' social, acabava justificando a necessidade de um Estado autoritário - em que o poder de decisão e de organização nacional estivesse concentrado no poder executivo, em detrimento do legislativo, e em uma elite orgânica, em detrimento da maioria."[578]. As fragilidades políticas da realidade brasileira eram usadas, assim, como justificativa para a proposição de um Estado autoritário e centralizador, demonstrando um aperfeiçoamento da construção discursiva que se iniciara com Alberto Torres. Vianna vinha, portanto, a legitimar a centralização estatal sob a justificativa da insuficiência social em se autoconhecer e autorregular a partir das instituições então vigentes.

> No diagnóstico da formação nacional que estabelecia em sua historiografia, Oliveira Vianna procurava legitimar sua defesa da instituição de um Estado forte e centralizado - instrumento do "idealismo orgânico" que preconizava -, que deveria substituir as instituições liberais federativas da Primeira República defendidas acirradamente pelos republicanos paulistas. Oliveira Vianna se distanciava, nesse ponto, da elite paulista.[579]

Nas palavras de Vianna, "entre nós, liberalismo significa, praticamente e de fato, nada mais do que *caudilhismo* local ou província"[580]. O regime representativo e as liberdades individuais de jure teriam funcionado, na prática, como fachada para a dominação oligárquica tradicional, dada a inexistência de uma sociedade civil independente e coesa que sustentasse aquelas instituições nos moldes europeus.

---

[577] "O discurso de Oliveira Vianna parece, no entanto, ser comprometido inequivocamente com o propósito da viabilização do Estado autoritário entre nós. Alegando a incapacidade sóciocultural do povo brasileiro, aliada à xenomania dos políticos brasileiros, Vianna ressalta a necessidade de ser instituído no Brasil um governo central forte e incontrastável, capaz de promover um sentimento nacionalista de solidariedade social.". TEIXEIRA, João Paulo Allain. Idealismo e realismo constitucional. Em: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997. P.101.

[578] BIANCHI, Daniel. Dos limites do Estado, da democracia e do direito em Oliveira Vianna e Raymundo Faoro. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação do Departamento de Ciência Política. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2010. P.9.

[579] Ferretti, D. J. Z.. (2008). O uso político do passado bandeirante: o debate entre Oliveira Vianna e Alfredo Ellis Jr. (1920-1926). Estudos Históricos (rio De Janeiro), 21(41), 59-78. https://doi.org/10.1590/S0103-21862008000100004.

[580] VIANNA, 1999, op.cit. p. 319.

Sobre essa crítica, é relevante indicar que, conforme, João Paulo Allain Teixeira afirma, havia bases sólidas para uma crítica contundente à forma como o sistema representativo foi instituído no Brasil, que funcionava como uma "farsa". Segundo o autor, que aborda as peculiaridades do funcionamento institucional:

> Com a proclamação da República, não há qualquer mudança substancial nas relações de poder, agravando-se o quadro quanto às fraudes eleitorais, oriundas dos mandonismos locais. A idéia dominante nos primeiros anos de República no Brasil aponta para uma Federação centrífuga, com a substituição dos partidos em âmbito nacional por partidos estaduais. Este movimento caminha no sentido do estadualismo, aumentando o poder das oligarquias locais em detrimento do poder central. Instituíam-se, assim, as bases da deturpação do federalismo pela "política dos governadores.[581]

A alternativa para esse defeito do liberalismo abstrato, incompatível com a realidade sociopolítica brasileira, propor a construção de uma ordem nacional organicamente integrada. Apenas o braço forte do Estado poderia tornar o povo, nação e garantir a tutela de seus interesses, e pare isso induziria a formação de corpos intermediários e os utilizaria para consolidar a unidade social. Ainda em 1920, Vianna já argumentava que o Brasil era "apenas no papel" republicano e democrático, pois "o jogo espontâneo das forças sociais e econômicas" não lograra produzir internamente uma cultura política nos moldes anglo-saxônico. Como solução, alinhando-se ao fundamento teórico da função de governo e seu papel constituidor das comunidades intermediárias, Oliveira Vianna defendia:

> (...) o máximo de interferência estatal, a partir de uma forma de governo com características "antidemocráticas", na qual os governados teriam pouco acesso e pouco controle sobre as decisões políticas. De acordo com seu programa, que deveria agir, ex parte principi, no sentido de substituir o "braço possante de um caudilho", pelo Estado soberano e, no momento constituinte, pela representação corporativa, que incorporaria os indivíduos e grupos, com vistas à integração nacional, aos interesses coletivos e, conseqüentemente, à promoção de uma cultura política autêntica.[582]

Tal posicionamento revela como Vianna naturaliza a passividade política da população, projetando sobre o Estado uma missão diretiva[583] que entendemos aproximar-se do que Mortati descreve como a função de governo na constituição material. Quando Mortati defende que o direcionamento político deve em uma orientação que informa a todas as instituições do Estado e a sociedade, criando de

---

[581] TEIXEIRA, 1997, op.cit. p. 103.
[582] BIANCHI, 2010, op.cit. p. 104.
[583] Para um aprofundamento sobre as aproximações entre os autores: TAVARES, José Nilo. Autoritarismo e dependência: Oliveira Vianna e Alberto Torres. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

“cima para baixo” a direção e orientação política, constrói um esquema argumentativo que legitima a tomada de decisão verticalizada. Essa solução - que em Mortati se reflete em diferentes conjunturas, abrangendo tanto a experiência autoritária como uma proposta democrática - em Vianna pode ser identificada apenas na primeira vertente. Afinal, essa justificativa propõe a supressão dos meios de representação política fora do controle do Estado, ao mesmo tempo que teoricamente soluciona o problema da fragmentação, com a proposição da absorção dessas instâncias pelos órgãos institucionais.

Apesar da aproximação inicial, há elementos de rompimento nas consequências estruturais entre ambos os reconhecimentos. Primeiramente, salientemos que ambos os autores partem de uma abordagem metodológica autodenominada *realista.* Em Mortati, é o realismo o fio condutor de toda a sua articulação da constituição em sentido material, sendo seu propósito teórico objetivo, encontrar os meios de estabilização da orientação política através do reconhecimento do processo de diferenciação. O que funciona como processo de diferenciação varia, em sua concepção, à medida que as décadas passam e Mortati percebe a realidade mudar. É isso que o conduz de defensor de um regime fascista autoritário ao pluralismo republicano. A base do realismo, porém, não se altera. Mortati continua defendendo o processo de diferenciação, mas ele alarga as bases de diálogo que este abrange. O que antes seguia a lógica do amigo/inimigo, incorpora a dialética; corpos sociais que antes faziam parte da sociedade desorganizadas, passam a ser considerados corpos intermediários aptos, contanto que passem pelo processo de mediação (que, na última fase de seu pensamento, sequer precisa vir do Estado). O realismo de Mortati funciona como metodologia, pois produz o molde teórico no qual suas propostas se desenvolvem.

Já Oliveira Vianna não produz, nem por aproximação, uma proposta metodológica com o mesmo grau de complexidade ou mesmo maleabilidade diante das possíveis alterações contextuais. Longe de apontar como uma falha, é preciso interpretar este dado como fruto da tradução cultural operada no contexto brasileiro, onde uma teoria constitucional própria ainda seria algo distante de ser realizado - era a reflexão de Vianna, como a dos demais pensadores aqui tratados - o primeiro grupo de intuições brasileiras. Pensar em matéria de sistematização constitucional ainda estava distante - o que não nos impede de identificar elementos da constituição material, posto que ela não se opera na constituição formal - no entanto, nos conduz

à conclusão de que o realismo de Vianna estava mais ligado a diagnósticos do que a propostas. O realismo em Vianna é eficiente em identificar as falhas no sistema de representação oriundo do exógeno liberalismo *à la Brasil.* Em perceber que a representação era absorvida pelos interesses oligárquicos e que, tendo a sociedade ruralista como base de observação, não havia grupos coesos mediadores da vontade política.

Em relação ao método de suas análises, ressalvas devem ser feitas. O método de análise de Vianna é considerado, por alguns autores, como portador de "inversão metodológica". Isso porque, primeiramente, embora negasse o liberalismo por origem exógena, as bases de leitura de Vianna são, prioritariamente, estrangeiras - e aplica muitos dos conceitos, sem adequação à realidade brasileira. É o que aborda Teixeira[584], ao afirmar que "o nacionalismo de Oliveira Vianna é um equívoco. Autoproclamando-se nacionalista e indo buscar em doutrinas alienígenas o embasamento para o seu discurso, cai em evidente contradição.". O outro ponto da inversão metodológica opera-se pelo que José Evaldo Vieira chama de "leitura livre"[585] que Vianna faz de seus autores, extraindo muitas vezes conclusões de trechos descontextualizados das obras e contextos, gerando o que José Honório Rodrigues classifica como uma "falta de metodologia"[586]. As observações são relevantes para indicar que, em que pese estejamos tratando de fenômenos que possuem aproximações e, sem dúvida, fundamentos teóricos que possibilitam uma relação discursiva, não só os caracteres das propostas diferem, como também o local discursivo dos atores enunciadores. Enquanto Costantino Mortati elabora uma teoria geral com metodologia coerente ao longo de décadas, ampliando-a para contemplar, inclusive, situações políticas inversas. Temos em Oliveira Vianna as primeiras intuições - para a época, bastante relevantes em nível de pensar de forma local - mas que não se aproximam do rigor científico ou metodológico da produção de uma teoria do direito.

Esse abismo discursivo deve ser interpretado à luz da tradução cultural, como fruto do distanciamento técnico-teórico entre nações velhas e pós coloniais. As últimas, oriundas de longos projetos de recepção exógena de ideias, possuem

---

584 TEIXEIRA, 1997, op.cit. p. 104.
585 VIEIRA, 1976, op.cit. p. 41.
586 RODRIGUES, José Honório. A metafísica do latifúndio. O ultra-reacionário Oliveira Vianna. In: RODRIGUES, José Honório. História da história do Brasil. São Paulo: Nacional. 1988. P.224.

cronologicamente atrasos na formulação de teóricas jurídicas próprias. Os motivos são óbvios, dado o tempo necessário a divorciar-se do que lhes foi imposto e criar raízes nas próprias problemáticas locais. Ademais, como última pontuação sobre os distanciamentos entre a estruturação do elemento realista em ambos os autores, é oportuno considerar as consequências da "inversão metodológica" de Oliveira Vianna. Neste sentido, Teixeira:

> Partindo de idéias pré-concebidas, Oliveira Vianna trata de adequar a percepção da realidade brasileira ao seu discurso, quando o seu próprio discurso "realista" deveria se adequar à realidade empírica. Trata-se mais uma vez de reafirmar a inversão metodológica com que procede Oliveira Vianna quando de suas investigações.[587]

As consequências dessa abordagem são a filiação a uma única opção de regime político, que conduziria à saída autoritária. A representação política suprimida e a centralização do Estado estão na base da proposta de Vianna. Nas palavras de Bianchi, *"Vianna entendia que a representação deveria ser um artifício criado pelo Estado corporativo, como uma forma de inclusão do 'povo-massa' nos assuntos de interesse coletivo e nacional"*[588]. Ou seja, a representação política legítima, para ele, deveria emanar das coletividades reais da sociedade, mas apenas em uma estrutura devidamente organizada e tutelada pelo Estado, em vez de decorrer apenas de eleições baseadas em indivíduos isolados, que por si só não teriam a capacidade ou consciência necessárias para interferir na vida política do país[589]. Afinal, o sujeito fora da tutela do Estado seria privado de uma consciência social e política adequadas. Para tornar-se o que podemos identificar como o conceito de "pessoa" em Mortati, o indivíduo deveria ser considerado dentro da estrutura corporativa. Caso contrário, não portaria a capacidade necessária de interferência ou decisão na vida política do país.

Tanto a incapacidade de decisão do indivíduo, mas também a situação de reféns dos interesses privados econômicos que naquele momento permeavam a oligárquica sociedade brasileira eram apontados por Vianna como uma justificativa para a centralização e mediação estatal. Nesse sentido, Bianchi:

> Para Vianna, alguma participação só seria possível com um Estado forte e "tutelador", uma vez que a descentralização do poder deixaria a maioria da população sob dependência de poderosos locais "privatistas". Nesse sentido,

---

587 TEIXEIRA, 1997, op.cit. p. 104.
588 BIANCHI, 2001, op.cit.
589 SOUZA, Francisco Martins de. Raízes teóricas do corporativismo brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

> para Vianna, seria legítimo que essa maioria fosse tutelada por um Estado que concentrasse o poder, eliminando o papel de protagonista que teriam os caudilhos e oligarcas estaduais ligados aos grandes domínios rurais. (...) Para tanto, o sonho liberal deveria ser substituído pelo realismo que justificaria a centralização do poder do Estado.[590]

Na base dessa proposta está, sempre, a crítica ao parlamentarismo, porém as suas consequências a ultrapassam. O autor buscava um elemento de unidade que, além de modificar este sistema, provocasse meios de integração entre a sociedade e o Estado de maneira *controlada*. Segundo Vianna, o poder legislativo possui um "espírito de clã"[591], não sendo representativo do povo e causando fragmentação no exercício do poder político[592]. Aqui a solução encontraria, também, uma defesa à centralização do poder pelo Executivo, o que demonstra, ainda, uma forte influência das críticas antiliberais de Carl Schmitt, autor que pautava as leituras de Vianna.

> A urgência dos temas também aparece como um justificador da ampliação dos poderes do Executivo, na medida em que a realidade do país demandava celeridade na regulamentação das matérias, o que não seria possível em um ambiente marcado por discussões atravessadas por interesses particulares e faccionismos os mais diversos, desatrelados de interesses nacionais.[593]

Segundo Brandão, o programa político de Oliveira Vianna denominado "idealismo orgânico" baseava-se na defesa do enfraquecimento das liberdades privadas e do exercício de poder pelo legislativo, em favor de um sistema de "tutela" da população pelo Estado[594]. Para o autor, o povo brasileiro devido a características muito próprias de sua formação, marcada pela pluralidade de culturas, raças e comportamento, não tinha condições de se autodeterminar, havendo risco constante de fragmentação. Segundo o autor, o que se percebe através da história brasileira é:

> (...) que os quatro séculos da nossa evolução lhe ensinam é que os direitos individuais, a liberdade, a pessoa, o lar, os bens dos homens pobres só estão garantidos, seguros, defendidos, quando têm para ampará-los o braço possante de um caudilho local.[595]

Percebe-se a presença do discurso da unidade política a repetir-se, em associação com o enfraquecimento da autonomia do povo. A diversidade brasileira é

---

590 BIANCHI, 2001, op.cit. p.5.
591 VIANNA, 1939, op.cit.
592 VIEIRA, Evaldo. Autoritarismo e corporativismo no Brasil. São Paulo: Cortez, 1981.
593 BOSON, 2021, op.cit. p. 192.
594 BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2007.
595 VIANNA, Oliveira. Populações Meridionais do Brasil. Edições do Senado Federal,. Brasília, 2005. P.221.

associada à fragmentação e risco à governabilidade e o papel do Estado forte e autoritário volta como um salvador de incongruências[596]. Em última análise, a urgência desse resgate é tão forte, que Vianna justifica até mesmo a ditadura como meio apto a unificar e orientar politicamente a plural sociedade brasileira. Uma visão paternalista do povo brasileira é frequente em sua obra:

> Eles [os povos europeus] conseguiram discriminar, com perfeita lucidez, a diferença entre o 'poder público', como tal, e os 'indivíduos' que o exercem. Por meio dos representantes da autoridade, conseguiram ver a autoridade em si, na sua abstração. (...) Essa 'intelectualização' do conceito do Estado ainda, infelizmente, não a atingimos.[597]

A segunda consequência da diagnosticada ausência de instituições de solidariedade em Vianna é que, uma vez que a vida comunitária se limitava ao âmbito familiar ou local, havia uma ausência de laços associativos mais amplos - comunidades intermediárias como sindicatos, cooperativas ou associações civis - praticamente não existiam. Essa "carência de instituições de solidariedade" e de "tradições e "sentimento de solidariedade" foi enfatizada por Vianna e seus contemporâneos antiliberais justamente para justificar a necessidade de uma ação organizadora do Estado.

Será nesse terreno que edifica uma de suas mais centrais propostas: a adoção do Estado corporativo. Embora não apareça de forma clara nessa obra (Populações meridionais), suas bases estão lançadas, uma vez que o papel das corporações será essencial para eliminar a distância entre a realidade e a abstração, servindo como mediadores entre a população - até então amorfa e desorganizada - para que possam fazer parte de modo consciente e coerente da produção da orientação política e da estrutura do Estado. Sua proposta aparece de forma clara e estruturada nas obras Problemas de direito corporativo (1938) e Problemas de direito sindical (1943).

A proposta viannista de integração nacional materializa-se na defesa de uma representação orgânica ou classista, em oposição ao modelo liberal-individualista de representação. Em vez de partidos políticos competindo pelo voto atomizado de cidadãos abstratos, Vianna vislumbrava um Estado corporativo sustentado por grupos sociais organizados - categorias profissionais, setores produtivos, comunidades regionais - que seriam incorporados à vida pública como

---

[596] BRANDÃO, Gildo Marçal. Oliveira Viana: populações meridionais. In: MOTA, Lourenço Dantas. Um banquete nos trópicos: Introdução ao Brasil. 2002.
[597] VIANNA, Oliveira. Populações Meridionais do Brasil. Edições do Senado Federal,. Brasília, 2005. P.364.

intermediários necessários entre o indivíduo e o poder. Vianna defendia, portanto, que o Estado "chamasse a si" a tarefa de organizar as classes - uma tutela estatal que, a seu ver, evitaria tanto a anomia social quanto a penetração de ideologias revolucionárias no meio operário. Com este propósito, Oliveira Vianna foi concebeu uma parte considerável do sistema legislativo trabalhista e sindical do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945).

Não por acaso, durante os trabalhos da Comissão do Itamaraty (1932) - embrião da Constituição de 1934 - Vianna posicionou-se contra a criação imediata de uma Câmara corporativa nos moldes fascistas, alegando que os grupos profissionais no Brasil ainda não estavam suficientemente consolidados e que tal representação direta seria "utópica" e suscetível de manipulação partidária. É nesse sentido que Oliveira Vianna desenvolve uma proposta na qual conseguimos vislumbrar claramente a fundamentação teórica das comunidades intermediárias enquanto elemento estruturante da constituição material em Costantino Mortati. Nesse sentido, explica Evaldo Vieira:

> As corporações representam o papel de mediação entre os dois países, sob a direção de um Estado forte, que submete a liberdade ao princípio da autoridade. Tal Estado Corporativo, sem qualquer tipo de partido, mesmo único, e, sem ideologia organizada, é um Estado Autoritário, propício ao Brasil.[598]

Tal proposta de corporativismo como via de integração nacional ganha densidade teórica a partir do contato de Oliveira Vianna com os escritos de Sergio Panunzio, importante teórico do sindicalismo fascista italiano e também referência direta para Costantino Mortati. Em *Problemas de política objetiva* (1930), publicado poucos meses antes da revolução de Vargas, Vianna apoia-se nas reflexões teóricas de Panunzio (*O sentimento do Estado*, 1929), cuja influência também alcançou a formação teórica de Mortati. A noção de "sindicalismo nacional", desenvolvida por Panunzio, estrutura a proposta de Vianna para o Ministério do Trabalho. Segundo Gentile:

> A originalidade política e social do fascismo residia, portanto, na fusão do sindicalismo e do nacionalismo. E Oliveira Vianna, ciente de que as formas típicas de estruturação da sociedade brasileira estavam mudando sob o impulso da modernização dos anos 1920, assimila pela leitura de Panunzio o conceito de organização nacional, que será um dos pilares durante o período em que o brasileiro presta consultoria para o Ministério do Trabalho."

[598] VIEIRA, Evaldo. Autoritarismo e corporativismo no Brasil. São Paulo: Cortez, 1981. P.76.

Com base em Panunzio e na teoria do Estado sindical corporativo, Vianna estrutura a proposta de reorganização da sociedade brasileira por meio de um Estado forte, orientado por uma elite tecnicamente capacitada[599]. Estão dispostos nessa proposta não só a supressão das instâncias orgânicas (e não mediadas) de intervenção política, mas também a defesa do tecnicismo e do controle representativo nas mãos de uma elite.:

> Pensamos aqui nos conselhos técnicos do aparato do Estado, centros compostos para as personalidades mais eminentes do país, se destacando nos demais domínios do conhecimento, especialmente nas ciências morais e políticas. Nessa perspectiva, o sentido de pertencer a uma comunidade nacional orgânica, forjada na singularidade do caráter brasileiro, poderia ser construído com paciência, ao ser confiado a uma elite culta e competente, dada a incapacidade do povo-massa de se dar instituições livres e democráticas.[600]

Por um lado, a proposta de Vianna diferente do liberalismo, pois - em consonância com a leitura de Mortati sobre o papel das corporações - o jurista confere a elas uma função constitucional estruturante, diferente do papel meramente consultivo do sistema liberal. Por outro, resiste à participação autônoma desses grupos, isto é, sem o controle resultante da incorporação na estrutura estatal que o modelo corporativo oferece[601]. Em vez de reservar cadeiras no Parlamento para deputados sindicais (solução que julgou prematura), ele sugeriu uma alternativa engenhosa: tornar obrigatória a consulta aos órgãos técnicos e associativos previamente à elaboração das leis. Conforme propôs em seu voto:

> Estabeleçamos em cláusula da Constituição a obrigatoriedade da consulta prévia para todos os projetos de lei, como para todos os projetos de regulamento - e teremos dado às classes e aos grupos de interesse uma forma pronta, imediata e eficaz de participação na vida política e administrativa do país.[602]

Tal dispositivo consagraria, em termos constitucionais, a representação profissional obrigatória na função consultiva do processo legislativo, garantindo voz institucional aos interesses organizados sem alterar por completo a estrutura institucional vigente. Por meio dessas Juntas e Conselhos técnicos - formados por

---

[599] Sobre a relação entre o tecnicismo e o autoritarismo em Vianna: Pinto, Francisco Rogério Madeira. "Oliveira Vianna e a Construção Científica do Constitucionalismo Autoritário." Revista da Faculdade de Direito, no. 46 (September 1, 2021): 182-206. http://dx.doi.org/10.22456/0104-6594.112811.
[600] VIANNA, 1939, op.cit. p. 195.
[601] PINTO, 2021, op.cit.
[602] VIANNA apud AZEVEDO, Elaborando a Constituição Nacional, 1993, p. 90.

representantes qualificados das diversas áreas (educação, comércio, indústria, trabalho etc.) - o Estado poderia "traduzir ao Estado seus reais anseios, resolvendo a cisão entre país real e legal" com o auxílio de uma "elite política guiada pelo idealismo orgânico". Ele propunha fortalecer a autoridade presidencial e a unidade de comando estatal, ecoando a função diretiva que Costantino Mortati atribuía à constituição material: o Estado deve "educar" e "conduzir" a nação, coordenando os esforços sociais rumo à coesão. O sistema corporativo resolveria a questão da solidariedade social e da falta de coesão entre sociedade e Estado. Seu modelo - inspirado pelo modelo fascista italiano - como estratégia central de integração social e política no Brasil. Em "Direito do Trabalho e Democracia Social: O problema da incorporação do trabalhador no Estado (1951)", Vianna argumentou que a incorporação institucional dos trabalhadores seria a via para superar a luta de classes e formar uma verdadeira "democracia social" fundada na colaboração entre capital e trabalho, mediada pelo Estado.

O projeto foi fundamental na estruturação da Justiça do Trabalho e na organização do próprio Direito do Trabalho[603] em seu berço, uma vez que Vianna atuou diretamente, integrando o Ministério do Trabalho como consultor a partir de 1932[604] a convite de Getúlio Vagas. Sua influência teórica e prática pode ser percebida em diversos marcos normativos da época: já na Constituição de 1934 (que inaugurou no Brasil os direitos dos trabalhadores e a justiça do trabalho incipiente), passando pela Constituição de 1937 - de caráter abertamente autoritário e corporativo, cujos artigos. 136 a140 instituíram a representação sindical e profissional tutelada pelo Estado - pelos Decretos-Leis nº 1.237 e nº 1.402, de 1939 (respectivamente, organizando a Justiça do Trabalho e implantando a *unicidade* sindical), e culminando na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, síntese máxima da legislação trabalhista varguista. Como sintetiza Gentile,

> Suas ideias corporativas encontram-se já na Constituição de 1934, nos artigos 136-140 da Constituição do Estado Novo, de 1937, no decreto-lei

[603] Para um aprofundamento, ver: ARRUDA, H. M. OLIVEIRA Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil 1932-1940." Universidade Federal do Espírito Santo, 2006. http://repositorio.ufes.br/handle/10/3404.

[604] Para uma visão sobre o trabalho técnico de Vianna enquanto consultor do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ver: Fontana, Felipe. "Pontos de inflexão para a análise do pensamento vianniano: as posições de Oliveira Vianna sobre a entrada de 3.000 chineses no Brasil e o seu trabalho de consultor jurídico (1932-1940)." Civitas - Revista de Ciências Sociais 17, no. 1 (May 9, 2017): 177. http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2017.1.24706.

> nº 1.237, que organiza a justiça do trabalho, no decreto nº 1.402, ambos de 1939, que institui o sindicato único, e na CLT, de 1943.[605]

É nessa toada que sua proposta de institucionalização das Juntas de Conciliação e Julgamento - tribunais paritários compostos de representantes classistas de empregados e empregadores sob a presidência de um juiz do trabalho - materializou a ideia de resolver os conflitos sociais por meios institucionais, desencorajando os litígios e as iniciativas individuais ou fruto de organização social sem mediação do estado - como as greves. Inspirado na magistratura do trabalho fascista (a *Magistratura del Lavoro* prevista na Carta italiana de 1927), Vianna via nessa inovação jurídica um duplo benefício: de um lado, atender às demandas dos trabalhadores por proteção coletiva; de outro, reforçar a autoridade do Estado como árbitro supremo das relações capital-trabalho.[606]

No modelo proposto, os sindicatos seriam únicos por categoria, subordinados ao Ministério do Trabalho e inseridos numa estrutura corporativa nacional. Sua proposta, analisada pelas lentes do conceito de "autoritarismo instrumental" ressoa de maneira significativa com o modelo corporativo criado por Alfredo Rocco na experiência fascista italiana e instrumentada pela lei sobre a disciplina jurídica das relações do trabalho (1926). A experiência italiana foi uma inspiração expressa em Vianna, que exaltava a legislação trabalhista italiana de Alfredo Rocco justamente por ter “devolvido ao Estado o monopólio da ‘questão social”, ao transformar as disputas individuais em conflitos coletivos sujeitos a regras públicas de composição. O modelo de organização sindical corporativa, incorporado na origem da estrutura trabalhista no Brasil, era coerente com as concepções de Vianna. A unicidade sindical - princípio segundo o qual a cada categoria profissional ou econômica corresponde um único sindicato oficialmente reconhecido - foi adotada já em 1931 e reafirmada nas constituições de 1937 e 1946, garantindo ao Estado o controle sobre a representação dos trabalhadores.[607]

Nos moldes do modelo que foi defendido por Vianna, nenhuma categoria poderia criar livremente múltiplos sindicatos concorrentes; ao contrário, toda a representação classista ficava concentrada em entidades únicas, hierarquizadas e

---

[605] Gentile, F.. (2019). A apropriação do corporativismo fascista no “autoritarismo instrumental” de Oliveira Vianna. Tempo, 25(1), 110-131. https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2018v250106. P.124.
[606] GENTILE, Fábio. A apropriação do corporativismo fascista no “autoritarismo instrumental” de Oliveira Vianna. Tempo, v. 25, n. 1, p. 110-131, 2019.
[607] BRESCIANI, Maria Stella. A concepção de Estado em Oliveira Viana. 1973.

tuteladas[608]. Materializa-se, assim, uma característica central do corporativismo estatal, pois impede a concorrência associativa típica do pluralismo liberal e assegura a "colaboração" entre capital e trabalho sob supervisão governamental. Como bem resume um estudo clássico sobre o tema, *"a unicidade sindical e o monopólio da representação imposta pelo Estado... constituem dois componentes essenciais do sistema corporativo de representação de interesses"*.[609]

Na argumentação de Vianna, essa seria a solução para o insolidarismo e a fragmentação. Através da mediação das corporações, os sujeitos se tornariam grupos qualificados e institucionalmente integrados à vontade do Estado. A proposta traz elementos fundamentais das "comunidades intermediárias", uma vez que busca selecionar formas integrativas da sociedade à orientação política do Estado. A forma como isso deveria se dar, porém, seria através do controle estatal.

Nessa conjuntura, os sindicatos oficiais - embora mantivessem certa personalidade jurídica de direito privado - passaram a exercer funções públicas delegadas, representando legalmente todos os integrantes de sua categoria (*representação compulsória*) e participando de órgãos como os próprios tribunais do trabalho e os conselhos técnicos de políticas setoriais. Essas ideias refletem de maneira bastante próxima a fundamentação teórica de Costantino Mortati sobre o modelo corporativista como solução à falta de representação popular, em especial, na primeira fase de seu pensamento, em que estes são a face principal das "comunidades intermediárias", como visto no capítulo anterior. Antes de filiar-se ao corporativismo católico (através do solidarismo católico, passando sua reflexão para os partidos políticos), Mortati defende, ainda sob a égide do regime fascista, um regime cooperativo fundado na necessidade de construir comunidades intermediárias para realizar a mediação entre a sociedade e o Estado. A solução, em ambos os casos, leva ao controle Estatal (na Itália, pelo partido; no Brasil, pelo hiperpresidencialismo) e à centralização autoritária do poder.

Posteriormente, a proposta de Mortati irá alargar-se, uma vez que nunca foi feita para contemplar apenas a estruturação autoritária. Em Mortati, as comunidades intermediárias são formas de organização social situadas entre o indivíduo e o Estado,

---

[608] CERQUEIRA, Eli Diniz; LIMA, Maria Regina Soares de. O modelo político de Oliveira Vianna. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG, n. 30, 1971.

[609] RODRIGUES, LM. Partidos e sindicatos: escritos de sociologia política [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. 132 p. ISBN: 978-85-7982-026-7. Pp.52-53.

como sindicatos, associações e ordens profissionais, dotadas de função integradora e formadora da vontade política unitária. Ao propor o corporativismo como superação da desagregação social, Oliveira Vianna, por sua vez, antecipa, ainda que com motivação autoritária, essa mediação como base organizativa da estrutura estatal.

Esse paralelo conduz à distanciamentos significativos, tendo em vista o papel que as comunidades intermediárias exercem para cada um dos autores. Em ambos os autores, as "comunidades intermediárias" são mediadoras necessárias para a participação do povo. No entanto, em Mortati, essa necessária mediação está menos ligada à supressão da participação popular do que à crítica do sujeito individual fragmentado do liberalismo. Na teoria da constituição em sentido material, o papel desse elemento é inicialmente ligado às corporações sindicais, mas em seguida expandidos para outros meios e organização social capazes de promover a organização social na perspectiva da ação - o que é uma influência do pensamento de Hermann Heller. O principal ponto de distinção ocorre quando, no sistema republicano pós-fascista, Mortati defende que os partidos políticos numa perspectiva pluralista se ocupem do papel de comunidades intermediárias. O viés estatal permanece, porém, uma vez que ainda nesta fase, defende uma disciplina interna dos partidos políticos pela Corte Constitucional[610]. Na terceira e última fase de seu pensamento, porém, Mortati reformula sua proposta, admitindo que funcionem como comunidades intermediárias organizações sociais não estatais, como os movimentos sociais. Essa mudança de postura se dá pela desilusão com o sistema parlamentar, como já identificamos no capítulo anterior.

Esse percurso nos mostra que as comunidades intermediárias se apresentam na teoria da constituição material, como categorias elásticas e maleáveis, e que os institutos a se enquadrarem em seu papel de mediação mudam, pois o fio condutor metodológico de toda a teoria é, de fato, o realismo. A forma como esse elemento apresenta-se em Oliveira Vianna e sua proposta de Estado Corporativista, sem dúvida, incorre em aproximações devido ao papel de mediação e à própria figura da corporação como instituto central é proveniente da mesma raiz teórica de Mortati durante a primeira fase de seu pensamento, isto é, a literatura fascista inspirada pelo corporativismo de Sérgio Panunzio. No entanto, em Vianna, a centralização estatal apresenta-se mais potente e inflexível, não havendo a admissão - nem a nível teórico

[610] MOREIRA GOUVEIA, 2021, op.cit.

- da existência de outras formas de agregação social com o papel mediador. A proposta aqui está mais ligada à meios de absorção pelo papel tutelador paternalista do Estado do que a formas de emancipação espiritual de indivíduos amorfos a grupos sociais (como em Mortati).

Tanto é que o corporativismo se apresenta como base organizativa para todo o sistema trabalhista. A criação da Justiça do Trabalho no Brasil seguiu essa mesma lógica: *"a instituição da magistratura do trabalho pode ser legitimada como um instrumento jurídico criado pelo Estado para se garantir perante os novos conflitos emersos da economia industrial moderna"*[611]. Dessa forma, ao centralizar no Estado-juiz a resolução das disputas trabalhistas, eliminando a antiga "questão social" como problema político autônomo, instaurava-se um mecanismo de cooperação forçada entre as classes, intermediado pela autoridade pública.

A proposta viannista, ao prever uma representação corporativa tutelada por um Estado centralizado, encontra correspondência funcional com a concepção de Mortati acerca da constituição como estrutura organizadora do poder político. Todavia, enquanto Mortati concebe as *comunidades intermediárias* como formas de expressão orgânica da sociedade civil, Vianna restringe sua atuação à função integradora e passiva, reproduzindo um modelo hierárquico em que a autonomia social é sacrificada em nome da unidade estatal. As suas ideias encontram paralelo forte na primeira fase do pensamento de Mortati, quando associa este conceito diretamente ao modelo corporativo. No entanto, quando na fase republicana Mortati expande essa noção, integrando partidos políticos e até mesmo movimentos sociais organizados fora do aparato estatal, as propostas se distanciam, apesar de guardarem em comum a base teórica estrutural.

### *4.4.2. A sistematização normativa da centralização em Francisco Campos*

As propostas de reorganização social e política articuladas por Oliveira Vianna, sustentadas por um ideal de Estado forte e por uma concepção de representação baseada em corporações como comunidades intermediárias, operaram papel discursivo central em erigir os mecanismos trabalhistas no Governo Vargas a partir dos anos 30. A parte da operacionalização no campo trabalhista, porém esse plano,

[611] VIANNA, F. J. O. (1938b). Problemas de direito corporativo. José Olympio, 1938. P.83.

era fundamentalmente fincado na teoria sociológico-institucional. Com a virada da década, estas intuições tomam concretude e passam para um plano jurídico normativo com Francisco Campos. Enquanto o primeiro oferece a matriz sociopolítica da centralização, Campos a sistematiza juridicamente no campo do direito positivo estruturando-a constitucionalmente.

Esse será o tema do presente tópico, que demonstrará como os fundamentos dos elementos da constituição material são traduzidos culturalmente nas propostas normativas de Campos, sobretudo em relação à função diretiva, unidade política e efetividade material através de sua proposta - que se concretiza em 1937 - de reestruturação constitucional. Trata-se, aqui, de observar como a centralização estatal, antes justificada em termos sociológicos e culturais, passa a ser traduzida e operada por dispositivos jurídicos, num processo de constitucionalização do autoritarismo que se conecta, ainda, com experiências europeias de racionalização estatal sob o signo da ordem e da segurança. É também nesse ponto que os elementos da Constituição em sentido material encontram, enfim, a Constituição formal. A participação de Campos na redação da Constituição de 1937 é responsável por erigir à materialidade os pressupostos que, até então, transitavam no pensamento jurídico brasileiro de forma quase que integralmente teórica.

Francisco Campos (1891-1968) é até hoje conhecido como um dos mais influentes juristas e políticos da história brasileira, exercendo cargos públicos, papéis constituintes, elaboração de Constituições, discursos memoráveis e todo um aparato tecnológico em prol do autoritarismo, ainda que em diferentes períodos históricos[612]. Vida e obra de Campos estão intimamente entrelaçadas em diferentes fenômenos que presentam a centralização do poder na história brasileira de tal modo que poucas figuras são capazes de emblemar tão claramente o intelectualismo jurídico a favor do poder autoritário e, em última análise, da ditadura[613].

---

[612] O pensamento de Francisco Campos - jurista que desempenhou papel decisivo tanto no Estado Novo quanto na ditadura militar - é, possivelmente, a expressão mais bem acabada das premissas autoritárias alinhadas acima. Nesse sentido: BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Tese de doutorado, Direito, UnB, 2009. P. 23.

[613] Politica e juridicamente, toda a vida de Francisco Campos surgiram unicamente a projetos de poder autoritários. Conforme diz SANTOS: "É fato notório e bem conhecido o apoio requisitado por Francisco Campos junto às fileiras mais conservadoras da sociedade brasileira por ocasião do golpe que levou ao Estado Novo. Em carta endereçada a Getúlio Vargas, Plínio Salgado revelou tais assertivas, informando que Campos lhe pediu "apoio para o golpe de Estado" e a sua "opinião sobre a Constituição", dando-lhe "24 horas para a resposta", recomendando por fim o "mais absoluto sigilo".Nada mais lógico, já que Campos figurou entre os fundadores da Legião de Outubro em Minas

Seu papel central não em não em uma, mas duas viradas autoritárias brasileiras não é um elemento conteste da história brasileira, ora, não sendo exagero dizer que estamos diante da representação tecnológica do autoritarismo jurídico brasileiro[614], ou, como melhor não poderia ter descrito o cronista Rubem Braga: "toda vez que a luz do gabinete do sr. Francisco Campos se acende, as luzes da democracia brasileira se apagam."[615]. Apesar de sua intensa participação na vida política autoritária brasileira, sendo praticamente o autor único da Constituição de 1937 e redator dos Atos Institucionais 1 e 2, além de participante da elaboração de sugestões para a própria Constituição de 1967[616], para o foco do presente tópico, se enfocará nos mecanismos institucionais criados e aplicados, utilizados por Campos em sua justificação do regime de Vargas nos anos 30 e, em especial, como estes elementos traduzem os caracteres estruturantes da constituição em sentido material.

Quando Francisco Campos desenha institucionalmente o aparato jurídico no qual se embasará o segundo governo de Getúlio Vargas, em 1937, a escola de Alberto Torres e Oliveira Vianna já era profícua em seguidores críticos ao liberalismo e defensores de medidas extremas de centralização do poder em favor da formação de uma identidade nacional. O movimento contava com o apoio de figuras políticas de relevo e grupos organizados como a Aliança Integralista Brasileira, que lançava mão de estratégias sociais populares, como o fundamentalismo religioso, conservadorismo e nacionalismo, para justificar um "elemento espiritual" de unificação - como veremos no tópico a seguir. Discursivamente, o período era propenso tanto no âmbito internacional como nacional para a edificação de uma nova e radical proposta de reestruturação política, ao passo que acompanhava o levantar ideológico dos movimentos nazifascistas, apoiados em uma base discursiva em muitos pontos comum com a brasileira (apesar de, contraditoriamente, os movimentos locais referendarem-se no propósito de divórcio teórico com as influências estrangeiras). A narrativa da crítica à oligarquia e o apelo às democracias de massa tomou, assim,

---

Gerais, já como ministro do governo Vargas.". SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Locus: revista de história, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007. P.34.

614 Para um aprofundamento sobre o uso do direito enquanto tecnologia do poder em Campos: Oliveira, Itamar de. Francisco Campos: A inteligência no poder. [Belo Horizonte, Brazil?]: Editora Libertas, 1991.

615 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Atlas histórico do Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2003.

616 SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Locus: revista de história, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007.

contornos específicos na realidade local, possibilitando uma proposta que reinventou a tecnocracia com vestes brasileiras, justificando a autocracia.

Apesar do apelo pela construção de algo “local”, veremos em Campos uma relação direta com os pressupostos discursivos dos regimes autoritários europeus. A relação de Campos com o nazismo alemão, tema que delimitaria uma pesquisa própria, não é algo indisfarçado em sua obra, em especial na defesa da concentração de poder em um líder carismático, como bem coloca ao afirmar que: “quem quiser saber qual o processo pelo qual se formam efetivamente, hoje em dia, as decisões políticas, contemple a massa alemã, medusada sob a ação carismática do Führer”[617]. Em âmbito nacional, a tensão social era declarada. A insatisfação com o exercício de poder pelas oligarquias locais, centralização do poder por elites econômicas, falta de governabilidade da República Velha, geravam a crise perfeita para a materialização da proposta que já vinha sendo teoricamente ladrilhada desde Alberto Torres e agora encontraria o apogeu em sua materialização técnica.

Nessa toada, a Revolução de 30 e a entrada de Getúlio Vargas ao poder - inicialmente com a elaboração da Constituição de 1934, que já tinha contado extensamente com o aparato intelectual de Oliveira Vianna - são o cenário em que as práticas discursivas aqui analisadas se desenvolvem. É na elaboração da Constituição de 1937, a denominada constituição do "autogolpe" que se faz profícua a participação técnica e teórica de Francisco Campos, e a sistematização de todas as críticas e propostas até então delineadas. A Constituição de 1937, escrita quase que integralmente por Francisco Campos, coloca em prática de forma eficiente a materialização da centralização do Estado, pautada na justificação da unidade política e da função diretiva, enquanto elementos fundadores da necessidade de supressão da representação política e da defesa do hiperpresidencialismo. São os mecanismos de poder que erigem a partir de um processo discursivo crítico que vinha sendo historicamente elaborado e aperfeiçoado nos anos precedentes e agora tomava forma jurídica e política nos dispositivos constitucionais.

Em termos da teoria de Costantino Mortati, pode-se dizer que Francisco Campos traduziu culturalmente os elementos político-sociais do autoritarismo em linguagem jurídica, configurando, com isso, uma estrutura normativa que reflete, sob uma gramática local, a função diretiva, a unidade política e a efetivação da constituição

[617] CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. P.35.

tal como concebidos por Mortati. A seguir, examinam-se esses três aspectos, evidenciando como Campos racionalizou juridicamente o projeto estadonovista, conferindo-lhe coerência doutrinária e eficácia legal sem precedentes

#### *4.4.2.1. Função diretiva como imperativo de salvação nacional em Francisco Campos*

A teoria da Constituição em Sentido Material de Costantino Mortati concebe como elemento da constituição em sentido material a função diretiva. Manifesta, na primeira obra de Mortati, através da função de governo, vimos no capítulo anterior que este elemento diz respeito a um conjunto de objetivos fundamentais que orientam a atuação do Estado e dão sentido à ordem política. O direcionamento político está fundado nessa função, que Francisco Campos encarnou exemplarmente ao atribuir ao Estado Vargas um imperativo ideológico de salvação e renovação nacional. Logo no preâmbulo de sua defesa do Estado Novo, Campos afirma que “o novo Estado brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional"[618]. É este imperativo - fundamentalmente diretivo - que justificaria a tomada de medidas excepcionais, com objetivo de sanar a crise sociopolítica que o país atravessava na década de 20. Seria este o pressuposto da adoção de respostas necessárias" e "exigências do momento histórico"[619].

A função diretiva, como uma legitimação de orientação política, manifesta-se na obra de Francisco Campos, também como a redefinição do conteúdo da democracia e da representação política sob o Estado autoritário. O jurista defende que a verdadeira democracia não se concretiza através das liberdades negativas do liberalismo oitocentista, e sim deve integrar os fins positivos em matéria econômica e social. É nesse passo que a Constituição de 1937 incorpora uma nova declaração de direitos, com foco nos direitos sociais. O direito ao trabalho, à educação e à seguridade social, que impõem deveres ao Estado, já estavam parcialmente presentes na Constituição de 1934 - sobretudo no aparelhamento da Justiça do Trabalho com a base de Oliveira Vianna - mas aqui eles sedimentam a obrigação positiva de concreção pelo Estado.

---

[618] CAMPOS, 2001, op.cit. p.39.
[619] Ibidem, pp.39-40.

Do ponto de vista discursivo, a estratégica toma fôlego das tendências internacionais. As primeiras constituições sociais tinham há poucos anos sido promulgadas - A mexicana em 1917 e a de Weimar em 1919 - e a defesa pelos direitos sociais supria a carência legítima que o liberalismo francês oitocentista falhou em sanar. É sob esse contexto de necessidade extrema que Campos justifica a excepcionalidade do regime autoritário. Para tornar efetivos esses direitos, Campos preconiza que "o poder do Estado há de ser imensamente maior"[620] do que no modelo liberal clássico, devendo o governo assumir a responsabilidade de dar "orientação e direção a todas as atividades sociais"[621] e controlar efetivamente a economia, a política e a educação[622]. Podemos ver então que a Função diretiva se apresenta em sua máxima potência, ao totalizar a atividade de direcionamento nos campos não só políticos, mas também sociais e culturais. Nesse sentido, Campos:

> Se esses ideais de vida é que constituem o verdadeiro conteúdo da democracia, as instituições democráticas hão de ser transformadas no sentido de dar-lhes efetividade. Em primeiro lugar, o poder do Estado há de ser imensamente maior do que o poder atrofiado pelo conceito negativo da democracia do século XIX. Para assegurar aos homens o gozo dos novos direitos, o Estado precisa de exercer de modo efetivo o controle de todas as atividades sociais - a economia, a política, a educação.[623]

Nesse sentido, o Estado Novo reivindica para si a condução centralizada do desenvolvimento nacional, promovendo reformas sociais e intervindo na vida econômica com vistas ao bem comum. A função diretiva materializa-se, portanto, no Estado educador e interventor que "assegura aos homens o gozo dos novos direitos", planejando e coordenando a sociedade rumo à coesão nacional. Trata-se, antes de tudo, da construção de um regime de verdade no sentido foucaultiano, no qual o discurso jurídico-político de Francisco Campos não apenas descreve uma realidade social a ser transformada, mas a produz e a autoriza por meio da linguagem normativa.

---

[620] Ibidem, p.58.
[621] Ibidem.
[622] O controle da educação possui papel de relevo na proposta antidemocrática de Campos. Nesse sentido, é relevante considerar a Reforma Educacional operada sob sua influência. Para um maior aprofundamento, com análise específica do caso mineiro, ver: Oliveira, Pâmela Faria, and Carlos Henrique de Carvalho. "Educação e modernização em Minas Gerais: propostas reformistas na ação conservadora (1926-1930)." História da Educação 18, no. 42 (April 2014): 131-50. http://dx.doi.org/10.1590/s2236-34592014000100008. Ou ainda, para uma visão geral: Reformas de ensino, modernização administrada: A experiência de Francisco Campos : anos vinte e trinta. Florianópolis, SC: UFSC, Centro de Ciências da Educação, Núcleo de Publicações, 2000; Stroparo, Edelcio José. "REFORMA EDUCACIONAL FRANCISCO CAMPOS: INOVAÇÃO, CENTRALIZAÇÃO E AUTORITARISMO." In Filosofia, política, educação, direito e sociedade 5, 274-83. Antonella Carvalho de Oliveira, 2019. http://dx.doi.org/10.22533/at.ed.98819040227.
[623] CAMPOS, 2001, op.cit. p.58.

Ao afirmar que o Estado Novo respondia às “exigências da vida contemporânea” do Brasil, Campos se posiciona como enunciador legítimo de um saber jurídico capaz de nomear as “realidades […] contrariadas, oprimidas e sacrificadas pelo velho regime” liberal, convertendo-as em fundamentos de um novo ordenamento, atípico em relação ao que até então se conhecia. Podemos perceber, assim, que discurso jurídico opera como dispositivo de poder[624] e saber, ao definir os termos da crise, os sujeitos a serem redimidos e o Estado como instância capaz de salvá-los.

É possível perceber nessa operação, através dos pressupostos da tradução cultural, a função diretiva atribuída por Mortati à constituição material — isto é, sua capacidade de orientar o desenvolvimento político e social a partir de finalidades substantivas — que aparece em Campos em uma missão redentora (e justificadora) do Estado autoritário brasileiro. A aproximação e identificação entre os elementos estruturantes reside, em especial, na articulação entre modernização normativa e vocabulário messiânico, no qual o Estado centralizado surge como única forma possível de reintegração nacional. Tendo em vista os distanciamentos discursivos - sobretudo no que tange à justificação o regime de excepcionalidade, uma vez que quando Mortati enuncia essa função, não havia um paralelo similar à crise do Brasil, com características locais tão próprias - é possível, ainda assim, perceber a semelhança estrutural entre os fundamentos de justificação em ambos os autores.

No caso brasileiro, o discurso de Campos naturaliza o autoritarismo ao inscrevê-lo como resposta jurídica e política legítima à crise da ordem liberal, convertendo-o em princípio organizador da Constituição de 1937[625], cuja função seria conduzir a nação ao progresso, sob o signo da unidade e da salvação. Ademais, apresenta-o como a resposta às necessidades emergentes materializadas pelos direitos sociais, que suprem necessidades viventes da sociedade e justificam - na lógica de Campos - que a função diretiva modifique radicalmente a estrutura representativa estatal.

---

[624] A função diretiva, tal como formulada por Costantino Mortati, pode ser relida — à luz da análise do discurso de Michel Foucault — como um dispositivo que opera a articulação entre saber e poder na constituição do campo jurídico. Em Francisco Campos, essa função diretiva ultrapassa o plano organizativo da ordem estatal e adquire papel performativo, estabelecendo um regime de verdade em que a centralização, a suspensão da representação e o Estado interventor são legitimados como respostas jurídicas inevitáveis à crise social. Assim como os dispositivos foucaultianos, a função diretiva em Campos não apenas organiza práticas, mas produz os sujeitos e os enunciados possíveis da legalidade, definindo os contornos da exceção como norma.

[625] Para um maior aprofundamento: Losso, Tiago Bahia. "Francisco Campos e o Estado Novo : discurso e pratica politica (1920-1940)." [s.n.], 2000. http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/279373.

#### *4.4.2.2. Unidade política e efetividade normativa em Francisco Campos*

As propostas de Francisco Campos são diversas e muito bem estruturadas no sistema normativo constitucional que viria a se concretizar em 1937. Na base da maioria delas está a unidade política e seu objetivo de efetividade constitucional. Encontramos aqui refletidos fortemente os elementos da "unidade política" e "efetividade" da teoria da constituição material de Costantino Mortati. Segundo o jurista italiano, seria a "unidade" o elemento capaz de superar divisões internas e encarnar a vontade geral, articulando-se substancialmente com a função diretiva, previamente abordada. Também nesse sentido operou o pensamento de Campos, uma vez que ele advogou a necessidade de concentrar o poder e eliminar os focos de dissenso que fragmentavam a sociedade brasileira.

A base é, como sempre, a crítica ao liberalismo parlamentar. Aqui, porém, a crítica se materializa. A crítica parlamentar encontra sua corporificação através da aniquilação das instâncias representativas, com transmissão de poderes absolutos ao Estado, em especial ao líder, em sua função messiânica de garantir a identidade nacional através do controle e centralização. A alegada inaptidão do Poder Legislativo[626] e suas instâncias representativas em atuarem na formação da orientação política do Brasil é um dado central de seu discurso:

> A incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas, em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar.[627]

Campos via no sistema multipartidário e no federalismo da Primeira República[628] fontes de desunião nacional e ingovernabilidade. Nas vésperas do golpe de 1937, ele qualificou o Parlamento como um mecanismo antiquado e "inútil"[629], que havia se tornado "um instrumento de divisão do País", como vê-se a seguir:

> Mas o sistema não era apenas antiquado e inútil. Ele se tornara um instrumento de divisão do País (...). Envenenado por uma lei eleitoral propícia à fragmentação e proliferação de partidos destituí-dos de substância, o País

[626] PINTO, 2008, op.cit.
[627] CAMPOS, 2001, op.cit. p.47.
[628] CARONE, Edgard. A República Velha: instituições e classes sociais. São Paulo: DIFEL, 1970.
[629] Sobre a crítica aos mecanismos atuais por Campos, ver: PINTO, FRANCISCO. "FRANCISCO CAMPOS E O CINISMO CONSTITUCIONAL." Revista Jurídica da UFERSA 2, no. 4 (January 4, 2019): 39-66. http://dx.doi.org/10.21708/issn2526-9488.v2.n4.p39-66.2018.

> perdia, sem remédio, a confiança em instituições (...). É, aliás, o resultado infalível das democracias de partidos, que nada mais são virtualmente do que a guerra civil organizada e codificada.[630]

Pautando sua proposta na falta de confiança das instituições, “envenenadas por interesses oligárquicos”, Campos advoga pelo fechamento do Congresso Nacional, das assembleias estaduais e das câmaras de vereadores, com a instituição do Estado Novo. O jurista, assim, referenda a supressão completa das instâncias parlamentares, o que revela a lógica maniqueísta de seu discurso: o pluralismo político é associado ao caos e à discórdia crônica, ao passo que a unidade imposta por um poder central forte aparece como condição de sobrevivência nacional. O pensamento de Campos aqui aproxima-se mais a Carl Schmitt[631] do que a Costantino Mortati. Pudemos perceber no capítulo 2 da presente tese, que a crítica de Schmitt opõe de maneira dualística o pluralismo democrático, e a centralização, que - a seu ver - constituiria na verdadeira democracia. Schmitt, com a lógica do amigo/inimigo não tolera o pluralismo e a este atribui a falência completa da experiência Weimar. Já Costantino Mortati não baseia a espinha dorsal da constituição material no mesmo pressuposto. Vimos no capítulo 3 da presente obra que em Mortati, ainda em 1941, havia o reconhecimento da possibilidade de um processo de diferenciação construído sobre as bases da dialética. Na perspectiva da análise do discurso, esse embate entre pluralismo e centralismo revela não apenas uma disputa ideológica, mas uma luta pelo monopólio do enunciado político legítimo[632]. A posição de Campos é enunciada a partir de um lugar de saber jurídico autorizado, que reconfigura a legalidade como expressão direta da vontade estatal, apagando as mediações democráticas e instituindo um novo regime discursivo de verdade: a legalidade autoritária como única via de salvação nacional

Nesse ponto, a unidade política apresenta-se nesses autores - assim como em todos os que dialogam com os fundamentos da constituição material - como central em relação à necessidade, mas com diferentes consequências à nível de concretude operacional. Para Campos, a consequência direta da busca pela Unidade seria a

---

[630] CAMPOS, Francisco. O Estado nacional. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1940. P.43.

[631] Para uma análise das aproximações entre Campos e Schmitt, em especial nas propostas de intervenção do Estado na economia, ver: Menezes, Daniel Francisco Nagao. "Francisco Campos, Carl Schmitt e a atuação do estado na economia." Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2013. http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1281.

[632] PINTO, F. R. M. Carlos Medeiros Silva e a exegese autoritária do direito. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, vol 14, n. 04, p. 2346-2372, 2023.

supressão da representação política fragmentada. Não só o Congresso Nacional, mas assembleias estaduais e câmaras municipais deveriam ser fechadas, de acordo com a proposta que fundamentou a instauração do Estado Novo em 1937. A transferência da integralidade dos poderes ao Executivo - personificado em Vargas - é justificada como medida saneadora e agregadora. Nas palavras de Campos, “a incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido […] em quase todos os países do mundo”. Tal projeto, para colocar-se, possuía como imperativo a eliminação da representação política institucionalizada - que não fosse plenamente controlada pelo Estado em si - razão pela qual foram dissolvidos os partidos políticos, passando a serem considerados sociedades civis para fins culturais e perdendo todo o poder de interferência na formação da orientação política do país. Nada mais é do que a concretização de um discurso que já circulava em âmbito teórico. Nesse sentido, CAMPOS:

> Se a democracia de partidos já não comportava a luta política própria da época democrática e liberal, as novas formas de antagonismo político, peculiares ao nosso tempo, agravaram, de modo impressionante, os perigos que a democracia de partidos representa para a ordem e a paz pública. Com efeito, contrastando com os antagonismos da época democrática e liberal, (...) o antagonismo entre as novas formações partidárias do nosso tempo reveste-se de um caráter polar ou absoluto, não existindo terreno comum de mediação ou entendimento entre a extrema esquerda e a extrema direita.[633]

O órgão “inútil”, que era o Poder Legislativo, deveria ser substituído por outro processo capaz e adequado de legislação. Nesse caso, a figura do líder do Executivo. Essa substituição implicou outorgar poderes extraordinários ao chefe do Executivo, investindo-o da prerrogativa de editar leis por meio de decretos e governar por decretos-leis - em suma, unificando a autoridade legislativa e administrativa nas mãos de um líder supremo. Não é exagero falar em deveres messiânicos, uma vez que, para Campos, esse estado era, como supramencionado “um imperativo de salvação nacional". Getúlio Vargas encarna o culto à personalidade e, segundo Campos, passa “do plano em que se define o valor dos estadistas pelos atos normais de política e administração, para o relevo histórico de fundador do regime e guia da nacionalidade". A unidade política passa, assim, a orbitar em torno do líder carismático, único capaz de encarnar os valores e aspirações coletivas.

---

[633] CAMPOS, Francisco. O Estado nacional. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1940. P.45.

Atrelada a estes mecanismos estava a erosão do sufrágio universal como meio de expressão da vontade popular. Francisco Campos considerava a efetividade desse sistema um mito, e defendia que a democracia seria atingida através da percepção pelo líder, da vontade política do povo, sendo assim capaz de constituir-lhe a voz, em um processo identitário unilateral. A vontade do povo, para Campos, prescindia de sua participação)[634]. O elemento espiritual, sentimental e messiânico permeia essa narrativa, ainda que Campos fosse, por natureza um técnico. Discursivamente, o que propõe é o abandono da lógica em virtude do sentimento irrestrito de confiança, ainda que isso signifique violação de seus próprios direitos. Em tal estirpe de proposta, o autoritarismo sequer é negado. Propõe-se que seja desejado:

> Sendo autoritário, por definição e por conteúdo, o Estado Novo não contraria, entretanto, a índole brasileira, porque associa à força o direito, à ordem a justiça, à autoridade a humanidade. Do que ele realizou, o mais importante não é o que os olhos veem, mas o que o coração sente: com ele o Brasil sentiu pulsar, pela primeira vez, a vocação da sua unidade, tornando, assim, possível substituir, sem oposições nem violências, à política dos estados a política da Nação.[635]

Outros mecanismos fazem necessários à implementação desse projeto de poder. O controle da imprensa, a possibilidade de supressão unilateral de direitos e garantias fundamentais pelo Poder Executivo, e o enfraquecimento do Poder Judiciário são mecanismos de implementação do autoritarismo da Constituição de 1937, materialização máxima da obra de Campos[636]. Nessa toada, é que Francisco Campos defende a necessária revisão do sistema de tripartição dos poderes. A proposta ressoa com a crítica feita por Costantino Mortati à teoria de Montesquieu. Tendo em vista a diferença sobre a existência de uma "função de governo", que em Mortati seria superior às outras 3, encarnando o papel do partido fascista. Em Campos, o foco seria no fortalecimento da figura presidencial, que absorveria politicamente as demais. Essa é a proposta de estruturação constitucional da centralização política. Com fins de promover a concretização da unidade política, necessitar-se-ia do deslocamento completo de poderes ao poder Executivo, sendo uma característica das propostas até então estudadas o hiperpresidencialismo:

---

634 RIO, J. J. Francisco Campos e a construção do autoritarismo brasileiro: educação, democracia e sociedade. 2020. 300p. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos/SP, 2020.

635 CAMPOS, 1940, op.cit. p.199.

636 PANAIT, I. "Democracia", "Autoridade" e "Educação": A construção do pensamento político-jurídico de Francisco Campos e a Constituição de 1937. 163p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2018.

> A distribuição de funções entre os poderes não obedece a uma lei natural e eterna. É uma operação que obedece a influências de ordem contingente e histórica. O Parlamento não tem um direito natural à legislação. Ele legisla na medida das suas forças e da sua competência. A divisão dos poderes é um expediente e, como todo expediente, da ordem do empírico e não do racional ou do absoluto. (...) Cada época tem a sua divisão de poderes, e a lei do poder é, em política, a da capacidade para exercê-lo.[637]

Campos defende que a separação dos poderes não é um dado natural, e sim uma situação histórica, reversível e a partir de então, indesejável. O sistema de freios e contrapesos é, assim, aniquilado, e a concentração de poder é, então, corporificada no Poder Executivo. Os elementos acima colocados representam de forma prática a materialização das propostas até então construídas discursivamente na ciência jurídica brasileira. Na prática, a efetivação normativa do projeto autoritário por Francisco Campos implicou uma série de inovações institucionais. A Carta de 1937 consolidou a centralização do poder ao suprimir a autonomia federativa (permitindo ao Presidente nomear interventores nos Estados) e ao abolir a separação clássica dos poderes em favor de um Executivo hipertrofiado. Previu-se a existência de uma Câmara Corporativa consultiva no lugar do antigo Parlamento (embora tal órgão jamais tenha funcionado plenamente), e durante o período de transição Vargas governaria via decretos com força de lei, incorporando de imediato a premissa de Campos de que era preciso um "processo […] adequado de legislação" substitutivo das câmaras ineficazes.

Além disso, foram decretadas leis de segurança nacional e instituídos tribunais de exceção para reprimir adversários políticos, medidas estas fundamentadas por Campos na doutrina da necessidade estatal de autopreservação. Ele próprio argumentara que, diante das ameaças internas e da "abulia" das democracias liberais em resolver problemas cruciais, cabia ao Estado assumir plenos poderes para "salvar a Pátria" e reordenar a sociedade. Com esses mecanismos, Francisco Campos foi o responsável por levar a termo a constitucionalização do projeto varguista: sob sua pena, o autoritarismo recebeu forma jurídica e doutrinária coerente, transformando a cultura política antiliberal[638] da época em instituições e normas positivadas. Trata-se exatamente da racionalização jurídica do poder de fato - processo em que a

---

[637] CAPOS, 1940, op.cit. p.92.

[638] Sobre a materialização da crítica liberal em propostas constitucionais de Campos, ver: Santos, Rogerio Dultra dos. "Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil." Dados 50, no. 2 (2007): 281-323. http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582007000200003.

constituição formal de 1937 passou a espelhar e implementar a constituição material autoritária, unindo os imperativos culturais e políticos do varguismo aos instrumentos legais de centralização do poder no Brasil dos anos 1930[639]. Nesse processo de tradução cultural, os conceitos fundamentais da teoria da constituição material, gestados no contexto europeu entre guerras, são ressignificados por Campos para responder às particularidades da crise institucional brasileira. A função diretiva torna-se um imperativo redentor, a unidade política se transmuta em culto ao líder, e a efetivação normativa culmina em uma formalização autoritária que não apenas reflete, mas produz as condições de sua própria eficácia política.

No plano de fundo da justificação de todo esse processo, havia um componente discursivo poderoso, além de todos os que já mencionamos aqui (em especial, a unidade política e a efetividade normativa): o elemento espiritual. Esse, que se anuncia pela elevação messiânica de um líder estadista, reforça-se pela construção ideológica de uma identidade nacional a ser informada pelo líder e que funcionaria como elemento de coesão e agregação nacional. Esse elemento espiritual, que perpassa todas as instâncias que já foram abordadas no presente capítulo, será desenvolvido de Alberto Torres a Francisco Campos, com especial relevado para a construção de Oliveira Vianna. Será este o tema do próximo tópico.

## 4.5. CONSTITUIÇÃO MATERIAL E IDENTIDADE NACIONAL (ELEMENTO ESPIRITUAL E “PESSOA”)

Os tópicos precedentes ocuparam-se do exame da constituição material no pensamento jurídico brasileiro a partir da tradução cultural de elementos ligados à sua dimensão estruturam e institucional, sendo estes: a unidade política, função diretiva e comunidades intermediárias. No entanto, um projeto político de tal envergadura não pode sustentar-se apenas por mecanismos institucionais e normativos; ele necessita, também, de um substrato simbólico e cultural capaz de dar-lhe coerência ideológica e legitimação social. Essa dimensão - mobilizada pela maior parte dos autores que dialogam sobre elementos de materialidade da constitucional, como vimos em especial em Hermann Heller, Carl Schmitt e com especial enfoque em Rudolf Smend,

[639] SANTOS, 2017, op.cit.

através da integração espiritual - atribui valor simbólico à coesão a ser concretizada pela unidade política.

É precisamente esta dimensão que é designada por Mortati como o "elemento espiritual" da constituição material, ou seja, aquela que articula identidades coletivas e valores éticos em um núcleo identitário que liga os sujeitos organizados ao Estado, que passa a ser objeto da presente análise. Mortati atribui ao elemento espiritual um papel fundamental, entendendo-o como o núcleo simbólico e cultural que fornece coesão interna e legitimidade ao ordenamento constitucional. Em sua percepção, funciona tanto a nível individual - ao transformar o sujeito amorfo em "pessoa" através do enquadramento nas comunidades intermediárias, o dotando de consciência; como, ainda, a nível coletivo, desenvolvendo um senso em comum de identidade nacional que atribui congruência entre sociedade e Estado.

Na investigação local, esse elemento emerge sob as vestes da identidade nacional. Tenhamos em mente que o problema original da falta de coesão é, no cenário brasileiro, atribuído à falta de uma identidade brasileira indissociável ao processo de formação enquanto nação[640]. Há, portanto, uma camada adicional de carência a ser suprida. Além da coesão para fins de estruturação estatal, os pensadores jurídicos reconhecem a necessidade de formar um senso cultural de nacionalidade comum. Como ocorre com as demais carências, cabe ao Estado o papel de supri-la. E fazê-lo deve, através da construção vertical da identidade nacional.

Essa função, que se relaciona com a centralização estatal e a função diretiva, que já trabalhamos, atravessa as demais camadas de absorção da vida pública, mas possui contornos especialmente específicos no tocante ao fundamento teórico. Trata-se aqui de uma dimensão espiritual, simbólica e identitária. Neste tópico, investigaremos como Alberto Torres, Oliveira Vianna estruturam transversalmente a suas reflexões sobre a estrutura do Estado, a necessidade da formação da identidade nacional, e, posteriormente, como o movimento integralista, particularmente representado por Plínio Salgado (do ponto de vista político) e Miguel Reale (do ponto de vista jurídico), desenvolveram discursos que buscaram homogeneizar

[640] Para um aprofundamento sobre as problemáticas em torno da construção de uma identidade nacional brasileira, ver: Debrun, M. (1990). A identidade nacional brasileira . Estudos Avançados, 4(8), 39-49. https://revistas.usp.br/eav/article/view/8542

culturalmente a nação brasileira, associando o ideal de unidade política à construção de uma identidade nacional rígida e singular.

Ao examinar as contribuições desses autores, percebe-se claramente que, embora todos compartilhem a crítica ao liberalismo e defendam a necessidade de uma identidade nacional sólida, suas propostas divergem significativamente quanto aos meios e ao escopo dessa homogeneização cultural e política. Alberto Torres, ao articular o Estado como educador e orientador do povo, vê na identidade nacional um projeto fundamentalmente elitista e pedagógico, cuja função é integrar culturalmente as massas, orientando-as a partir de valores considerados genuinamente brasileiros, ainda que intrinsecamente marcados por pressupostos autoritários.

Já Oliveira Vianna avança nessa mesma linha, porém aprofunda a dimensão sociológica e racial da identidade nacional, o que demonstra aproximações com o viés racista de Carl Schmitt. A homogeneização aqui não é para a “ação” (como defende Heller e reproduz Mortati), e sim a homogeneização cultural e racial. Sua proposta rechaça a diversidade cultural inerente do processo de formação brasileira (o que Alberto Torres já tinha reconhecido como um defeito congênito) e defende a formação de uma "pessoa" nacional através de instituições corporativas intermediárias, capazes de moldar e disciplinar as massas em torno de uma identidade comum e autoritariamente tutelada pelo Estado. Para Vianna, portanto, o elemento espiritual é parte de uma engenharia social e cultural, visando produzir uma coesão identitária por meio de estruturas corporativas de integração e controle. Veremos as aproximações e distanciamentos entre essa lógica de institucionalização da “pessoa coletiva” e o que é a “pessoa” enquanto elemento formativo da constituição material em Mortati.

A partir desses autores, poderemos analisar então o fenômeno do o integralismo brasileiro, que se apresenta como a manifestação local do fascismo. Em especial, serão analisadas as formulações de Plínio Salgado e Miguel Reale, que radicalizam a perspectiva espiritual e identitária, fazendo dela o centro absoluto do projeto constitucional e retomando a lógica de amigo/inimigo de Carl Schmitt e o processo de diferenciação em Costantino Mortati, em especial na primeira fase de seu pensamento. Aqui, a figura da "pessoa" integralista é fortemente carregada de um sentido espiritual e místico, sendo a identidade nacional não apenas um projeto político, mas um destino quase religioso e transcendental. A unidade cultural e espiritual não é apenas um meio de organização política, mas uma finalidade em si mesma, justificando o emprego de métodos extremamente autoritários e

centralizadores para garantir a adesão absoluta ao projeto nacional. Essas nuances e distinções constituirão o núcleo analítico dos subtópicos que se seguem, aprofundando criticamente como cada uma dessas perspectivas dialoga com a teoria mortatiana do elemento espiritual da constituição material, evidenciando, simultaneamente, os encontros e desencontros conceituais na tradução cultural desses elementos no contexto brasileiro.

### *4.5.1. A construção da identidade nacional em Alberto Torres e Oliveira Vianna*

No percurso até então construído, vimos que no centro das propostas que emergem do pensamento jurídico brasileiro a partir dos anos 20, repousa a questão da crise de identidade nacional, percebida como ausência ou insuficiência cultural e política. Nesse contexto, emerge com clareza o papel espiritual e simbólico atribuído pelo Estado autoritário à criação de uma identidade nacional coesa, funcional para justificar intervenções centralizadoras e paternalistas.

Será esse o fundamento das construções de Alberto Torres e Oliveira Vianna no que tange à defesa do nacionalismo, enquanto movimento cultural e simbólico que toma força a partir de suas especulações. Conforme explica José Fiori, “o nacionalismo afirmou-se no Brasil como um discurso crítico à ordem liberal através dos “publicistas” que, a partir da obra germinal de Alberto Torres sobre a organização nacional (1914), conseguem introduzir na agenda política a ideia de nação associada ao progresso econômico e à centralização estatal.”[641]. Isto é, tal identidade deveria ser construída artificialmente pelo Estado, que se posicionava como tutor e tradutor da verdadeira "alma nacional". A partir desses autores, o Estado Novo tornou-se o intérprete oficial dessa identidade, considerando qualquer interpretação alternativa uma ameaça à unidade política e cultural. Caberá ao poder centralizador construir a identidade do povo brasileiro. É nesse sentido que, abordando o tratamento do Estado Novo e da fundamentação teórica de seus juristas ao tema da identidade nacional, Ricardo Luiz da Souza aborda:

> O Estado assume, de qualquer forma, as funções de tutor e tradutor; pode arrogar-se o cargo de tutor da nação porque é capaz de traduzir a alma do povo e encarná-la em sua própria essência. Acima do formalismo democrático, a identificação entre nação e povo torna-se essencial. O Estado

[641] FIORI, José Luiz. O nó cego do desenvolvimentismo brasileiro. In: Novos Estudos CEBRAP. São Paulo: CEBRAP, 1994. P.135.

> Novo exprime a essência da nação e retira daí sua validade. Sendo o único intérprete autorizado da identidade nacional qualquer outra tentativa de interpretação torna-se espúria: a existência de partidos políticos, neste contexto, torna-se não apenas desnecessária como anti-nacional, pelo fato de diferentes partidos representarem, pelo menos potencialmente, a existência de interpretações desta identidade contrárias à interpretação real.[642]

No caso brasileiro, a busca pelo elemento espiritual relaciona-se ao defeito congênito de ausência de uma identidade brasileira. Como Lilia Moritz Schwarcz explica que "não é de hoje que os intelectuais brasileiros se referem a uma certa carência cultural nacional, criticam a falta de tradição local ou lamentam a inexistência de singularidades que nos distinguem enquanto nação"[643]. A forma que essa crítica toma desdobra-se no contexto local a partir dos pressupostos de um país pós-colonizado e diverso - cultural, racial e linguisticamente. Tal diversidade era vista com maus olhos pelo projeto autoritário, cuja cartilha vincula-se à homogeneização não só política, como cultural e também, no caso brasileiro, racial[644]. A ausência dessa homogeneização e da *tradição* é uma causa da fragilidade e fragmentação do povo.

Em Alberto Torres, o elemento essencial para a coesão dos povos antigos reside na historicidade, mais do que na raça. A identidade em comum que falta às nações decorrentes de colonização deve ser formada pelos seus dirigentes devido à falta do elemento natural de agregação e à diversidade dos povos, elemento que, por si só, já representa a inaptidão de uma formação espontânea de identidade, segundo o autor. Alberto Torres propõe "um tipo de formação tendo por base um tipo de raça histórica, e não biológica, na qual atuariam indivíduos de origens diversas unidos a uma mesma nação segundo outros critérios de solidariedade que não a racial"[645]. Segundo o autor fluminense:

> A sociedade política, a nação e, portanto, a pátria contemporânea, compõe-se de indivíduos de raças e religiões diferentes; os costumes, tendendo a conformar-se com os hábitos da universalidade quanto aos aspectos elevados da vida, vão perdendo o traço de caráter nacional, subsistindo

---

642 SOUZA, Ricardo Luiz de. Autoritarismo, Cultura e Identidade Nacional (1930-1945). História da Educação, v. 8, n. 15, p. 89-127, 2004. Disponível em:< https://seer.ufrgs.br/asphe/article/view/30282> p. 85.

643 SCWHARCZ, Lilia Moritz. Complexo e Zé Carioca: notas sobre uma identidade malandra e mestiça. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais n. 29, v.10, São Paulo, 1997. P.50.

644 Para uma análise sobre como a questão racial já vinha sendo mobilizada no pensamento intelectual brasileiro desde o fim do século XIX, ver: COSTA, Hilton. Horizontes raciais: a ideia de raça no pensamento social brasileiro - 1880-1920. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em História. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.2004.

645 COSTA, Hilton. Horizontes raciais: a ideia de raça no pensamento social brasileiro - 1880-1920. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em História. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.2004. p.102.

> apenas uma infinidade de variantes quanto aos atos ordinários da vida, produzidas por influências locais. De todas as feições históricas somente a língua, salvo exceção se mantém.[646]

A formação política do povo brasileiro deve ser concretizada pelo Estado, através de um processo de educação e decisão política. Isso não significa, porém, que Torres defende que o povo tenha uma participação relevante nesse processo. Pelo contrário, segundo o autor, cabe aos dirigentes a definição da identidade nacional. O povo não tem a capacidade de se autodeterminar politicamente através da construção de um senso identitário em comum, em parte devido à ausência de historicidade e tradição, à miscigenação das raças, ao processo de colonização. Segundo Torres:

> Os povos têm sido moldados à semelhança de seus chefes, de seus padres e de seus sábios. É erro imputar aos povos, na crítica dos acontecimentos sociais, a responsabilidade dos desvios da evolução e esperar deles a iniciativa de reformas e movimentos reparadores. O corpo alimenta; não inspira, nem dirige, o cérebro.[647]

A formação cultural do povo torna-se, nessa perspectiva, um projeto cultural de mobilização simbólica baseado na homogeneização a partir do tipo de cidadão padrão que se quer atribuir ao povo brasileiro. Essa função de criação da identidade caberá ao Estado Novo, que terá, nas palavras de Souza, como uma das diretrizes "a criação de uma cultura nacional que ajude a cristalizar e exprimir a identidade nacional."[648]. Aqui reside uma aproximação crítica com a constituição em sentido material em Mortati: a ideia de um elemento espiritual que integra indivíduos à comunidade estatal ganha materialidade em uma estratégia de homogeneização cultural, operada verticalmente pelo poder político centralizado.

Em Mortati, o processo de diferenciação baseia-se, em um primeiro momento, na busca pelo poder mais forte, com traços homogêneos entre si. A homogeneização não se apresenta sob um viés racial, porém, e sim, político. Mortati buscava garantir estabilidade e, assim, munir de poder jurídico quem já detém o poder político de fato - fundado sempre no realismo. Nesse ponto, sua proposta afasta-se da de Torres, pois o jurista brasileiro defende a criação artificial de algo que o povo *não é*. Ao passo que Mortati defende a identificação da vontade mais forte que *já é.* Enquanto a constituição

---

646 TORRES, Alberto. O problema nacional brasileiro. 4.ed. Cia. Editora Nacional/UnB, 1982. P.122.
647 TORRES, 1982, op.cit. pp.116-117.
648 SOUZA, Ricardo Luiz de. Autoritarismo, Cultura e Identidade Nacional (1930-1945). História da Educação, v. 8, n. 15, p. 89-127, 2004. Disponível em:< https://seer.ufrgs.br/asphe/article/view/30282> p. 85. P.102.

material busca o reconhecimento das forças reais que imprimem ação na sociedade, e que devem ser integradas à vida política por meio da mediação; a proposta de identidade nacional na experiência brasileira conta com um projeto cultural de mobilização simbólica e espiritualidade política a ser implementado pelo Estado, enquanto tutor e condutor de todos os processos, artificialmente. Nesse sentido, Souza explica que (O Estado novo)" pretende capacitar-se a realizar a tarefa mais ampla de construção nacional: o Estado, personificando a identidade nacional, edifica uma nação à imagem desta identidade.[649]". Desta feita, o Estado Novo utiliza o conceito de identidade nacional para legitimar a centralização e o personalismo político. Getúlio Vargas é apresentado não apenas como líder político, mas como encarnação viva dessa identidade nacional idealizada. Sua figura carismática exemplifica, de modo extremo, como o elemento espiritual da constituição material pode ser mobilizado para garantir a unidade política e justificar a supressão do pluralismo político e social.

Quem será esse sujeito ideal brasileiro? Qual será a identidade escolhida como *nacional*, o padrão ao qual culturalmente o povo deverá corresponder, no projeto cultural nacionalista? Na experiência brasileira, os autores que compõem o breviário autoritário que se desenvolve a partir da década de 20 do século XX adotam um viés de homogeneização cultural que, em determinados autores, leva à defesa do racismo e eugenia[650]. É nesse ponto que entram as propostas de homogeneização racial de Oliveira Vianna, que se ocupa de defender um viés racista de formação da identidade nacional. Para o autor, o embranquecimento da população era um pressuposto para criação de uma nacionalidade “europeia”. Ainda em 1923, o autor já declarava que “a intensa arianização de nossa composição étnica deveria constituir uma prioridade.”[651].

Muitas são suas interpelações racistas, sendo as mais evidentes defesas gravadas na obra “Raça e assimilação”, cuja primeira edição foi publicada em 1932. Recebendo críticas ainda na época, Vianna não muda seus posicionamentos[652]. Ao

---

649 Ibidem, p.104.

650 Para um maior aprofundamento: BRASIL, Paula Zambelli Salgado. Eugenia e nacionalismo brasileiro: a contextualização histórica das políticas migratórias antes e após o Estado Novo. Revista Política Hoje - ISSN: 0104-7094, [S.l.], v. 27, p. 195- 213, maio 2018. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2018.

651 VIANNA, apud Vianna, apud REIS, Fidelis & FARIA, João de. O problema imigratório e seus aspectos étnicos: na câmara e fora da Câmara. RJ: Ryp. Revista dos Tribunais, 1924.

652 MAIO, Marcos Chor, VENTURA, Ricardo (orgs.). Condenado pela raça, absolvido pela ciência: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

contrário, em sua segunda edição, retorna à defesa da inferioridade do negro, sustentado - segundo ele - por estudos antropológicos. Segundo o autor:

> Não sei se o negro é realmente inferior, se é igual ou mesmo superior às outras raças; mas, julgando-se pelo que as testemunhas do presente e do passado demonstram, a conclusão a tirar é que, até agora, a civilização tem sido apanágio de outras raças que não a raça negra; e que, para que os negros possam exercer um papel civilizado qualquer, faz-se preciso que eles se caldeiem com outras raças, especialmente com as raças arianas ou semitas. Isto é: que percam a sua pureza.[653]

Tanto em relação ao negro, mas também ao próprio brasileiro, uma vez que, segundo Vianna "o sertanejo do Noroeste é um exemplo típico do homem que, pela peculiaridade da sua formação histórica e social, não adquiriu, nem podia adquirir, hábitos da vida democrática"[654]. O seu ideal de sujeito brasileiro tinha um viés, ademais, elitista. Ao referir-se aos senhores de engenho, Vianna assim os descreve: "Na região dos canaviais, portanto, é que se encontram, no período colonial, os tipos mais representativos das grandes qualidades da raça: é aí que estão os homens de mais capacidade, de mais prestígio, mais bem dotados para a vida pública".[655]

Para o autor, a miscigenação deveria ser evitada a todo custo, exceto com o povo europeu. Muitas são as lamentáveis defesas de arianização do povo brasileiro, que fogem até mesmo do interesse científico sobre o tema, levando uma suposta teoria do Estado ao absurdo[656]. Para Vianna, a fragmentação cultural brasileira era um obstáculo para a formação de uma nação coesa e unificada. A busca pela identidade nacional no Brasil passa essencialmente pela refutação da diversidade cultural[657]. Se Alberto Torres já fazia esta afirmação através da denúncia de um defeito congênito das "novas nações", Oliveira Vianna radicaliza e identifica na miscigenação e diversidade racial uma ameaça à unidade política, econômica e social, por acreditar que tais elementos geravam conflitos internos, divisões e dificultavam o processo de

---

653 VIANNA, Oliveira. Raça e Assimilação. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 285.

654 VIANNA, Oliveira. Pequenos estudos de psychologia social. São Paulo, Nacional, 1942, p.148

655 VIANNA, Oliveira. Evolução do povo brasileiro. São Paulo. Nacional, 1938, p.82

656 SOUSA, Ronilson de Oliveira. "OLIVEIRA VIANA E AS QUESTÕES DA MISCIGENAÇÃO NO BRASILA desconstrução dos discursos e ideias que negavam a contribuição do negro e indígena em nosso país." In: Anais da VI Jornada Internacional de Políticas Públicas- O desenvolvimento da Crise Capitalista e a Atualização nas lutas contra a exploração, a dominação e a humilhação. Universidade Federal do Maranhão, 2013. Disponível em:< http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo7-questoesdegeneroetniaegeracao/pdf/oliveiravianaeasquestoesdamiscigenacaonobrasil.pdf>

657 ORTIZ, Renato. Da raça à cultura: a mestiçagem e o nacional. In: Cultura brasileira e identidade nacional, p. 36-44, 1985.

integração nacional. A homogeneização cultural, portanto, não era apenas uma estratégia política, mas um imperativo social. Nesse sentido:

> Oliveira Vianna um dos principais ideólogos do nacionalismo autoritário brasileiro, em sua obra a "Evolução do povo brasileiro" de 1923, ao abordar que o Brasil era como um grande campo de mistura de raças, apontava que ao longo do seu processo de miscigenação o Brasil se tornaria branco chegando assim a sua evolução, pois no processo natural da mistura das raças inferiores com a raça superior (branca), o resultado seria o branqueamento da população, cabendo o Brasil fazer essa integração com os povos superiores (europeus).[658]

Percebemos, então, que na experiência brasileira, o projeto autoritário de centralização baseou-se fortemente na tentativa de construção de uma identidade nacional a partir de ideais de homogeneização racial[659]. Contradições emergem dos discursos autoritários dos pensadores jurídicos então analisados. Se por um lado, defendem um realismo local que permita a criação da identidade nacional através da refutação do modelo exógeno liberal, usam como base cultural para esse projeto de mobilização identitária o ideal europeu - branco e ariano. Esse processo de europeização não ocorre de forma isolada por parte de autores pertencentes à Teoria do Estado, e sim manifesta-se como uma dinâmica compartilhada em países pós-colonizados da América Latina, o que enfatiza a complexidade do processo de construção de uma identidade nacional como elemento espiritual da constituição em sentido material no contexto local.

Além do viés racial, Vianna também defendia uma homogeneização *espiritual*, a ser realizada pelo projeto cultural do Estado, que, em seu papel de educador - definiria o conteúdo abstrato da consciência do sujeito. Esse viés espiritual é explícito em "Instituições políticas brasileiras", quando afirma que deve ser criado um "sentimento ou consciência da comunidade nacional, difundido, não apenas pelas elites, mas mesmo pelo povo-massa, forte e denso bastante para determinar o comportamento habitual de cada cidadão, onde quer que ele esteja - na capital da nação, ou na sua periferia ou aldeia mais remota."[660]. Trata-se, portanto, de criar uma autêntica "personalidade nacional", na qual os brasileiros, independentemente de

---

[658] OLIVEIRA, Gabrielle Gomes. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE NACIONAL: POR MEIO DO DISCURSO POLÍTICO INTELECTUAL DO ESTADO NOVO (1941-1942). Unb. Brasília, 2018. Pp.34-35.

[659] Para um aprofundamento na relação entre identidade nacional como projeto autoritário nos anos 30, ver: SOUZA, Ricardo Luiz de. Autoritarismo, Cultura e Identidade Nacional (1930-1945). História da Educação, ASPHE/FaE/UFPel, Pelotas, n. 15, p. 89-127, abri. 2004. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/asphe/article/view/30282/pdf

[660] VIANNA, 1939, op.cit. p.171.

origem ou local, compartilhariam valores e objetivos políticos básicos. Esse estado de espírito coletivo remete diretamente ao elemento espiritual da constituição material: Vianna estava, em essência, tentando forjar o substrato sociológico e psicológico de uma Constituição que não fosse meramente nominal, mas vivida pelo povo.

Cabe lembrar ainda que as formulações de Vianna e Torres não são isoladas ou exclusivamente locais, mas dialogam intensamente com tendências ideológicas internacionais dos anos 20 e 30, especialmente na Europa. Apesar de negar a importação de conceitos, os autores - em especial Vianna - se referiam constantemente a juristas dos regimes autoritários europeus. Em especial, no que toca à Vianna, sua visão sobre a necessidade de uma unidade nacional rígida, homogênea e autoritária ressoa profundamente com as propostas de Carl Schmitt, particularmente na crítica schmittiana ao pluralismo democrático e na defesa de uma unidade política rígida e centralizada, sustentada por critérios homogêneos de identidade e exclusão. Impera salientar, ainda, que a “homogeneização” em Vianna - como em Schmitt - funciona como contraponto à perspectiva crítica de Hermann Heller, que reconhecia a importância da homogeneidade relativa, mas focada à “ação” e ligada à organização social. O autor alemão, diferentemente dos outros dois, advertia contra os riscos da totalização autoritária.

Há, ainda, aqui uma articulação direta com o conceito de pessoa em Mortati: se a Constituição material pressupõe uma certa unidade de valores e finalidades no povo (uma personalidade coletiva), Torres e Vianna propuseram caminhos para construir essa unidade no Brasil, ainda que por meios autoritários. Em outras palavras, pretendiam alinhar a Constituição formal aos fatos e valores reais da sociedade brasileira - mesmo que esses valores de “unidade nacional” estivessem em processo de criação pelo próprio Estado. A diferença fundamental entre esta proposta e a construção de Mortati é a total verticalização e artificialização do processo. Destaque-se que, em Mortati, a noção de 'pessoa' emerge como indivíduo dotado de consciência social e espiritual, organicamente inserido nas comunidades intermediárias. Essa concepção implica uma dimensão ativa, de participação consciente e democrática do indivíduo na estrutura social, conforme visto no capítulo anterior. Por outro lado, Oliveira Vianna instrumentaliza essa concepção, reinterpretando-a sob o prisma autoritário e racial. Em Vianna, a 'pessoa' é diluída numa homogeneização cultural e racial, cujo objetivo não é promover a consciência social autônoma dos indivíduos, mas submetê-los a uma disciplina vertical e uniformizante imposta pelo Estado

corporativo. Dessa forma, a 'pessoa' perde sua dimensão participativa e democrática, transformando-se em objeto passivo de integração forçada e controle estatal

Enquanto Mortati defendia que o processo de diferenciação - natural e orgânico - informaria os grupos de mais força e informaria seus valores na construção da constituição em sentido material; Torres e Vianna advogaram desde o início pela construção dessa orientação política, e seu substrato espiritual fundante, pelo Estado Novo. O elemento espiritual pode - e deve, segundo os autores - ser imposto de cima para baixo, não havendo brechas para um reconhecimento do que organicamente opera forças e estabiliza-se na sociedade. A base da distinção é a ignorância congênita do povo brasileiro derivante de um elemento que pertence à realidade local, na visão dos juristas brasileiros, que é a heterogeneidade racial e cultural de um povo pós-colonizado. Por essa razão a fundamentação do processo de construção simbólica e espiritual racializado opera um deslocamento tão mais forte para o autoritarismo do que a proposta de Mortati, que, no limite, admite a adaptação para um contexto pluralista democrático. Nesse sentido, novamente explica-se o distanciamento entre as teorias pela “inversão metodológica” quanto ao elemento realista identificada no caso brasileiro.

Essa perspectiva orgânico-autoritária finca as bases do ambiente intelectual que permitiu, na década de 1930, experiências políticas de massa voltadas à mobilização simbólica e espiritualidade política - em especial o Integralismo, que será tratado no subtópico a seguir. Vale notar que as ideias de Torres e Vianna prepararam terreno para tais movimentos: em 1932, foi fundada a “Sociedade dos Amigos de Alberto Torres (SAAT)”, reunindo nomes como Plínio Salgado, que buscavam inspiração no pensamento estatista e nacionalista de Torres. Com isso, o “projeto de unidade simbólica” idealizado no plano teórico começou a ganhar forma de movimento político organizado, preenchendo o elemento espiritual da Constituição material com conteúdos nacionalistas concretos (mitos, símbolos e doutrinas).

### *4.5.2. O integralismo como radicalização da unidade espiritual: Miguel Reale e a sistematização jurídica do Estado Integral*

O projeto cultural de identidade nacional lançado por Alberto Torres e Oliveira Vianna encontra sua encarnação prática no fenômeno do Integralismo Brasileiro, movimento político fundamentalista materializado pela Ação Integralista Brasileira -

AIB, fundado m 1932 por Plínio Salgado[661]. O movimento reacionário que, por muitos autores, é considerado a representação do fascismo brasileiro radicaliza a noção de revolução espiritual e encarna em seus fundamentos os principais elementos mobilizados pelos autores até então analisados, em especial Alberto Torres e Oliveira Vianna.

Importa frisar, desde o início, que o propósito aqui não é traçar um panorama histórico do integralismo como movimento político[662], mas demonstrar como determinadas práticas discursivas ancoradas na noção de constituição material — especialmente em sua dimensão simbólica e valorativa — foram mobilizadas para conferir legitimidade teórica a um projeto autoritário de organização do poder e da cultura[663]. Nesse sentido, é fundamental destacar o papel do pensamento jurídico de Miguel Reale, que, como jurista e ideólogo do integralismo, propõe uma teoria do Estado fundada na harmonia orgânica dos indivíduos com a ordem social e espiritual da nação[664]. Ademais, veremos como o discurso jurídico sobre o "elemento espiritual" e "identidade nacional" abordados no subtópico anterior, assumem o papel de práticas discursivas, sendo enunciados pelo projeto de Plínio Salgado na criação e manutenção de um projeto de poder e controle que radicaliza todas as críticas e propostas até então elaboradas[665].

O Movimento Integralista foi um movimento de inspirações fascistas[666], que assumiu abertamente caráter nacionalista e “espiritualista”, apresentando-se como uma revolução não apenas política, mas também cultural e moral da nação. Plínio Salgado - líder e “Chefe Nacional” integralista - pregava a necessidade de uma “revolução espiritual” no Brasil, calcada em valores cristãos e na identificação mística

---

[661] TRINDADE, Hélgio. Integralismo: teoria e práxis política nos anos 30. In: FAUSTO, Boris (org.). História Geral da Civilização Brasileira - O Brasil Republicano, Sociedade e Política (1930-1964). São Paulo: DIFEL, 1981, vol. 3, p. 304-316.

[662] Sobre os estudos a respeito do tema e suas diferentes vertentes, ver: OLIVEIRA, Rodrigo Santos de. Estudos Ibero-Americanos, PUCRS, v. 36, n. 1, p. 118-138, jan./jun. 2010.

[663] TRINDADE, Hélgio. Integralismo: o fascismo brasileiro da década de 30. São Paulo: Difel, 1974.

[664] TRINDADE, Ibidem.

[665] TRINDADE, Hélgio. Integralismo: teoria e práxis política nos anos 30. In: FAUSTO, Boris (org.). História Geral da Civilização Brasileira - O Brasil Republicano, Sociedade e Política (1930-1964). São Paulo: DIFEL, 1981, vol. 3, p. 304-316.

[666] Segundo Reiss, 1974: "Na qualidade de preceptor do filho de Alfredo Egydio de Souza Aranha, vai, em 1930, à Europa e ao Oriente. Souza Aranha mais tarde financia o jornal A Razão, onde Salgado mantém um editorial diário. Na Europa, Plínio estabelece seu primeiro contato com o fascismo e com Mussolini, ficando vivamente impressionado, datando daí cartas a seus companheiros onde vislumbra a possibilidade da criação de um movimento no Brasil em moldes similares." REISS, R. W.. (1974). Integralismo (o fascismo brasileiro na década de 30). Revista De Administração De Empresas, 14(6), 124-126. https://doi.org/10.1590/S0034-75901974000600010.

do povo com a pátria[667]. Em sua composição operam sentido os fundamentos teóricos desenvolvidos por Alberto Torres e Oliveira Vianna, em especial na defesa da homogeneização étnica e cultural do povo de Vianna e na adoção do papel de tutelador e educador centralizados do Estado na construção de um projeto cultural e espiritual de nação de Torres. Plínio Salgado, mentor intelectual do grupo, era membro da "Sociedade dos Amigos de Alberto Torres", fundada em 1932 no Rio de Janeiro reunindo estudiosos, políticos e intelectuais ligados ao governo de Vargas[668]. O grupo, dotado de um componente racista e antijudaico[669], funcionava sobre as bases do nacionalismo cultural e econômico, possuindo como um dos objetivos "fazer um lobby contra a imigração de elementos étnicos inassimiláveis, como os judeus e os japoneses"[670].

Jurista de destaque do movimento e considerado seu principal ideólogo jurídico-filosófico[671], Miguel Reale (1910-2006) é o responsável por dar forma doutrinária no campo do pensamento jurídico ao “Estado Integral”. Para tanto, utiliza influências do fascismo italiano, enfatizando a organização corporativa da sociedade e a síntese entre valores tradicionais e modernidade. Em sua obra ABC do Integralismo (1935) e outros escritos da “1ª fase” de suas Obras Políticas, Miguel Reale defende a homogeneidade social como base para a democracia verdadeira,

---

667 Segudo Hélgio de Trindade, que reconstitui o histórico do movimento em sua obra "Integralismo: o fascismo brasileiro dos anos 30",
"O surgimento da Ação Integralista Brasileira, em 1932, é apresentado como um fator decisivo para a consolidação de ideias e movimentos de cunho autoritário que já vinham ganhando força naquele contexto. A difusão da literatura antiliberal — influenciada por autores como Alberto Torres, Oliveira Vianna e Azevedo Amaral —, bem como a criação de periódicos nos círculos universitários, como Hierarchia e a Revista de Estudos Políticos, no Rio de Janeiro, e Política, em São Paulo, com a participação de figuras que mais tarde se alinhariam ao integralismo, constituem evidências dessa inclinação autoritária."

668 GERTZ, René E.; GONÇALVES, Leandro P.; LIEBEL, Vinícius. Camisas Verdes, 45 anos depois - uma entrevista com Hélgio Trindade. Estudos Ibero-americanos, Porto Alegre, v.42, n.1, p.189-208, abr. 2016.

669 Em que pese o viés abertamente racista na base das propostas do Integralismo, XX destaca haver muitas contradições entre o grau do racismo e anti-judaismo entre as lideranças e movimentos influentes do movimento. Segundo Natalia dos Reis Cruz (p. 164): "O anti-semitismo em sua forma mais radical aparece somente na corrente domovimento liderada por Gustavo Barroso, que é seguido em suas análises por alguns autores integralistas, como Tenório D’Albuquerque, Oswaldo Gouveia e Anor Butler Maciel. Outras lideranças de grande expressividade na AIB, incluindo o líder máximo, Plínio Salgado, e o jurista Miguel Reale, não demonstram aquiescência com o radicalismo da corrente barrosiana, pelo menos no discurso."

670 CRUZ, Natalia dos Reis. O integralismo e a questão racial. A intolerância como princípio. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004. P.193.

671 ROSENFIELD, L. Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945). 2019. 249 p. Tese (Doutorado em Direito). Orientação de Anderson Vichinkeski Teixeira. Universidade Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2019.

apontando o papel do Estado em construir uma base ética comum, com princípios e valores que informem a sociedade de maneira uniforme. Essa proposta era fortemente ancorada no conceito de "cultura" e de uma base espiritual nacional que dizimasse a fragmentação proveniente da diversidade, conforme diagnóstico anterior de Vianna e Torres. Para Reale:

> A unidade multíplice de nossa gente terá, um dia, uma fisionomia definitiva. E então se reconhecerá que é justo procurar interpretar manifestações da alma nacional, mas por demais pretensioso querer fixar os limites dessa alma. Aqui se reúnem elementos de muitas raças, de muitas fontes sociais. Uns agirão sobre os outros, em diversas proporções. (...) Nos somos a Torre de Babel em sentido inverso. Aqui tornam a se encontrar os que se dividiram e se afastaram. As raças se completam, as almas se fundem. A grandeza e a originalidade do Brasil está exatamente nisso. Quem poderá impedir a formação da Raça Cósmica, a que se referiu orgulhosamente um poeta que soube interpretar a voz da América?[672]

Miguel Reale defende que essa união seja realizada através do "Estado integral", o que seria operado através do elemento espiritual unificados. Para o autor, a realização da pessoa só pode operar-se na comunidade, através da integração do Estado. Refutando o individualismo liberal, Reale defende uma noção que se aproxima, em termos iniciais da ideia de "pessoa" da constituição em sentido material, como um sujeito dotado de politicidade devido à inserção na comunidade através de uma função social, esta última sendo o que dá sentido ao indivíduo. No entanto, o distanciamento ocorre no ponto em que a mediação deve ser feita pela ação completa do Estado, partindo de um projeto verticalizado de pessoa, nação e cultura. Nesse ponto, Reale defende:

> O Estado integral não declara apenas as liberdades individuais, mas as garante a todos os indivíduos indistintamente, exercendo o controle sobre todas; seu individualismo é de fim, não é de meio. Reconhecemos os valores particulares e exclusivos dos indivíduos, mas não fazemos do indivíduo um absoluto.[673]

Sua proposta sistematiza as defesas anteriores, a dotando de um fundamento filosófico baseado na cultural: o de integração. Aqui é preciso diferenciar a noção de "integração" daquela trazida por Rudolf Smend, embora haja superficiais aproximações no campo simbólico. Em Smend, a integração seria uma forma de garantir a unidade política no campo estrutural, da organização social e

---

[672] REALE, Miguel. Formação da Política Burguesa. In: REALE, Miguel. Obras políticas (1ª fase - 1931/1937). Brasília: UnB, 1983, Tomo I, pp.23-125. P.120.
[673] Ibidem, pp.65-66.

simbólico/espiritual. Em que pese a semelhança semântica, em especial com o último campo, a diferença estrutural está nos caminhos para conseguir a integração. Para Miguel Reale, toda a operação deveria ser um projeto consciente de unificação e construção cultural a ser realizada pelo Estado, através do Líder - figura cultuada pelo integralismo e representada por Plínio Salgado. Isso estava de acordo com o projeto de Plínio Salgado, uma vez que para este "a Nação é uma realidade espiritual e histórica, anterior ao Estado e superior aos partidos."[674]. Ele diferenciava-se, porém, ligeiramente, de Plínio Salgado ao focar mais na estrutura institucional (inspirada no corporativismo fascista) e menos na retórica mística; ainda assim, partilhava da crença em uma comunidade orgânica, na qual indivíduos e grupos estão integrados num todo hierárquico harmônico. O fundamento em Reale era nacionalista e integrava o núcleo ético com a sistematização prática. Segundo o autor:

> O Integralismo é nacionalista, mas o seu nacionalismo tem um fundamento exclusivamente ético e, por conseguinte, não pode deixar de reconhecer o legítimo direito que tem cada povo de se afirmar como uma individualidade distinta, cuja missão é contribuir com os seus valores próprios para o progresso universal e a paz comum. O Integralismo rejeita, portanto, o imperialismo, que quer a transformação da Nação em mero instrumento de conquista nas mãos de grupos econômicos estranhos ou contrários às finalidades da Pátria. (...) os integralistas sustentam o princípio da colaboração dos povos, a colaboração dos indivíduos e dos grupos no quadro geral da vida das Nações, soberanas e conscientes dos próprios direitos e deveres.[675]

Segundo Luis Rosenfield, Miguel Reale não propunha uma teoria do estado nos moldes do fascismo. O que distinguia o integralismo, ao menos em termos teóricos, era o elemento de "integração" entre valores, sociedade e Estado. Não havia no eixo fundamental a proposta de uma "absorção" pelo Estado da sociedade, muito embora, em termos práticos, essa fosse a consequência da materialização das propostas. Segundo Rosenfield:

> Isso significa que) Para Reale que "o todo não deve absorver as partes (totalitarismo), mas integrar os valores comuns respeitando os valores específicos e exclusivos (integralismo)". Referia a necessidade de "penetrar no significado da unidade orgânica". O nascimento de um intervencionismo estatal estava delineado no pensamento de Reale, e isso restava claro nas propostas de reoganização "das forças sociais na vida do Estado" (...) Era o momento de o Estado intervir na economia, no desenvolvimento nacional, na organização do tecido social e na conservação dos costumes verdadeiramente brasileiros.[676]

---

[674] SALGADO, Plínio. Manifesto de Outubro. São Paulo: AIB, 1932. [Citado em Boson, 2014].
[675] REALE, 1983, op.cit. pp.15-16.
[676] ROSENFIELD, 2019, op.cit. p.121.

Miguel Reale ajudou a traduzir o nacionalismo integralista em políticas concretas de Estado - por exemplo, medidas de alcance social para atrair trabalhadores, dentro de uma lógica de "colaboração de classes" - sempre subordinadas à diretriz maior da unidade nacional[677]. Sua formação filosófica (influenciada pelo idealismo e pelo direito natural cristão) fez com que enfatizasse o conteúdo ético-cultural das leis: ele dizia que, mesmo buscando ser fiéis "às fontes mais puras do nosso ser nacional", não se podia ignorar certos valores universais. Ou seja, Miguel Reale queria conciliar a cultura brasileira[678] com princípios de ordem e justiça inspirados em correntes externas (sobretudo italianas), adaptando-os à realidade local. No conjunto, Oliveira Vianna forneceu a justificativa sociológica para a tutela estatal da nacionalidade, e Reale forneceu a elaboração jurídico-institucional - ambos convergindo com Plínio Salgado na defesa de uma Nação una, de espírito coeso e politicamente dirigida.

Essa articulação crítica revela uma defesa essencialmente antidemocrática: ao enfatizar em demasia a homogeneidade espiritual da nação - e pauta-la sob bases étnicas e culturais - o projeto integralista propõe a aniquilação da pessoa no Estado. Aqui há um distanciamento da teoria da constituição em sentido material, uma vez que, Mortati, apesar de ter operado no contexto fascista italiano, já alertava (inspirado pela ética cristã) que o Estado não poderia anular a dignidade e autonomia da pessoa humana e inclusive pressupunha a aplicação de suas primeiras estruturas também no contexto democrático - embora em um primeiro momento o processo de diferenciação levasse, de fato, à supressão da vontade política mais fraca. De fato, segundo Mortati, literalmente, a recondução às consequências operadas no caso do integralismo não poderia ser proveniente do conceito de pessoa, uma vez que de acordo com o jurista italiano, *"o Estado nunca pode se tornar um fim em si mesmo, mas deve estar sempre a serviço da pessoa humana, de sua dignidade e de sua realização histórica."*[679]. No

[677] ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de. In Medio Virtus: uma análise da obra integralista de Miguel Reale. Rio de Janeiro: CPDOC, 1988.

[678] Em sua obra madura, Reale desenvolveria a famosa Teoria Tridimensional do Direito (fato, valor e norma), em que o elemento valor/cultura representa justamente o conteúdo espiritual do ordenamento. Já na década de 1950, Reale explicita que os alicerces do seu pensamento autoritário estão nas noções de "experiência, cultura e decisão. Nesse sentido, ver: BERSTEIN, Serge. A cultura política. In: RIOUX, Jean-Pierre; SIRINELLI, Jean-François (Orgs.). Para uma história cultural. Lisboa: Estampa, 1998.

[679] Do original: "lo Stato non può mai diventare un fine in sé, ma deve essere sempre al servizio della persona umana, della sua dignità e della sua realizzazione storica". MORTATI, 1940, op.cit.

discurso integralista, a base ideológica e espiritual do movimento pautava-se na intolerância à diversidade e supressão do pluralismo. Diferentemente da noção de pessoa em Mortati, entendida como sujeito ético-espiritual inserido nas comunidades intermediárias, a 'pessoa' em Miguel Reale - e na proposta integralista como um todo - tende a ser absorvida pelo projeto estatal centralizador, cuja mediação ocorre menos pela pluralidade comunitária e mais pela figura unificadora do Estado-Líder.

Ao mesmo tempo, há uma tensão entre essa estrutura teórica e o contexto brasileiro, profundamente plural e desigual. O integralismo surge, portanto, como um esforço de negação dessa diversidade por meio da imposição de um modelo ideal de brasilidade, que exclui, criminaliza e inferioriza todas as formas de vida que não se coadunem com o ideal nacional. É a constituição material utilizada como técnica de exclusão simbólica e política. Assim, o integralismo não representa apenas um episódio na história política[680] do Brasil, mas um momento crucial de institucionalização do pensamento antiliberal no direito, em que a constituição material, em sua vertente simbólica e diretiva, é mobilizada como mecanismo de dominação - ainda que não diretamente, mas através dos usos e discursos apoiados nos seus elementos estruturantes.

Vê-se no integralismo, portanto, a materialização das propostas de Alberto Torres e Oliveira Vianna através de um projeto de despersonalização do indivíduo, o transformando, no limite, em uma "pessoa coletiva" determinada pelo líder espiritual. Em última análise, essa "pessoa" coletiva brasileira - com identidade e vontade próprias - estava sendo projetada e moldada por esses juristas e ideólogos[681], para

[680] Ainda que o integralismo, como movimento político organizado, tenha sido formalmente desarticulado com o tempo, sua gramática simbólica - baseada na unificação nacional, na intolerância à diferença e na centralização espiritual do poder - permaneceu latente em diversas práticas institucionais e jurídicas no Brasil contemporâneo. Como observa Lilia Schwarcz (2019), "o racismo à brasileira é estrutural, mas opera de forma cordial, institucional e, muitas vezes, jurídica", o que permite a perpetuação de projetos de nação marcados pela exclusão simbólica e política dos "não assimiláveis". O ideário de homogeneização, defendido por Reale sob a forma de integração ética e nacionalista, ressurge em diversas formulações legislativas e decisões judiciais que relativizam os direitos fundamentais de grupos vulnerabilizados em nome de um "interesse nacional" abstrato e uniformizador. Para um aprofundamento, ver: Schwarcz, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. A autora demonstra como o autoritarismo simbólico se infiltra em instituições aparentemente democráticas, inclusive na linguagem jurídica, permitindo a continuidade de lógicas excludentes sob discursos de neutralidade.

[681] Esse projeto, que contou com a homogeneização como elemento fundamental, foi erguido sobre bases profundamente elitistas e racistas. Conforme argumenta Jessé Souza (2017), a elite jurídica brasileira sempre foi marcada por uma "mentalidade de casa-grande", reproduzindo o ethos autoritário de tutela das classes subalternas, frequentemente sob a justificativa de ordem, progresso ou coesão social. A figura do Estado como formador de uma cultura homogênea - tão presente em Reale - ressurge em discursos punitivistas, higienistas e securitários, nos quais a Constituição é mobilizada como instrumento de disciplina social e não como garantia da diferença. Em certa medida, a "pessoa"

então encarnar o sujeito da constituição material, isto é, a representação do substrato político e social com projeção jurídica e definidor/instituidor de toda a realidade. Essa "pessoa" nacional homogênea (espiritualmente definida) legitimaria o Estado forte e lhe daria a missão de orientar a sociedade rumo a um destino comum, em um sentido símile à "função diretiva". A radicalização do projeto simbólico e espiritual da constituição material, enquanto fundamento essencial, operativo e definidor, no integralismo, oferece o limite extremo da instrumentalização autoritária da ideia de unidade nacional. Nos tópicos seguintes, será possível observar como essas estruturas simbólicas e valorativas voltam a ser mobilizadas, ainda que sob outras roupagens, no regime militar e na transição democrática.

## 4.6. CONSTITUIÇÃO MATERIAL COMO NÚCLEO VALORATIVO E ESTRUTURA NORMATIVA (MATÉRIA E EFETIVIDADE)

A análise que empreendemos até aqui evidenciou como os elementos estruturantes da constituição em sentido material foram traduzidos culturalmente, ao longo da primeira metade do século XX, como práticas discursivas voltadas à consolidação simbólica e política da unidade nacional, à centralização do poder e à homogeneização cultural no pensamento jurídico brasileiro. Os autores examinados — Alberto Torres, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Miguel Reale — articularam diferentes dimensões da constituição em sentido material, projetando um Estado organizador da vida social a partir de um núcleo valorativo unívoco e de um ideal normativo homogêneo. Esses elementos teóricos exerceram papel fundamental no percurso originário de uma Teoria do Estado brasileira e aplicaram-se, discursivamente, no projeto de erigir o Estado Novo Varguista, sendo possível verificar, ainda, sua aplicação discursiva em movimentos políticos ultranacionalistas, como foi o caso do Integralismo Brasileiro.

Continuaremos, então, nossa investigação, ao analisar uma descontinuidade (e permanência) na metade do século XX da história brasileira. Com o fim do governo

---

integralista, moldada pelo Estado e dissolvida na unidade espiritual, cede lugar, no Brasil recente, ao sujeito jurídico idealizado pelo Estado penal e pela retórica do inimigo (Silva Sánchez; Zaffaroni), renovando antigas estruturas simbólicas sob novas roupagens normativas. Para um aprofundamento, ver: Souza, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017. O autor denuncia a permanência de uma lógica de dominação simbólica e jurídica das classes subalternas, defendida e reproduzida por parte do aparato jurídico sob a justificativa da ordem.

de Vargas e a promulgação da Constituição da República de 1946, inicia-se um novo breviário de experiências nas quais poderemos verificar as ausências e presenças dos discursos que mobilizam a noção de constituição material. As quatro décadas que seguem à essa Constituição são marcadas por descontinuidades (e continuidades) institucionais, persistências culturais e reconfigurações normativas, além de uma delicada tensão entre forma e matéria que se opera, muitas vezes, sobre as vestes da legalidade - e em outras, à revelia desta, mostrando a extensão da inefetividade normativa, quando não acompanhada de estabilidade sociopolítica. Esses elementos tornam a segunda metade do século XX um laboratório rico do ponto de vista da teoria constitucional, ao apresentar na prática, a aplicação da teoria de Costantino Mortati, para quem a legalidade normativa seria inócua se não projetasse a realidade política, tornando-se carente de legitimação, estabilidade e continuidade. Nisso residem suas reflexões sobre a (in)atuação constitucional.

Também do ponto de vista da matéria, enquanto elemento da constituição material, o período histórico nos interessa. Localizadas em uma era em que a força normativa da constituição (1945) se torna um pressuposto teórico, as teorias constitucionais tomam complexidade em cenário brasileiro, e no campo institucional, uma vez que as Constituições desse período passam a encarnar na matéria constitucional a definição do núcleo de valores fundamentais irrevogáveis para a sociedade que se erige. Isso poderá ser visto tanto na experiência de 1967/1969, em que chega ao limite o aparelhamento estatal do autoritarismo através da centralização e proteção do Estado como valor fundamental e matéria essencial da constituição, nos informando uma escolha fundamental de conteúdo da constituição (matéria). Veremos também como isso ocorrerá, sob vestes democráticas, nos trabalhos constituintes pré-1988, quando as noções de constituição dirigente - em dialógico teórico, ainda que não nominal - com a teoria de Mortati sobre normas programáticas, promovem a determinação de um núcleo duro de garantias fundamentais, ressignificando o conteúdo fundamental (matéria).

Ainda sob o ponto de vista da (in)efetividade, o interregno nos oferece frutíferas reflexões. Veremos como a Constituição de 1946 representa a inefetividade material (conceito tratado por Mortati com o nome de *inattuazione)*, contrastando as promessas democráticas liberais e forma normativa à subjacente realidade social e política, marcada por permanências autoritárias que contradiziam sua promessa democrática. A dissonância, em si, representa a aplicação da Constituição em sentido

Material, uma vez que Mortati preconizou a inefetividade da Constituição Formal, quando não reflexo do processo de diferenciação subjacente no substrato social. Ainda sobre a (in)efetividade, veremos como a forma pode ser dizimada em prol da prevalência das forças políticas, como ocorre em 1969, com a outorga de uma Emenda Constitucional que, por sua matéria, tem substância de verdadeira Constituição. Todas essas experiências nos fornecem o substrato para a análise dos pressupostos da constituição em sentido material no pensamento jurídico brasileiro do período, em especial, dos elementos "matéria" e "(in)efetividade", foco do presente tópico.

Passaremos agora, portanto, a verificar os usos e discursos dos elementos da constituição em sentido material nos três processos constituintes que marcam esse período: A promulgação da Constituição de 1946, o golpe militar com a outorga da Constituição de 1967/69 e, em seguida, nos discursos jurídicos que fundamentam os trabalhos da Constituinte de 1988. Essa análise, que por si só poderia delimitar o escopo de um trabalho próprio, não pretende adentrar às profundas nuances de cada um dos processos, e sim, demonstrar como e onde os pressupostos da constituição material passam a ser mobilizados em diferentes contextos e projetos políticos - tanto autoritários, como os que vimos até agora, como democráticos como os que passam a ocorrer. O objetivo desse último tópico é, cumprir o interregno histórico que nos propomos a investigar e chegar à contemporaneidade (que não chega a ser o objeto principal da presente tese, localizada na linha de pesquisa do historicismo crítico), delineando de forma sugestiva - sem fugir do escopo histórico - como esses elementos se apresentam nos debates contemporâneos da teoria constitucional. Ressalvando-se que, por tratar-se de um trabalho histórico, os temas contemporâneos não serão objeto de aprofundamento, entendemos, ainda assim, ser tematicamente relevante apresentar como as múltiplas pontas da noção de constituição material continuam a costurar teorias e projetos jurídicos na atualidade, e o peso discursivo desses elementos na mobilização do direito como tecnologia[682] de legitimação de projetos de poder.

[682] Trabalhamos aqui com a análise do pensamento jurídico brasileiro articulado com projetos de poder na perspectiva de "direito como tecnologia", que se enquadra ao conceito foucaultiano de dispositivo de poder do enunciado. Nesse sentido, resgatamos o trecho de Caio Patricio de Almeida (2023) em seu texto "O autoritarismo no pensamento jurídico": "De todo este percurso pela gênese do autoritarismo instrumental de nossos juristas, é possível identificar um traço comum a todos. Embora declarem uma genuína preocupação em compreender seu próprio país antes como etapa essencial a qualquer projeto nacional, suas obras acabam por consolidar o movimento oposto. Superado este

### *4.6.1. (In)efetividade material entre as constituições de 1946 e 1967/69*

Ao analisar o papel da Constituição de 1946 na vida constitucional do Brasil, Paulo Bonavides atribui a ela o mérito de trazer "a certeza de que toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim."[683]. De fato, a promulgação da Carta recuperou o arranjo institucional democrático, com o restabelecimento do princípio federativo, atribuição de autonomia para os Estados e Municípios, liberdade de culto e previsão das garantias e direitos fundamentais[684]. A organização partidária passou a ser livre, o reforço da tripartição dos poderes e a competência de aprovação de estado de sítio reservada unicamente ao Congresso Nacional, que passou novamente a ser composto pela Câmara e pelo Senado Federal. Todos esses elementos, estruturantes do sistema democrático liberal[685], não foram o suficiente, porém, para garantir a continuidade democrática no Brasil, que se viu absorvido por um novo regime autoritário - ainda mais violento - apenas 15 anos após a promulgação da Carta.

---

primeiro estágio investigativo - a exemplo da produção de Oliveira Viana entre os anos de 1918 e 1930 - os diagnósticos e as conclusões acabam por servir às conclusões que melhor se encaixavam nos projetos de poder aos quais estes pensadores se aproximavam. A anunciação do fim da República Velha em 1930 foi terreno fértil para que os juristas deixassem para trás a ideia de direito enquanto ciência social e retomassem a perspectiva de seu uso enquanto tecnologia."

[683] BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P.409.

[684] "A Assembleia Nacional Constituinte de 1946 foi realizada num momento de afirmação do Legislativo Nacional. Antes disso, em 1937, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, os Senados Estaduais e as Câmaras em níveis estaduais e municipais haviam sido fechados pelo Estado Novo. O parlamento fora reaberto em 1946 num contexto em que a economia e a sociedade brasileiras tinham muito pouco contato com o exterior. A agenda política do momento era a reconstrução da democracia, que surgia como contraposição ao autoritarismo decorrente da revolução de 1930." .Ferreira, M. C.. (2010). Os Processos Constituintes de 1946 e 1988 e a definição do papel do Congresso Nacional na Política Externa Brasileira. Revista Brasileira De Política Internacional, 53(2), 23-48. https://doi.org/10.1590/S0034-73292010000200002)

[685] O caráter democrático da Constituição de 1946 merece ressalvas e problematizações. Como aponta José Murilo de Carvalho (2004), foi durante sua vigência que fato notoriamente autoritários ocorreram, como a ilegalidade do Partido Comunista Brasileiro no Governo de Eurico Dutra, perseguições contra militantes comunistas e cerceamento opressivo do movimento operário. Esses eventos, sob a égide de uma constituição "democrática", apenas reforçam a tese de que entre o regime anterior e este houve mais elementos de continuidade do que de ruptura, ainda que à revelia da legalidade formal - mas também dentro de seus confines. A crítica de Carvalho, porém, não é consenso. Jorge Ferreira opõe-se à desqualificação da Constituição como democrática pelos argumentos de que "Os que resistem em admitir que o país conheceu uma experiência liberal-democrática, pensando no governo Dutra, na cassação do registro do PCB e na interdição dos analfabetos ao direito de votar, baseiam-se, muitas vezes, em uma receita prévia de democracia, não considerando que esta não surge pronta, como um receituário, mas é conquistada, ampliada e "inventada", no dizer de Claude Lefort. A democracia resulta de demandas da própria sociedade, de seus conflitos e contradições, inventando e reinventando suas práticas e instituições.". Ferreira, J.. (2010). Apresentação. Tempo, 14(28), 11-18. https://doi.org/10.1590/S1413-77042010000100001.

O que distanciou tanto a forma da matéria? O contraste histórico entre a promulgação da Constituição que trazia pela primeira vez um Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais em 1946, e o Golpe Militar que instituiria uma Constituição que eliminaria estes mesmos direitos fornece um caso interessante de análise de inefetividade constitucional, que nos remete à experiência de Weimar. Analisando as razões por trás desse fenômeno, Paulo Bonavides identifica como central explicação a conjuntura social que se estabeleceu no país depois de 15 anos de Governo Vargas[686]. Segundo o jurista historicista:

> O corporativismo alastrou-se por todos os níveis da sociedade. Com isso, o Poder Executivo tomou ares imperiais, inchando de modo a hipertrofiar o Legislativo e o Judiciário. Mais do que a vitória do pensamento autoritário, o que se observou foi a legitimação difusa desse pensamento entre algumas camadas da sociedade brasileira. A figura de Vargas, antes de tudo, fez escola, com o paternalismo que caracterizou. Não podemos esquecer que a Assembleia Constituinte que redigiu a Carta de 46 foi eleita por apenas 15% da população, o que não permitiu auferir com segurança a popularidade de que gozava Vargas, embora ela fosse evidente nas classes mais simples.[687]

Ao analisar que o contraste se dava, não só entre Constituição e efetividade, mas sim entre Constituição e sociedade, percebemos na prática a realização da teoria da constituição em sentido material. Como preconizou Mortati, a efetividade constitucional depende irrevogavelmente de estabilização social e política. É esta a base de toda sua estrutura teórica e do processo de diferenciação. Essa estrutura, que segundo Mortati, deve ser mediada pelo Estado e outras comunidades intermediárias, não pode, porém, renunciar do reconhecimento dos processos políticos e sociais que se operam organicamente na própria sociedade. No caso brasileiro de 1946, em que "a constituição entra em antagonismo com a sociedade"[688], vemos o oposto se desenvolver, e, por isso mesmo, sua inefetividade constitucional.

Ao contrário do que se poderia esperar com o fim do Estado Novo, a Constituição de 1946 não representou uma inflexão estrutural no modelo político-institucional consolidado anteriormente. Embora formalmente democrática, sua aplicação foi marcada por uma profunda assimetria entre legalidade e realidade, revelando a ausência de uma autêntica efetividade da constituição material. A

---

[686] Um panorama histórico detalhado dos eventos políticos que permeiam os anos que antecedem a promulgação da Constituição até sua derrocada é apresentado por André Felipe Véras de Oliveira em "A Constituição de 1946:Precedentes e Elaboração" In: Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_27.pdf

[687] BONAVIDES, 1991, op.cit. pp.409-410.

[688] Ibidem, p.411.

fragilidade da coesão nacional, a inexistência de um núcleo ético estruturante e a continuidade de elites técnicas ligadas ao projeto autoritário dos anos 30 contribuíram para a manutenção de um modelo de Estado centralizado, agora apenas recoberto por uma institucionalidade liberal. Conforme Bonavides:

> A constituição de 46 não logrou fazer-se presente no dia-a-dia do povo, nem mesmo demonstrar que era instrumento de participação e mudança. A ditadura do Estado Novo criou o mito de que as conquistas, como a legislação, por exemplo, não significavam conquistas, mas dádivas do poder e do seu chefe.[689]

A inoperância da Constituição de 1946 nos revela que, em que pese o edifício normativo de consideráveis reestruturações que se colocou com a promulgação, o processo que liga 1937 a 1947, mais do que de ruptura é de continuidade estrutural. A ausência de um projeto simbólico e cultural faz da Constituição de 1946 letra morta, gerando terreno para continuidade entre o regime anterior - discursivamente bem construído intelectual e popularmente - e o regime militar, que viria a se estabelecer alguns anos depois, radicalizando as propostas anteriores e se reapropriando dos enunciados anteriores, dessa vez com um aparato institucional mais economicamente forte e organizado. O cenário ressaltava até mesmo além do pensamento jurídico ou filosófico. Emblemático é o diagnóstico de Álvaro Lins, político, advogada e jornalista, então redator-chefe do jornal Correio da Manhã, ao analisar o Projeto da Constituição:

> Li várias vezes esse projeto, e sempre com a impressão de que seus dispositivos pouco se ligavam ao espírito de nossa época e às condições do Brasil. (...). Se esse projeto não for profundamente, essencialmente modificado, a Constituição de 1946 levará o Brasil ao marasmo ou à ditadura.[690]

Distância entre realidade e juridicidade provocavam tal déficit de materialidade constitucional, que evidencia que, mesmo nos interstícios de regimes formalmente democráticos, a ordem real permaneceu sob a égide de um Estado centralizador, sustentado por elites técnicas forjadas no ideário antiliberal desde a década de 1930[691]. A legitimidade da Constituição era um fato juridicamente confirmado, afinal, fruto de um processo de votação direta. Nesse sentido, Marília Garcia:

---

689 Ibidem, p.410.

690 LINS, Álvaro. A glória de César e o punhal de Brutus: ensaios e estudos (1939-1959). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963. p. 245-247.

691 No caso brasileiro, é possível identificar que foi construída uma verdadeira "cultura jurídica autoritária" (LIMA, 2018 p. 38), uma vez que, segundo Danilo Pereira Lima, nos períodos das duas ditaduras brasileiras, tanto de Vargas nos anos 30, como a ditadura militar a partir de 1964, o direito foi mobilizado em uma concepção instrumental, servindo à construção de uma narrativa constitucional de

> Não é simples questionar a legitimidade da Constituinte de 46, uma vez que ela foi escolhida por eleição direta. Mas sempre é bom lembrar que essa eleição não foi precedida de um longo e livre debate, nem houve tempo para que a sociedade civil, que havia sido excluída pela ditadura, e as novas forças surgidas nesse período se organizassem. Por isso, a Constituição de 46 não chegou exatamente a representar todos os anseios dos brasileiros, menos ainda os mais populares[692].

Legitimidade não o suficiente, porém, para garantir materialidade, uma vez que, utilizando os pressupostos de Mortati, a materialidade constitucional somente se estabelece através da *estabilização dos elementos sociais*. A inefetividade da Constituição de 1946, diante as ausências de um projeto político que a estabilizasse foi, portanto, um destino previsível. Em um contexto em que, segundo Florestan Fernandes, "uma democracia de fachada mantém-se à tona, sem fazer face às exigências da situação histórica"[693], o equilíbrio era frágil e tendente ao rompimento. Por esta razão, Fernandes afirma que "dentro de aparências democráticas e do ritualismo eleitoral seria impraticável manter a estabilidade política e o controle burguês da sociedade civil e do estado.". A falta de estabilidade proveniente do dissenso entre realidade social e institucionalização diagnostica, assim, a inefetividade da Constituição de 1946.

Ressalte-se, ainda que, muito embora o texto constitucional previsse o Capítulo de Direito e Garantias Individuais, sua efetivação material não se operou por falta de previsão estrutural. Não só não se realiza, como fertiliza o terreno para sua própria aniquilação alguns anos a seguir. No tocante a esse aparente dissenso, é relevante lançar mão da análise foucaultiana segundo a qual a exclusão de certos temas do campo do discurso normativo opera como uma forma de poder. Como afirma Foucault, "o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, e com que, se luta — o poder do qual nos

---

legalização do poder autoritário. Isso se deu através da defesa sob o viés técnico dos mesmos elementos elencados no tópico precedente como caracterizadores de um regime autoritário: crítica à democracia parlamentar e ao processo eleitoral livre e universal; esvaziamento de poder do legislativo e judiciário; defesa de um poder central forte sob a insígnia de um chefe carismático; ojeriza ao sistema pluripartidário com defesa de um partido único, a partir da justificativa de uma única identidade nacional, supostamente necessária à governança política com unidade.

[692] Garcia, M.. (1984). A difícil legitimidade: as constituintes em nossa história. Lua Nova: Revista De Cultura E Política, 1(3), 07-11. https://doi.org/10.1590/S0102-64451984000300002

[693] FERNANDES, Florestan. Florestan Fernandes na Constituinte: Leituras para a Reforma Política. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014. https://fpabramo.org.br/editora/wp-content/uploads/sites/17/2017/04/cadernosperseu_florestanfernandesconstituinte_completo_0.pdf. P.75

queremos apoderar”[694]. Na Constituição de 1946, embora haja formalmente a consagração de direitos e garantias fundamentais, determinados temas — como a desigualdade racial, a concentração fundiária, a reforma social profunda ou o enfrentamento das estruturas oligárquicas regionais — permaneceram fora do horizonte prático da constituição material.

Essas ausências, enquanto “não-assuntos”, operaram como práticas discursivas conservadoras, funcionando como tecnologias de invisibilização e contenção da transformação. Trata-se, portanto, de uma “inefetividade por esvaziamento”, na qual os termos formais do texto constitucional são neutralizados pela ausência de articulação com as forças sociais capazes de efetivá-los[695]. Entende-se, então, que a ausência discursiva não é só literal, mas também instrumental. Nesse caso, conseguimos ver novamente a teoria de Mortati tomando forma: a implementação de direitos nunca poderá ser efetivada se sua estruturação for “apenas” normativa. Juridicidade engloba um aparato mais amplo e conjectural, do qual a normatividade - isto é, a constituição formal - é apenas uma das engrenagens.

A promulgação da Constituição de 1946, portanto, embora possa ser compreendida como uma resposta “formal” à exaustão do Estado Novo, foi limitada em seu potencial transformador. Como observa Luís Werneck Vianna, “a Constituição de 1946 nasce do trauma da ditadura, mas não rompe com seus fundamentos conservadores; restaura o jogo político, mas sem alterar os fundamentos da ordem social herdada”[696]. A conjuntura revela uma dissociação entre a promessa normativa da Constituição — pautada em garantias liberais e no retorno do regime democrático — e a persistência das estruturas materiais que sustentaram o autoritarismo anterior. Essa clivagem entre forma e matéria confirma a noção mortatiana de inefetividade[697]:

---

[694] FOUCAULT, 1996, op.cit. p.11.

[695] Ver SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 39-55, onde a autora afirma que “a omissão reiterada de pautas estruturais, como a desigualdade racial, compõe uma forma de reprodução da dominação social sob o manto da legalidade democrática”.

[696] A análise de Vianna insere-se na tradição crítica que identifica no liberalismo brasileiro um caráter conservador e adaptativo, voltado mais à preservação da ordem do que à promoção de reformas sociais efetivas. A Constituição de 1946, embora restabeleça o Estado de Direito, não promove rupturas com as bases oligárquicas, raciais e excludentes do Estado anterior, reafirmando uma lógica de inclusão limitada e reprodução das hierarquias sociais. VIANNA, Luís Werneck. Liberalismo e sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. P.33.

[697] Para Costantino Mortati, a constituição material consiste na estrutura concreta de poder e na orientação política efetiva que organiza a sociedade. Quando a constituição formal não espelha essa estrutura nem orienta legitimamente a diferenciação política e social do Estado, ela se torna inoperante — ou inefetiva — no plano da efetividade normativa. A Constituição de 1946, neste sentido, realiza a

um texto constitucional que, embora formalmente válido, não se realiza enquanto constituição material, pois não atua como expressão efetiva do fim político predominante ou do processo de diferenciação real da sociedade brasileira[1].

A análise realizada nos permite concluir que não só houve continuidade material entre a Constituição de Vargas e a inefetividade de 1946, por ausência de uma estruturação político-institucional capaz de mobilizar a sociedade cultural, simbólica e economicamente; como também, sua inoperância criará o cenário propício para o reestabelecimento de um regime autoritário, agora repaginado com o fortalecimento das críticas antiliberais - e mais um caso de insucesso liberal no breviário argumentativo. É nesse sentido que a inoperância da Constituição de 1946 abre alas para o estabelecimento do Regime Militar. Nesse sentido, afirma Florestan Fernandes, ao referir-se à transição entre estes dois marcos:

> Dentro de aparências democráticas e do ritualismo eleitoral seria impraticável manter a estabilidade política e o controle burguês da sociedade civil e do estado. As crises explodem no âmbito do governo, porque as classes dominantes não conseguiam enfrentá-las e resolvê-las no seio da sociedade civil, nem transferi-las e solucioná-las na esfera do Parlamento. A nação exigia mudanças estruturais. As classes dominantes e suas elites responderam com a conspiração civil-militar, o golpe de estado e a contrarrevolução nesse sentido, a Constituição de 1946 não gerou a democracia, pariu a ditadura militar.[698]

Assim, a Constituição de 1946, embora legitimada formalmente e revestida dos símbolos da reconstrução democrática, não logrou instituir uma constituição material efetivada. Na ausência de um projeto simbólico agregador e diante da permanência das elites e estruturas autoritárias da década de 1930, o fracasso da efetividade revelou-se como antecipação de seu colapso. É nesse vácuo — discursivo, institucional e valorativo — que emerge a reconfiguração autoritária de 1964, cuja codificação formal viria a ocorrer sob os auspícios da Constituição de 1967 e sua posterior Emenda Constitucional nº 1/1969.

A ruptura institucional de 1964 — cujas razões políticas e históricas não cabem no escopo do presente trabalho, mas já foram amplamente tratadas na literatura jurídica — não apenas dissolve o quadro político-partidário instituído pelo

---

tensão entre forma e matéria, expressando um ideal jurídico que não encontrou correspondência prática na estrutura social nem nos centros reais de poder político.

[698] FERNANDES, Florestan. Florestan Fernandes na Constituinte: Leituras para a Reforma Política. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014. https://fpabramo.org.br/editora/wp-content/uploads/sites/17/2017/04/cadernosperseu_florestanfernandesconstituinte_completo_0.pdf p.75.

projeto liberal da Constituição de 1964; mas, além disso, inaugura um novo paradigma de legitimação constitucional, assentado em práticas jurídicas de exceção[699]. Parte fundamental do projeto golpista é transformar essa excepcionalidade em normalidade e para tanto a tecnologia jurídica se faz mais operacional do que nas experiências anteriores. O golpe militar, embora sustentado por um discurso de normalidade institucional, inaugura um novo ciclo de reorganização da constituição em sentido material, orientado por um núcleo antiliberal e securitário. A Constituição de 1967, posteriormente emendada em 1969, representa a tentativa de formalizar esse novo pacto autoritário por meio da centralização do poder Executivo, da supressão das garantias democráticas e da instrumentalização do direito como técnica de repressão[700]. O objetivo era enunciado no próprio AI-1, que afirmava: "A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização". É nessa conjuntura que o discurso jurídico - tanto através de dispositivos normativos, mas, especialmente, com o fundamento teórico de juristas[701] como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mas, principalmente, Francisco Campos, cumpre papel de prática discursiva em mais um projeto autoritária, embora sob uma articulação diferente dos elementos da constituição em sentido material.

Se a Constituição de 1946 não logrou em obter êxito efetivo, apesar do enquadramento formal em uma legítima moldura constitucional, a Constituição de 1967 aparece como testemunho da força e imposição pelo poder político econômico à revelia do Direito e da forma. É a efetividade da constituição material em ação, mostrando, através de seu viés mais radical e maniqueísta, que a estabilização da situação jurídica se faz por um aparato institucional que supera a forma jurídica. Não fosse a força econômica e o apelo simbólico fundado pelo fundamentalismo religioso, pela luta contra o fantasma comunista, pelo apoio dos setores rurais e conservadores, os interesses dos grandes latifundiários e a injeção financeira proveniente do contexto de guerra envolvendo os Estados Unidos da América. Não fossem esses fatores[702] -

---

[699] NETTO, José Paulo. Pequena história da ditadura brasileira: (1964-1985). 1° ed. - São Paulo: Cortez, 2014.

[700] BONAVIDES, 1991, op.cit.

[701] Para um aprofundamento sobre o papel dos juristas na Ditadura militar: LIMA, Danilo Pereira. Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. Disponível http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7172.

[702] Conforme Netto, 2014, op.cit: "O golpe não foi puramente um golpe militar, à moda de tantas quarteladas latino-americanas (os pronunciamientos dos "gorilas") — foi um golpe civil-militar e o regime dele derivado, com a instrumentalização das Forças Armadas pelo grande capital e pelo latifúndio, congurou a solução que, para a crise do capitalismo no Brasil à época, interessava aos

que se embasavam em processos de diferenciação, força e dominação simbólica, econômica e política, não teria o regime militar conferido efetividade à suas disposições normativas, que fugiam completamente da sistemática constitucional. Essas forças que projetaram efeitos na sociedade antes mesmo do direito fazê-lo e que, como consequência, buscaram posteriormente justificação neste - através, principalmente do maior teórico da Ditadura, Francisco Campos - são o atestado da aplicação da teoria da constituição em sentido material.

A uma conclusão essa experiência nos conduz, desde já, que é: a efetividade constitucional encontra respaldo nas forças que vencem processos de diferenciação na sociedade, e não na letra escrita da norma. Sem a adequação entre ambas, a constituição formal será inefetivada, como em 1946. Já sem a normatividade formal, é possível que as forças operem efeitos, pois a constituição material opera-se na realidade, não nos balcões das Assembleias Constituintes. O objetivo, para Mortati, é que um correspondesse ao outro. Em ambos os casos brasileiros tratados nesse tópico, não é isso que acontece, mas como podemos agora ver, a dissonância parte de movimentos inversos. Como em 1964, o poder impõe-se primeiro, ele busca, a seguir, justificação no Direito, munidos por uma preocupação em constituir aparências de legalidade[703]. Não que dela o regime dependa, mas não há dúvida de que a o discurso jurídico reveste de legitimidade aquilo que, até então, resolvia-se apenas no mundo dos fatos - e do poder, afinal, "procurando legitimar-se, o Movimento de 1964 tentava encontrar num texto constitucional novo uma forma de institucionalização"[704]. Essa é a conclusão que traçamos, até então, sobre a (in)atuação em ambos os contextos.

Para confirmar essas análises, basta perceber que entre 1964 e 1967, a Constituição de 1946 continuou formalmente válida, embora, em nenhum aspecto funcionasse materialmente. Durante este período, em especial entre 1965 e 1966, o presidente Castello Branco outorgou nada menos do que três atos institucionais, 36

---

maiores empresários e banqueiros, aos latifundiários e às empresas estrangeiras (e seus gestores, "gringos" e brasileiros)" NETTO, José Paulo. Pequena história da ditadura brasileira: (1964-1985). 1° ed. - São Paulo: Cortez, 2014.

[703] Sobre o tema, ver: COITINHO, Angélica do Carmo. Sob a toga e a farda: o ministro general de Exército Rodrigo Octávio Jordão Ramos no Superior Tribunal Militar (1973-1979). Dissertação de mestrado, História, Unirio, 2012. CORRÊA, Oscar Dias. A ordem jurídica e a revolução de 1964. In RAPOSO, Eduardo (Coord.). 1964, 30 anos depois. Rio de Janeiro: Agir, 1994. CURI, Isadora Volpato. Juristas e o regime militar (1964-1985): a atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB. Dissertação de mestrado, História Social, USP, 2008.

[704] BONAVIDES, 1991, op.cit. p.431.

complementares, 312 decretos-leis e 3.746 atos punitivos, o que demonstra a efetividade material de uma situação política de fato, com repercussões jurídicas, à revelia da Constituição Formal. Todos os atos formais que seguiram a tentativa de legitimação da situação de fato são, o que Paulo Bonavides com simplicidade classifica-se como “farsa”. Parafraseando comentários da sessão legislativa de aprovação da Constituição de 1964, afirma que “fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Esse é que recebe do Ato Institucional a sua legitimação”. O que ocorre a partir dos atos institucionais é a imposição, mediante força, de regras que se travestem de direito e que, por efetivarem, confirmam como este funciona como tecnologia[705], mas não como limite[706]. Neste sentido, Lima:

> Para construir essa narrativa, a ditadura contou com o prestimoso trabalho de juristas empolgados com a ruptura institucional iniciada em 1964. Seu esforço intelectual, no sentido de apontar uma ligação entre legalidade e revolução, serviu para dar legitimidade ao movimento civil-militar de 1964, já que a palavra golpe, utilizada por seus opositores, poderia prejudicar a imagem do novo regime perante a chamada opinião pública[707].

Divorciar a sociedade do direito não só é possível, como demonstra que o segundo, em que pese seja um poderoso mecanismo de legitimação, é tecnologia, e, portanto, ferramenta, mas não é o núcleo de onde nascem as forças que impõem suas vontades - é isto o que Costantino Mortati teorizou na constituição em sentido material. Se essa conclusão acima traçada nos permite traçar juízos sobre a efetividade o constitucional enquanto elemento da constituição em sentido material, opondo-se à inefetividade da Constituição de 1946 à efetividade promovida pelo golpe, o período histórico que se inicia em 1964 nos permite ainda uma outra análise, focada na “matéria” constitucional. Ao contrário da Constituição de 1946, cujo déficit de efetividade resultava da neutralização do conflito político, o regime militar promove

---

[705] Esse papel legitimador é abordado por Ricardo Krug quando escreve sobre ciência jurídica como tecnologia a favor de um determinado propósito, colocando em perspectiva o papel do direito e de seus instrumentos de funcionarem como "os mecanismos intra e extra processuais que permitem a manipulação narrativa de um determinado evento". Nesse mesmo sentido, Leonardo Barbosa (2010) explica que na tradição autoritária brasileira, os regimes autocráticos se erigiram não à revelia e sim com o apoio direto do direito. Seja de seus mecanismos normativos como da ciência jurídica. Essa estratégia baseia-se numa sofisticada legitimação através da técnica, ainda que admitindo a permanência restrita de certos mecanismos democráticos, como forma de perpetuar maior solidez ao regime autoritário. É o que Barbosa explica quando diz que "regimes autoritários pagam um preço pela manutenção, mesmo precária, de instituições típicas de um Estado de direito." (BARBOSA, 2010, p. 21).

[706] LIMA, 2018, op.cit.

[707] Ibidem.

uma efetividade regressiva, fundada na exclusão programada de sujeitos e na limitação radical do pluralismo.

A tecnocracia estatal substitui o debate político e o Estado passa a funcionar como operador direto da homogeneização ideológica, sob o discurso da "segurança nacional", que reconfigura o núcleo essencial de matéria constitucional, identificando o Estado como "pessoa" e sistematizando a doutrina do amigo/inimigo em uma legislação que instrumentaliza a supressão da heterogeneidade. A materialidade constitucional se desloca, nesse contexto, do eixo de garantias fundamentais para o eixo da proteção do Estado. A inversão do núcleo valorativo é sintomática: a constituição passa a ter como matéria a repressão, o controle e a homogeneização ideológica, reconfigurando o conceito de pessoa em direção à sujeição e vigilância permanentes. Como explica Mortati, "a constituição existe quando há um projeto de direção política que unifica e organiza o poder em torno de fins" — e é precisamente isso que a constituição de 1967/69 realiza, embora para fins autoritários.

Sob essa chave analítica, o sistema jurídico pós-1967/69 deve ser lido como uma constituição material efetivamente operacionalizada, ainda que à revelia da democracia. A orientação política do período, estruturado no discurso da Doutrina de Segurança Nacional[708], opera como justificativa teórica para a ampliação da vigilância, censura e repressão sob o pretexto da defesa da ordem e da soberania. O direito é instrumentalizado como tecnologia de contenção e exclusão, em nome de uma "legalidade patriótica" e de um inimigo interno difuso — elementos típicos do discurso securitário, como analisado por Michel Foucault.

Nesta narrativa, "matéria" e "pessoa" são mobilizados. Pessoa como o Estado, sujeito agora ativo da proteção normativa, fundamento este da Doutrina de Segurança Nacional, que já constituía influência das experiências italianas[709] no pensamento jurídico brasileiro desde o Estado Novo[710]. Segundo Arno Dal Ri Junior, a Doutrina da Segurança Nacional, ao se estabelecer como fundamentação teórica central do regime militar a partir de 1964, incorpora a necessidade de incorporar a narrativa

[708] DAL RI JUNIOR, 2005, op.cit.
[709] Pra um maior aprofundamento, ver: NUNES, Diego. O percurso dos crimes políticos durantes a Era Vargas (1935-1945): do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. Florianópolis: Programa de Mestrado em Direito da UFSC, 2010.
[710] Ver: PESSOA, Mario. O Direito da Segurança Naciona1. Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais, 1971; NUNES, Diego. O percurso dos crimes políticos durantes a Era Vargas (1935-1945): do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. Florianópolis: Programa de Mestrado em Direito da UFSC, 2010.

progresso econômico nos objetivos da nação e justifica os mecanismos de repressão política que se instituem nos atos institucionais, deslocando o que eram objetivos nacionais para o centro de “matéria” protegida[711]. Conforme Arno Dal Ri Junior:

> É através deste novo prisma da segurança nacional que a repressão política do governo ditatorial procurou legitimar as próprias possibilidades de ação. Como é possível constatar, em virtude do Decreto-Lei n.° 314/67 e do Ato Institucional n.° 5/68, passaram a ser objeto de tutela jurídica para a segurança nacional aqueles que em realidade são os objetivos nacionais permanentes, como a paz pública, o desenvolvimento econômico e a prosperidade nacional. Deste modo, ambas as normas apresentavam elementos que criavam confusão entre aquilo que o ordenamento penal brasileiro sempre considerou criminalidade comum e a nova criminalidade política.[712]

Nesse sentido efetiva-se a redução dos limites aos quais o Estado se submete, aparelhando-o com um poder de autodefesa através da ideia de "segurança nacional"[713] que justificaria a invasão de direitos e garantias fundamentais, a partir da retórica de defesa do Estado contra o inimigo interno. Nesse sentido, buscando os elementos que aproximam as diferenças experiências autoritárias, Barbosa:

> Assim, ainda que seja necessário estabelecer as devidas diferenças entre as manifestações políticas reunidas sob o signo do autoritarismo, há características que as aproximam, tais como a concentração do poder político, a redução dos limites impostos ao governo (não raro em prejuízo dos direitos fundamentais) e a desvalorização da democracia representativa.[714]

Como alerta Coimbra, “a doutrina da segurança nacional foi o mecanismo discursivo que permitiu a suspensão contínua da legalidade democrática[715], estabelecendo uma constituição material de viés autoritário, que operava à revelia da Constituição formal.” Aqui, a efetivação ocorre — mas no sentido oposto àquele idealizado por Mortati: em vez de realizar os fins políticos da coletividade, o Estado se fecha em sua própria lógica, convertendo-se em estrutura de exceção permanente.

---

[711] Para um aprofundamento, ver: DAL RI JUNIOR, Arno. O CONCEITO DE SEGURANÇA NACIONAL NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: USOS E REPRESENTAÇÕES DO ESTADO NOVO À DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1935-1985). Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, julho/dezembro de 2013.

[712] DAL RI JUNIOR, Arno. O CONCEITO DE SEGURANÇA NACIONAL NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: USOS E REPRESENTAÇÕES DO ESTADO NOVO À DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1935-1985). Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, julho/dezembro de 2013.

[713] PIERANTI, O. P., CARDOSO, F. DOS S., & SILVA, L. H. R. DA. (2007). Reflexões acerca da política de segurança nacional: alternativas em face das mudanças no Estado. Revista De Administração Pública, 41(1), 29 a 48. Recuperado de https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/6878

[714] BARBOSA, 2010, op.cit. pp.22-23)

[715] Para uma análise sobre a instrumentalização da Doutrina da Segurança Nacional, ver: Coimbra, C. M. B.. (2000). Doutrinas de segurança nacional: banalizando a violência. Psicologia Em Estudo, 5(2), 1-22.

Unindo-se a esse aparato sistemático-teórico, o pensamento jurídico brasileiro conta com notáveis intervenções em apoio ao regime. É o caso dos já comentados Miguel Reale[716], Francisco Campos, que elabora pessoalmente o texto dos Atos Institucionais 1 e 2 e sofistica sua proposta hiperpresidencialista e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, responsável pela tentativa de adequação da conjuntura política em uma definição de democracia[717], o que faz, em especial, em sua obra "A democracia possível", publicada em 1972, em que Ferreira Filho traz uma nova compreensão das medidas de exceção é moldada a partir da Doutrina de Segurança Nacional[718] (DSN)[719] e, posteriormente em 1977, com "Sete vezes democracia".

A proposta de Ferreira Filho baseia-se principalmente em meios de restringir a participação popular, fundamentando em uma inaptidão do homem comum de participar da vida política do país, que deveria ser restrita àqueles preparados intelectualmente - o que correspondia às elites econômicas da ditadura tecnocrata. Nesse sentido, em ume ensaio de 1979, o autor chega a enunciar um dos maiores riscos do processo que segue a "revolução de 64"[720], que seria a interferência da massa despreparada. O processo deveria se dar de forma gradual, para assim evitar "os embaraços que gera sempre a brusca invasão do processo político por massas

---

[716] De acordo com Eitor Ramiro (2023, op.cit.): "Miguel Reale, importante jurista e lósofo do direito, foi um dos ideólogos o ciais do movimento Integralista, que tinha notório caráter fascista. Reale foi incorporado ao governo Vargas, após o seu exílio para a Itália por causa do regime do Estado Novo, atuando, assim, ativamente na administração pública. Ainda, conspirou contra o regime democrático nas décadas de 40 e 50, segundo suas próprias memórias. Na ditadura civil-militar de 1964 foi nomeado pelo presidente, Artur da Costa e Silva, com o objetivo de analisar a Constituição de 1967, para isso foi constituída uma comissão em que Reale era um dos líderes. Assim, como produto desse trabalho surgiu a Emenda Constitucional n° 1, que endureceu o regime militar, incorporando todos os AIs editados anteriormente."

[717] Nildo Inácio aponta como, politicamente, Ferreira Filho esteve atrelado ao regime: "A vinculação entre o professor Manoel Gonçalves Ferrreira Filho e o Regime Militar pós-1964 é verificável pelos diversos cargos que o citado autor ocupou durante o período ditatorial. Na esfera federal, ocupou os cargos de Chefe de Gabinete (1969 a 1971) e Secretário Geral (1970 a 1971) do Ministério da Justiça. Foi secretário do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (1969 a 1971). Na esfera estadual, foi Secretário dos Negócios da Administração (1972) e Secretário dos Negócios da Justiça (1972 a 1973) do Estado de São Paulo. Foi Vice-governador do Estado de São Paulo, de 1975 a 1979 e ocupou de forma interina, os cargos de governador do Estado de São Paulo, Ministro da Justiça e Senador da República. (2013, p. 84-85).". (INÁCIO, Nildo. Anistia à brasileira: Análise do discurso dos juristas vinculados ao Regime Militar pós-1964. 2013. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.)

[718] Para um aprofundamento do pensamento antidemocrático de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ver: OLIVEIRA, Dario Maciel Bredis de. CiCIDADANIA SITIADA: UM ESTUDO EXPLORATÓRIO SOBRE DEMOCRACIA E MEDIDAS DE EXCEÇÃO NO PENSAMENTO DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1964-1979). Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciência
Política da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.

[719] OLIVEIRA, Gabrielle Gomes. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE NACIONAL: POR MEIO DO DISCURSO POLÍTICO INTELECTUAL DO ESTADO NOVO (1941-1942). Unb. Brasília, 2018. P.5.

[720] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972.

despreparadas. Estas, exploradas pelos demagogos, podem imprimir um caráter desarrazoado no processo, levando ao insucesso as instituições, destruindo as possibilidades de solidamente implantar-se a democracia"[721]

Em *A democracia possível*, por sua vez, o autor retoma os pressupostos de Alberto Torres e Oliveira Vianna, ao basear na crítica ao individualismo e ausência de coesão orgânica do povo brasileiro, a necessidade de assunção do papel mediador pelo Estado, ainda que esta mediação resultasse em controle. Nesses termos, explica Oliveira:

> Ferreira Filho aponta ainda que em sociedades tais como a brasileira, são raros os "agrupamentos naturais" com viés político. Individualista e avesso ao caráter associativo, o povo brasileiro seria marcado pelo desinteresse em relação a problemas políticos, exceto às vésperas das eleições. Caberia ao Estado, portanto, o encargo de criar e estimular a ampliação desses "círculos políticos naturais", os quais, por sua vez, constituiriam o componente fundacional do modelo político idealizado pelo jurista.[722]

A proposta do jurista baseava-se na reconfiguração da representação política, de forma a restringi-la, isto é, torna-la elitizada e menos substancialmente democrática. Essa técnica de vestir uma representação limitada com as vestes de uma "nova democracia" não é exclusiva a este período histórico, tendo sido utilizada previamente no período Vargas nos discursos jurídicos que justificavam a limitação da participação popular. É importante constatar que a configuração autoritária não nega abertamente a sistemática da representação. Ao invés disso, apropria-se desse conceito, ao apresentar um modelo representativo que suprime a participação política do povo e concentra a tomada de decisão nas mãos de um grupo ou de grupos elitizados, baseada no discurso da identidade e capacidade técnica. Nesse sentido, Rogério Dultra dos Santos indica o que o autoritarismo, como fenômeno geral pressupõe:

> um modelo de Estado que pretende uma legitimação democrática distinta da representação parlamentar. Pode-se dizer que ele é, ao mesmo tempo: a) uma crítica ao direito, à política e às instituições liberais; b) uma aproximação constitucional vinculada à ideia de soberania como decisão personificada; c) um modelo de ordem democrática que se realiza pela mobilização irracional das massas por um César; e d) uma reorganização do Estado fundada na administrativização (burocratização) da legislação.[723]

---

[721]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no contemporâneo e em especial no Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979, p. 147.

[722] OLIVEIRA, 2018, op.cit. p.93.

[723] SANTOS, R. D. dos .. (2007). Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. Dados, 50(2), 281-323. https://doi.org/10.1590/S0011-52582007000200003. P.282.

Aliada à sua defesa reconfiguração da representação política, estava a justificação da segurança nacional. Para o jurista, esta última não era apenas uma política pública, mas um verdadeiro princípio constitucional — embora não nominado — que permeia toda a estrutura normativa do regime[724]. O autor sustenta que, diante de uma sociedade em permanente conflito, é dever do Estado antecipar e neutralizar os riscos à sua estabilidade, inclusive por meio da suspensão de direitos. Nessa lógica, o Estado se torna, simultaneamente, legislador, executor e juiz das ameaças, incorporando em seu âmago a figura do inimigo interno e combatendo-o, ainda que à revelia das garantias individuais. Em um momento de crise como aquele que se operava e "ameaças externas e internas", é o que Ferreira Filho identificava como "possível" em níveis democráticos.

Na mesma toada, a concepção de Francisco Campos serviu como alicerce doutrinário subterrâneo da Constituição de 1967, ainda que não haja evidência de que o jurista tenha participado diretamente de sua redação - diferentemente da de 1937, da qual se lhe atribui autoria praticamente integral. Sua defesa de um Estado formador da nacionalidade, a subordinação da Constituição à ordem política e o decisionismo institucional foram ressignificados e absorvidos pela doutrina da segurança nacional, perpetuando as propostas que ele já apresentava desde sua participação intelectual no Estado Novo, notadamente, o hiperpresidencialismo e a supressão da representação política. A concepção de Campos se acentua na formulação da doutrina da segurança nacional desenvolvida ao longo da década de 1960, e sistematizada no campo jurídico por Manoel Gonçalves Ferreira. Como assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 'o Estado tem o dever jurídico de preservar a ordem constitucional mediante a eliminação de ameaças internas', ideia presente já nos textos fundamentais de Campos."[725].

Assim, o núcleo da constituição material se desloca da ideia de um conjunto de direitos fundamentais para um conjunto de dispositivos de controle e autodefesa institucional. A matéria "fundamental" passa a ser a proteção do Estado, que assumiu caractere de "pessoa", e a "pessoa", tal como sujeito de direitos é elidida, sendo reconstruída como sujeito de deveres e subordinação ao projeto estatal. Há uma inversão do núcleo valorativo, que se dá através do deslocamento do eixo do sujeito

[724] FERREIRA FILHO, 1972, op.cit.
[725] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972.

de direitos na sistemática autoritária do regime militar. Conseguimos identificar que a Constituição se efetiva por meio das forças (social, econômica, política e, em especial, militar), se legitima formalmente por mecanismos jurídicos (que em nada adequam-se à moldura constitucional anterior) e subverte a matéria constitucional, escolhendo um núcleo de valores que desloca para a condição de "pessoa" o Estado, e torna periférica o papel do sujeito, visto sempre como um possível inimigo.

Por fim, se nossa análise até então nos permitiu visualizar a mobilização das categorias "efetividade", "matéria" e "pessoa" nos fenômenos político-jurídicos que se operaram a partir da década de 40 no século XX brasileiro, ainda um último diagnóstico pode ser feito sobre o fenômeno autoritário militar sob as lentes da constituição em sentido material. A "efetividade do autoritarismo" não se dá de maneira fragmentada, mas sistemática e abrangente. A EC nº 1/1969, elaborada a partir do AI-5 e promulgada por ministros militares durante o afastamento de Costa e Silva, modifica mais de 200 dispositivos da Constituição de 1967, ampliando competências do Executivo, restringindo ainda mais os direitos fundamentais, instituindo o Estado de sítio permanente e reafirmando o papel das Forças Armadas como poder moderador. Tal conjunto de alterações não pode ser compreendido apenas como emenda, mas como reconstrução material da constituição, evidenciando a pertinência da análise mortatiana: o que define a Constituição não é sua origem formal, mas a função de dirigir e organizar a sociedade conforme uma orientação política dominante.

O caso brasileiro - em especial as duas experiências constitucionais que abordamos nesse subtópico - é exemplar para demonstrar que a constitucionalização do autoritarismo não se faz somente por meio da violência extralegal, mas também da efetividade normativa plena de uma lógica material excludente, sob os ritos da legalidade formal. Ademais, nos demonstra que a formalidade legal destituída da estabilização social e política subjacente provoca o vácuo constitucional. A constituição material serve como lente que nos permite ver que é o poder que opera através da linguagem do direito, naturalizando, no caso do regime militar, o estado de exceção como norma. Como já destacado anteriormente, não apenas o que se diz, mas o que se deixa de dizer, atua no campo da constituição material: na carta de 1967 e na EC/69, a supressão de garantias, a diluição do habeas corpus e a eliminação de cláusulas pétreas são enunciações do poder, que omite, silencia e reformula, sem romper com a aparência de juridicidade. O que os mantém vigentes, porém, são forças

subjacentes, que sustentam a aparência de legalidade, que como Bonavides[726] lucidamente coloca, todos sabiam ser uma farsa.

### *4.6.2. Constituição material dirigente na Constituição Federal de 1988 (efetividade/matéria)*

Com o fim do regime militar, a reconstrução democrática anunciada em 1985 inicia os trabalhos preparatórios para a Constituinte de 1988. Em um cenário de transição negociada, marcado pela renúncia à responsabilização dos agentes perpetradores das violências do regime, não é estranho que se tenha operado a ressignificação intelectual de muitos autores atuantes na justificação do autoritarismo brasileiro. É o caso de Miguel Reale e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cujas obras adaptam-se à realidade democrática e passam a integrar o breviário de interpretações sobre Filosofia do Direito e Direito Constitucional da Nova República[727]. Tais readaptações, porém, que forneceriam o escopo de um trabalho próprio, não compõem o objeto do presente tópico, que anuncia o fechamento das análises sobre a mobilização da constituição em sentido material no pensamento jurídico brasileiro. O que nos interessa no presente é investigar as camadas em que se manifesta o elemento "matéria" no processo da Constituição de 1988. Considerando que a Constituinte de 1988 marca o ápice da incorporação de um núcleo valorativo explícito ao texto constitucional brasileiro, projetando-o como instrumento de transformação social, nos cabe verificar como as escolhas constituintes que formam o compromisso constitucional de 1988 adotam, através de um novo núcleo valorativo, um conteúdo material fundamental explicitamente definido e delimitado.

Quando a Constituição de 1988 é promulgada, seu texto final resulta de escolhas políticas oriundas de um processo constituinte atribulado, confuso e tensionado por diversos grupos de interesse e poder, que travam uma disputa discursiva a respeito daquelas matérias que deverão incorporar o núcleo fundamental da Constituição, isto é, sob o ponto de vista da teoria da constituição em sentido material, sua "matéria". Essas escolhas e a forma como elas são aplicadas, através de uma sistemática constitucional que determina níveis de eficácia e caracteres

---

[726] BONAVIDES, 1991, op.cit.
[727] CARONE, Edgard. A Segunda República. 3ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1978.

programáticos, formam a conjuntura que chamamos de Constituição dirigente. A noção de Constituição Dirigente, de autoria de Canotilho[728], para quem o sentido normativo de uma constituição deve ser concebido de forma prospectiva, não só garantindo o existente, mas esboçando o porvir[729], é incorporada na Carta de 1988, transformando-a em um conjunto normativo com caráter de programa político, e informando uma direção à toda a sociedade e órgãos institucionais em uma atividade que traduz com assimilação notável a noção de "função diretiva". Segundo Gilberto Bercovici e outros:

> 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[730].

Buscando a mudança da realidade, a partir dos compromissos oriundos das pressões e demandas provenientes daquela mesma sociedade, representada através da Constituinte, a Constituição materializa uma integração entre matéria, função e efetividade, criando mecanismos de efetivação e responsabilização pelo Estado, em caso de descumprimento dos compromissos firmados no momento constituinte. A matéria é perfeitamente delimitável, uma vez que o próprio texto da CF de 1988 menciona "princípios sensíveis" e cláusulas pétreas, o que representa um reconhecimento jurídico explícito da existência de um núcleo essencial de matéria constitucional. Nesse sentido, ganham destaque os princípios constitucionais, que, conforme Paulo Bonavides e José Afonso da Silva defendem, possuem valor vinculativo para todo o ordenamento jurídico e o próprio edifício constitucional. A Constituição Dirigente, portanto, além de criar normas no sentido formal da palavra, institui valores que se traduzem no direcionamento institucional, afirmando que tipo de sociedade se busca construir. Essa perspectiva ultrapassa a normatividade e se afirma também política, buscando uma orientação política com finalidade definida. Ao definir Constituição Dirigente, Gilberto Bercovici afirma:

> A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de

---

[728] 1993, op.cit.
[729] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 154-158 e Direito Constitucional, 6ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 150.
[730] Bello, E., Bercovici, G., & Lima, M. M. B.. (2019). O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. Revista Direito E Práxis, 10(3), 1769-1811. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470

> ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população.[731]

A definição de normas programáticas como princípios direcionadores, aos quais deve ser dada efetividade pelo legislador ordinário ressoa com a abordagem de “normas programáticas” ao tratar da efetividade da constituição na última fase de seu pensamento. Para Mortati, como vimos no capítulo anterior, as normas programáticas não são justificáveis em si mesmas, e exigem a articulação da sociedade como um todo, para que sua efetividade ocorra em plano material. É nesse sentido que “a constituição de 1988 é voltada para a transformação da realidade”.[732] Segundo Gilberto Bercovici, a Constituição de 1988 se consagra como dirigente, em especial devido a seu art. 3°, que "incorpora um programa de transformações econômicas e sociais a partir de uma série de princípios de política social e econômica que devem ser realizados pelo Estado brasileiro". Ao fazê-lo, criam obrigações de consecução institucional para todos os poderes e tornam o Estado passível de responsabilização por seu não cumprimento. Essa caracterização da Constituição recebe, como não poderia ser diferente, críticas dos autores conservadores. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora ressignificado democraticamente, mantém certa coerência com sua base ideológica anterior, ao afirmar que a ideia de Constituição dirigente geraria a "ingovernabilidade"[733], e causaria "compromissos dilatórios”[734]. Segundo o autor, a Constituição inviabilizaria a política, criando obrigações para o Estado para com a sociedade. A contra-crítica é feita por Gilberto Bercovici, ao afirmar que:

> O curioso é que são apenas os dispositivos constitucionais relativos a políticas públicas e direitos sociais que “engessam” a política, retirando a liberdade de atuação do legislador. E os mesmos críticos da constituição dirigente são os grandes defensores das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. A imposição, pela via da reforma constitucional e da legislação infraconstitucional, das políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de liberalização da economia, não acarretou qualquer manifestação de que se estava “amarrando” os futuros governos a uma única política possível, sem qualquer alternativa.[735]

O fato é que, independentemente das críticas, a Constituição é dirigente e se algo deve ser problematizado, não é seu caráter dirigente e sim os instrumentos de efetividade das normas programáticos, isto é, sua efetividade constitucional, nos

---

[731] BERCOVICI, 1999, op.cit.
[732] BERCOVICI, 1999, op.cit. p. 38.
[733] FERREIRA Filho, M. G. Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.
[734] FERREIRA Filho, M. G. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Saraiva, 1990.
[735] BERCOVICI, 1999, op.cit.

termos de Mortati. A questão, de escopo filosófico-jurídico desdobra-se em intermináveis discussões contemporâneas sobre a inércia legislativa e a integração através do ativismo judicial. Sobre essa questão, José Afonso da Silva desenvolveu toda uma complexa e sistemática teoria de *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, que classifica as normas programáticas como de aplicabilidade limitada, mas com carga vinculante e transformadora. Longe de adentrar este escopo, o que buscamos aqui é identificar mais uma vez a aplicação dos enunciados mortatianos, diga-se de passagem, em frente a problemas símiles aos observados por ele em suas últimas intervenções teóricas no contexto italiano: O conteúdo (matéria) selecionado encontra barreira na efetivação, quando os demais órgãos e instituições não operam sobre a finalidade do Estado definida em sede constitucional. É o que defendem Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Gilberto Bercovici e Enzo Bello, em seu ensaio de 2019 "O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?", cujo título coincidentemente nos remete a um dos últimos pronunciamentos de Mortati sobre o tema, e que nos cabe agora relembrar: *"A experiência viria a demonstrar que era tudo uma ilusão".*

O que concluímos dessa desilusão dupla é que o momento constituinte, por encerrar-se em si mesmo, torna-se dependente da continuidade da vontade estatal de efetivação. Quando ela não ocorre através da ação ativa institucional tanto do Poder Legislativo como da atuação Jurisdicional, o conteúdo (matéria) delimitado como valores essenciais - no caso brasileiro, os direitos e garantias fundamentais, princípios sensíveis e até mesmo as cláusulas pétreas - podem ver-se reféns da inefetividade. A matéria sem concretização contínua torna-se inefetividade. Em Mortati, matéria e efetividade não podem ser dissociadas. Ao que verificamos, na realidade brasileira também não. O problema surge, e com ele "o fim das ilusões", nos termos de Lima, Bello e Bercovici, quando os mecanismos institucionais estatais não efetivam o conteúdo constitucional, nem mesmo sua matéria fundamental, tornando-a ineficaz e teórica. Em tal conjuntura, como proceder à efetividade? Quando a estatização não é o suficiente para garantir a constituição em sentido material, é possível buscar a efetividade fora do Estado? Mortati em suas últimas reflexões entendeu que sim, chegando ao ponto de deslocar a noção de "comunidades intermediárias" para os sindicatos - que na Itália, diferentemente do Brasil, não estão sujeitos a um sistema de unicidade de raízes cooperativas e atuam com bem mais autonomia institucional - ao invés dos partidos políticos. Mortati entende que a inoperância estatal abre espaço para a institucionalização social, como vimos

anteriormente, enfatizando, inclusive o papel dos movimentos sociais e a possibilidade de uma sociedade aberta a intérpretes. No caso brasileiro, essas propostas ainda são muito incipientes, mas uma forma de efetividade expandida se torna nuclear para a presente a análise, ou melhor, para responder a seguinte perguntar: Como efetivar a matéria constitucional *apesar* da inefetividade institucional do Estado? No âmbito de respostas dessa questão estão boa parte das novas propostas e teorias que tensionam a política e o direito no constitucionalismo contemporâneo, mostrando assim que, embora aqui analisada sob a ótica a história do direito, a teoria da constituição em sentido material de Costantino Mortati mostra-se atual, original e oferece aparato para a análise de questões que movem ainda a teoria constitucional.

## 5. À GUISA DE CONCLUSÃO: DESDOBRAMENTOS DA TECITURA VIVA DA CONSTITUIÇÃO

Em 1863, em seu famoso discurso, Ferdinand Lassalle enunciou que todos os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de direito e sim, de poder. Com esta declaração, inaugurou o que viria a ser a redescoberta de algo então perdido na cultura jurídica europeia do final do século XIX: a busca pelo fundamento material do direito, para além da norma, do legalismo e da forma. Ao fazê-lo, desencadeando uma onda de intuições que pavimentam a virada antiformalista do início do século XX, Lassalle reconhece, em verdade, uma realidade tão simples, tão evidente, quanto de tempos em tempos ignorada: o direito, encerrado em si mesmo, não existe. Criação humana, quimera artificialmente forjada pela ordem da razão reguladora, o direito traduz-se em conjuntos de códigos pensados e aplicados por seres humanos que em um dado momento e em um dado lugar, exercem poder. Com esse poder, fazem escolhas: priorizam valores, organizam estruturas, definem metas. Utilizam a poderosa ferramenta discursiva, que é o direito, como meio de controle ou de libertação, e o legitimam ao revesti-lo com o manto da técnica, buscando, por vezes, performar a exatidão matemática de cálculos em uma ciência que não é exata, e sim, social e humana.

O direito, portanto, só existe, porque a humanidade o inventa e o aplica. A forma como ele existe, depende de quais grupos o criam, isto é, de quem detém o poder de criação e com qual propósito o faz, sendo assim um fenômeno essencialmente localizado histórica, social, política e culturalmente. Mesmo o direito constitucional, disciplina que tradicionalmente vem adotando mais e mais esquemas objetivamente fechados como método epistemológico, trata, em verdade, das escolhas fundamentalmente políticas que determinam a estrutura fundante de um determinado Estado.

Então sim, os problemas de direito constitucional são, antes de mais nada, problemas de poder. Ao reconhecê-lo, Lassalle abre o caminho para a reconciliação entre a política e o direito, fazendo florescer o fermento intelectual que se transmuta em plurais diagnósticos e propostas que buscam responder uma questão fundamental: qual é o fundamento do direito? Isto é: o que o legitima? Como reconhecer e estruturar o núcleo substancial do jurídico, de tal forma, que corresponda à realidade social e não apenas a regras formais estabelecidas em um momento

estático do passado? São estas as indagações que movem os plúrimos componentes da comunidade de luta contra o positivismo jurídico - que em sua abstração exata e formalista, negava a complexidade dessas perguntas, em busca de segurança jurídica, criando terreno para o nascimento de mitologias jurídicas - como atestaria o saudoso Paolo Grossi.

Os desdobramentos são diversos e, muitas vezes, dissonantes: apesar do denominador em comum que é, a negação do monopólio da experiência jurídica pelo Estado (ao menos, do Estado liberal) e o reconhecimento do fundamento material em algo além da norma em si, em muito variam as respostas dos juristas que compõem este debate intelectual. É nesta toada que Otto von Gierke envereda com a inauguração da corrente do pluralismo jurídico, apoiando-se na figura das associações, e propõe o seu reconhecimento enquanto uma outra estrutura básica de criação de juridicidade e assim, inaugurando a vertente pluralista. Do lado francês, Maurice Hauriou dedica-se à figura da instituição, reconhecendo neste conceito elementos estruturantes da juridicidade, porém, ainda, sem renunciar à centralidade do Estado. Já Léon Duguit, com quem dialoga por meio de aproximações e distanciamentos, fundamenta na inspiração sociológica, a defesa da solidariedade orgânica enquanto elemento de legitimação do direito. Em solo italiano, Santi Romano aprofunda a estruturação das propostas anteriores, afirmando o conceito de instituições enquanto central na definição do ordenamento jurídico, em uma análise que identifica regras e elementos capazes de caracterizar das instituições um gênero, do qual o Estado seria apenas uma das espécies. Esses autores, localizados entre o final do século XIX e os primeiros anos do século XX, elaboram teorias e intuições que mobilizam as mesmas inquietações trazidas por Lassalle e, embora não o coloquem nesses termos exatos, irão pavimentar o debate teórico sobre a noção que encapsula todos esses questionamentos: a constituição em sentido material.

Afinal, o que é a constituição em sentido material? O que se insere neste termo que delimitou e guiou as páginas dessa pesquisa até chegarmos aqui? Que tipo de conteúdo, de ideia, consideramos tão relevante a ponto de alçá-la ao posto de categoria teórica ou, ainda, chave heurística capaz de fundamentar hermeneuticamente a análise sobre o pensamento jurídico em diferentes contextos?

A constituição em sentido material refere-se, antes de mais nada, à tentativa de identificação de um conteúdo fundamental de valores e direcionamentos, não só jurídicos, tampouco apenas políticos e sociais, e sim, que constituam o elo entre todas

estas dimensões: aquela matéria inerente à uma dada sociedade, capaz de representar ao mesmo tempo o resultado da estabilização de suas forças políticas e o núcleo substancial de valores que deve informar e guiar a orientação política do Estado, sua função de operacionalização do fim político. Ao reconhecer a centralidade do elemento “constituição” e colocar diante de si a busca pelo fundamento de sua materialidade, a cultura jurídica do século XX reconfigura a noção nuclear ao debate da teoria do direito, que se desdobra diante dos novos desafios teóricos colocados por aquele século.

O desenvolvimento da teoria constitucional nas primeiras décadas do século XX acompanha não só a chegada das primeiras constituições sociais, mas também os primeiros diagnósticos de sua inefetividade, quando diante de um cenário de incompatibilidade em relação ao contexto sociopolítico subjacente, tornando, assim, a crítica antiliberal um fermento potente para o surgimento de teorias constitucionais. O distanciamento, cada vez mais contrastante, entre forma e realidade, encontra sua expressão perfeita no caso da Constituição de Weimar, e muito embora as condições de ingovernabilidade alemãs sirvam, para considerável porção da cultura jurídica europeia, como o catalisador desse movimento teórico, elas representam apenas a epítome de uma conjuntura muito mais abrangente, resultante da insuficiência do modelo liberal como um todo. O Estado Liberal, edifício jurídico delineado pelo formalismo juspositivista, representava, então a falência do direito em apresentar a real face da sociedade e da política, quando dela materialmente dissociado. É a partir desse reconhecimento - como Santi Romano já dissera, de uma crise do Estado Moderno - que o que eram intuições iniciais tornam-se, na década de 20, propostas teóricas que formam um ambiente intelectual de debate sobre os fundamentos de uma teoria constituição. Embora utilizem diferentes nomes, o que os juristas buscam e propõem, gira em torno de um eixo central: o fundamento do conteúdo material da constituição, isto é, a constituição em sentido material.

A investigação sobre este fundamento primordial contempla uma série de problemas teóricos estruturantes: qual deve ser o fundamento do direito, considerando-se que a norma não é o suficiente? Sendo a vontade popular este fundamento, quem deverá ser o intérprete para reconhecer o conteúdo dessa vontade? Quem é a sociedade a ser considerada neste cômputo, a maioria? Ou os mais capazes? Como resolver o antagonismo entre a fragmentação social e a necessária unidade política? Em que medida e de que maneira realizar a necessária

mediação entre sociedade, política e direito, de tal modo que as abstrações liberalóides sejam efetivamente substituídas por um modelo capaz de substancialmente representar uma nação? Como garantir que essa vontade popular seja verdadeiramente representativa do *espírito* de uma nação, e não o resultado de interesses particulares de uma massa amorfa e apolítica, ou, ainda, de grupos de interesse? Ou, contrariamente, como impedir que sob o argumento da amorfia e apoliticidade da massa, o poder vigente tome para si a tarefa absoluta de determinar sua vontade ou seu *espírito?*

As respostas para estas questões, principalmente no peculiar momento de transição entre guerras, tensionam um degradê de diferentes espectros políticos, mais ou menos justificacionistas ou situacionistas. Mais ou menos democráticos ou autoritários. As formas como estas propostas aparecem e são discursivamente mobilizadas pela ciência jurídica leva a consequências politicamente concretas: entre os juristas analisados nesta tese, houve aqueles que utilizaram suas construções teóricas para buscar modos de garantir a democracia - no sentido de pluralismo político-ideológico - enquanto outros as usaram como base para a construção de edifícios autoritários. Embora o ponto de partida partilhasse uma inquietação fundamental em comum, foram os usos e discursos que mobilizaram a noção de constituição, em seus respectivos contextos discursivos, que atribuíram forma e conteúdo à constituição em sentido material.

Se por um lado, uma resposta democrática é apresentada por Hermann Heller, que concebe o elemento da organização e ação social como fundamentais à estabilidade constitucional, e assim, propõe uma reestruturação social capaz de alcançar uma homogeneidade social baseada na democracia, em cooperação; contemporaneamente, uma alternativa é sugerida por Rudolf Smend, que propõe a ideia de “integração” como elemento fundamental de congruência entre sociedade e Estado. Ambos os autores enfrentam, como consequência do cenário fragmentado alemão, o desafio de proposição de um modelo que seja capaz de garantir a veracidade da intepretação do espírito do povo por meios democráticos, garantindo a unidade política, diante um cenário sociopolítico caótico, marcado pela ingovernabilidade parlamentar.

Nem sempre, porém, esse cenário reconduz a propostas dialéticas. É inserido nestas mesmas indignações e no mesmo contexto nacional, que Carl Schmitt radicaliza a crítica antiliberal, pautando-se na fragilidade do parlamentarismo alemão

atestado pela fragmentação política, para propor um modelo de reestruturação estatal baseado na oposição e hostilização do adversário. A negação à democracia e a afirmação da homogeneização (não social, e sim política) são o fundamento de seu pensamento, oferecendo bases para um governo totalitário, que se incube do papel de intérprete único da vontade popular, em um unilateral processo de concentração absoluta de poder. A pluralidade entre estas propostas demonstra que a crítica ao modelo anterior abre espaço para não só uma forma de proposta de Estado. Ao contrário, cria um terreno fértil para que o direito seja, novamente, utilizado como ferramenta discursiva, a partir da problematização de lacunas reais, para a proposição de modelos que, não necessariamente, sugerem novos sistemas mais benéficos, do ponto de vista humano ou democrático.

É exatamente neste cenário dialógico que se localiza o desenvolvimento da proposta que tomou para si o ambicioso projeto de estruturar uma chave de leitura para o conteúdo fundamental do elo entre o político e o jurídico, através de uma teoria geral. Foi este o objetivo de Costantino Mortati, ao enunciar em 1940, a proposição de uma teoria que ambicionava ser válida para "*identificar o conteúdo fundamental da constituição que seja independente das particularidades das formas históricas específicas de Estado.".* É em Mortati e em sua teoria da constituição em sentido material, que pudemos reconhecer um método de identificação do conteúdo fundamentalmente jurídico de uma dada sociedade, a partir da proposição de elementos estruturantes que buscam resolver as perguntas acima colocadas e, assim, fornecer o instrumental hermenêutico de análise da realidade jurídica.

Ao longo das páginas desta tese, pudemos investigar como e em que medida Costantino Mortati, por meio de sua extensa e multifacetada - não obstante, linear - obra, depurou elementos estruturantes fundamentais, que adotamos como chaves heurísticas de análise e interpretação do pensamento jurídico. Segundo nosso marco teórico, a constituição em sentido material é o momento (que não termina) de fundação do núcleo eminentemente jurídico, cujo conteúdo deriva das forças sociais capazes de estabelecerem-se na sociedade, operarem efeitos e corresponderem à realidade. Este é o conteúdo que deve ser transmitido ao aparato estatal (e além dele) através de estruturas de mediação que ele chama de "comunidades intermediárias". Ao informar a orientação política do Estado, informa também o conteúdo da constituição formal, que será tão boa quanto for reflexo verídico da constituição em sentido material. Para que isso se opere, propõe matéria, função, estrutura e

efetividade. A teoria da constituição em sentido material, segundo propomos ao longo dessas páginas, funciona como um pressuposto teórico e metodológico de análise da capacidade jurídica de refletir o realismo social, oferecendo uma resposta fértil e fecunda para as problemáticas que tensionam direito e política. Além disso, seu núcleo teórico fundamental, que identificamos como uma teoria geral, ressoa em diferentes propostas, locais e tempos, em que a cultura jurídica mobilizou elementos teóricos estruturalmente ressoantes.

A partir da análise da obra de Mortati, pudemos depurar quais são esses elementos estruturantes da constituição em sentido material e, a partir daí, utilizá-los como chaves heurísticas para a investigação no pensamento jurídico brasileiro. Neste intuito, lançamos mão da tradução cultural enquanto ferramenta metodológica, renunciando à uma simplista busca por recepções ou influências e, tampouco, propondo a existência de uma transmissão cronológica ou direta. O objetivo da presente tese não foi identificar diretamente se a teoria de Mortati foi literalmente lida por autores brasileiros, ou ainda, se há uma recepção cronológica de seus pressupostos. A tradução cultural, enquanto metodologia que se baseia na comparação entre estruturas teóricas, nos forneceu o aparato que possibilitou adotarmos os elementos estruturantes da própria teoria de Mortati enquanto chaves metodológicas de investigação: isto é, analisar se existem, e em que medida, usos e discursos que mobilizam esta noção fundamental no pensamento jurídico brasileiro, ainda que não exista uma transmissão direta e literal entre ambos os polos geográficos aqui investigados. Pudemos, dessa maneira, usar os resultados da estruturação teórica da teoria de Mortati, realizada no capítulo 3 e antes disso, intelectualmente ambientada no capítulo 2, para definir categorias teóricas a serem investigadas no pensamento jurídico brasileiro no capítulo 4. Esta segunda etapa do trajeto de pesquisa não ignorou o pressuposto que deve fundamentar toda e qualquer pesquisa na área da história do pensamento jurídico e que pode ser sintetizada nos dizeres de Quentin Skinner, já previamente mencionados: *a única história das ideias a ser pesquisada é a história dos seus usos e discursos.*

Se o direito, encerrando-se em si mesmo, não existe; o mesmo é válido para as ideias. Como todas as mais sofisticadas criações humanas, estas - assim como a linguagem, em si - funcionam como ferramentas discursivas de conquista e manutenção do poder. A partir desse pressuposto, que se aplica, aos dois (ideias e direito) e, portanto, à sua síntese: *as ideias jurídicas* (ou, discursos jurídicos), é que

ao longo dessas páginas investigamos não o conteúdo objetivo da constituição em sentido material - o que não pode existir em si mesmo, de acordo com os pressupostos Foucaultianos que, seguindo a Virada linguística, negam a autonomia ao texto - e sim seus usos e discursos no pensamento jurídico. Isto é, traçamos um percurso que se iniciou com a contextualização intelectual desta teoria, passou pela investigação do seu conteúdo e depuração de seus elementos e desaguou na questão: como estes elementos foram mobilizados pelos juristas que compuseram a ciência jurídica brasileira entre os anos de 1920 e 1988 e em que medida podemos identificar aproximações e distanciamentos entre estes usos discursivos e aqueles do contexto europeu - independentemente de quais vieram primeiro. A abordagem plurimetodológica e o inovativo uso da tradução cultural nos permitiram realizar esta análise a partir de um método comparado baseado na investigação sobre o fundamento discursivo das ideias teóricas à luz dos elementos contextuais de cada um dos cenários sociopolíticos em que os agentes enunciadores se localizavam e atuavam. Assim o fizemos para delinear o debate intelectual europeu como um todo e assim foi feito para desenvolver a análise do contexto local, respeitando-se assim o reconhecimento das complexidades inerentes.

Tal abordagem nos permitiu identificar que, no tocante à pesquisa local, o cenário brasileiro do início dos anos 20 do século XX passava por sua própria crise de governabilidade e unidade, caracterizada pelos problemas locais muito particulares a uma nação pós-colonizada. Abarcava, assim, um elemento *próprio* bastante peculiar ao estado das coisas brasileiro: *uma crise identidade* resultante das complexidades de seu processo de formação nacional. A busca por uma identidade brasileira, a falência do modelo liberal anglo-americano, a ingovernabilidade de uma nação resultante de um sistema político que mais parecia ter se estabelecido de improviso: esses elementos, que estruturavam um cenário caótico, tanto do ponto de vista sociopolítico como cultural e econômico, adornados pela disputa ruralista e um regime endemicamente corrupto, criaram o cenário discursivo propriamente brasileiro em que germinaria sua própria crítica antiliberal, assim como suas alternativas. Diante deste panorama, nos posicionamos a partir das lentes dos elementos estruturantes da constituição material, em busca de verificar sua presença, seus usos e discursos na produção da ciência jurídica. Como resposta a essa investigação, obtivemos uma miríade de respostas. Para sintetizá-las, nestes momentos finais, retomemos os

pressupostos teóricos da constituição em sentido material mais uma vez para um último aprofundamento.

O fio condutor que integra a teoria da constituição em sentido material nos diferentes contextos discursivos do pensamento jurídico de Costantino Mortati é o realismo. O defeito liberal, a seu ver, é essencialmente, um defeito de realismo e concretude. Para saná-lo, o novo modelo proposto deve erigir-se sobre o núcleo fundamental resultante do campo de disputa entre as forças políticas efetivamente atuantes na sociedade, capazes de surtir efeitos estáveis e contínuos. O resultado dessa disputa é a constituição em sentido material, que se afirma como o retrato real da força política e por isso, constitui juridicidade. Mas essa operação deve seguir uma estrutura metodológica própria: no primeiro momento de seu pensamento, Mortati propõe que as forças sociais se articulem em uma dinâmica de sucumbência. A vontade mais forte subjuga a mais fraca e assim se estabelece, informando o conteúdo material, em uma lógica de dominância. Se é verdade que esse esquema teórico colabora com a necessária estruturação verticalizada e autoritária do regime fascista, também é verdade que seu fundamento não deixa de ser, ainda nesta fase inicial, o realismo. Mortati defende que a força que se estabelece o faz porque o substrato social forneceu condições materiais de prevalência. E por ser capaz de se estabelecer, gera efeito. O que é, o é, porque é, e não porque deve ser. Nesse momento, é assim que a mediação é feita, tendo como agente mediador o partido fascista, enquanto comunidade intermediária por excelência, canal único de interpretação, e assim, operador da função constitucional o Estado, uma vez que funciona como detentor da estrutura institucional englobante do conteúdo material da constituição.

Estatalismo, autoritarismo e institucionalização são caracteres que irão dissolver-se em seu pensamento jurídico após a redemocratização, dando espaço para uma nova moldura em que sua teoria irá se enquadrar. A unidade política, que continua a ser um objetivo e elemento estruturante de sua teoria, deverá agora ser conquistada através do espaço dialógico de forças sociais que não se neutralizam ou dominam e sim se sobrepõem parcialmente, concedem, negociam: o pluralismo é a resposta apresentada pela reproposta de Mortati, uma vez que, representa um retrato fiel da diversidade política do substrato social subjacente. Mais uma vez o realismo reestrutura sua proposta, para que represente o mais fiel espelho da sociedade cujo fundamento busca encontrar.

Os partidos políticos - no plural - tornam-se as comunidades intermediárias por excelência. Devem possuir autonomia, mas estar sujeitos a controle interno da constitucionalidade de seus programas, o que demonstra que, neste momento, Mortati mantém ainda encerrado nos confins estruturais do Estado o processo de formação da orientação política. Era, então, o momento da redemocratização. Uma nova república nascia e com ela, o coroamento da democracia. Seriam os partidos políticos os agentes a mediarem a conexão - tornando os indivíduos “pessoa” e qualificando suas vontades políticas como “interesse”, a serem transmitidos institucionalmente para que, no processo dialético, formassem a orientação política, concretizando, assim, o fim político da constituição em sentido material.

É na terceira etapa de seu pensamento que essa estrutura é reconfigurada e, então, o realismo atinge seu apogeu. Diante do panorama de ingovernabilidade que novamente se estabelece na realidade italiana republicana, Mortati presencia a ineficácia dos partidos políticos enquanto comunidades intermediárias, diante de um cenário de sistemática omissão legislativa e descoordenação institucional na nova república italiana. A partir dos anos 60 começa assim seu período de desilusão estatal, o que não só não contradiz, mas em verdade, enriquece suas proposituras teóricas. Ocupado, então, dos arranjos e competências constitucionais propriamente ditos, explanados nas diversas edições de suas *Istituzzioni di Diritto Pubblico,* Mortati demonstra mais uma vez como *os problemas constitucionais são, em verdade, problemas de poder*. Desenvolve uma sofisticada teoria sobre as garantias constitucionais, a função e extensão da soberania popular, as competências da Corte Constitucional e os limites e atuação dos elementos institucionais no modelo constitucional. Paralelamente, escreve ensaios em que reconhece a insuficiência do Estado no reconhecimento, operação e efetivação da vontade política inerente ao substrato social propriamente dito. É então que Mortati renuncia definitivamente ao estatalismo e reconhece que *a experiência se encarregou de demonstrar que tudo foi uma ilusão*, diante da omissão legislativa que retrata a ineficaz atuação dos partidos políticos.

Diante desse abandono de preceitos anteriores, o realismo expande as possibilidades de sua teoria. Buscando o fundamento da soberania popular no reconhecimento de força política em sujeitos que até então estavam exclusos desse processo, sindicatos, movimentos sociais, organizações civis tomam centralidade: figuras que até então fugiam do escopo de sua proposta estrutura institucional,

passam a materializar a melhor expressão da figura de “comunidades intermediárias”. O núcleo material da constitucional, se em algum momento significou tão somente o resultado da matéria sintetizadora da vontade mais forte, expande-se para abranger os valores essenciais à uma dada sociedade e, não só isso, os programas políticos que ela busca instituir - são as bases para uma fundamentação teórica da Constituição Dirigente e as normas programáticas. Ocorre que nesta fase, mais do que em qualquer outra, a efetividade (chamada por Mortati de *attuazione*) ganha o protagonismo de sua teoria, fundada na mais depurada forma de realismo. Reconhecendo que mesmo seus esquemas teóricos anteriores se provaram meramente teóricos, Mortati expande as possibilidades dos elementos estruturantes para que, sempre de forma aberta, considerem a complexidade social. Essa complexidade deve trazer toda a sociedade a participar da interpretação constitucional. Uma complexidade viva, orgânica, que atesta força múltiplas, imprevisíveis e incomportáveis em uma estrutura prévia. Se a constituição material é matéria fundante, Mortati adverte que ela não se encerra neste momento originário. Sendo perene e constante aos desdobramentos contínuos da vida constitucional, deve renovar-se cotidianamente em um plebiscito permanente, pois funda-se, antes de qualquer coisa, na realidade social. A constituição material é, portanto, a materialização do realismo jurídico.

Quando aplicados ao pensamento jurídico brasileiro, seus elementos estruturantes encontram caixas de ressonância potentes. Dados os problemas locais supramencionados, propostas centralizadoras emergem proficuamente a partir da primeira década do século XX brasileiro. Articulando a “unidade política” e o “fim diretivo” como elementos discursivos primordiais, Alberto Torres inaugura um segmento de autores que, partindo do mérito de reconhecer as fragilidades identitárias de um Brasil que não se entende ou reconhece como povo, mobiliza discursivamente esta lacuna como fermento para a proposição de um Estado centralizador, autoproclamado o responsável pela vertical construção cultural do Brasil. Essa proposta, que associa a unidade à centralização, se desenvolve e radicaliza no pensamento de Oliveira Vianna, que a sistematiza em uma estruturação corporativa, capaz de dar forma jurídica e política material à centralização, sob a égide do fim político e da unidade, elementos teoricamente constitutivos da constituição em sentido material. Essas proposições eram discursivamente carregadas pela crise de identidade brasileira, fundamentando-se na ausência de uma unidade não só política,

mas também cultural, para delegar ao Estado a função tutelar e paternalista de criador da identidade nacional, o que fundamenta um estado autoritário.

À medida que as primeiras décadas do século XX se desenvolvem, estas reflexões tomam contornos mais severos e ambiciosos, servindo como fundamento teórico para as propostas varguistas. Diante do reconhecimento de que a fragilidade não se encerrava no campo cultural, e sim irradiava-se para o incompatível sistema jurídico liberal e, em especial, a ineficaz Constituição da Velha República de 1891, munindo-se do aperfeiçoamento dos campos discursivos pretéritos, Francisco Campos exerce o papel de edificador técnico na centralização jurídica. Usando como fundamentos centrais a busca pela unidade política e o fim político, o jurista constrói propostas institucionais de centralização em que pudemos reconhecer a mobilização discursiva da constituição em sentido material enquanto elemento de legitimação da centralidade e do autoritarismo. Não é à toa que no caso de Campos, especificamente, existam suficientes menções diretas a Carl Schmitt e Sergio Panunzio, para identificarmos uma influência direta dos pressupostos teóricos do autoritarismo nazista e fascista, ainda que este não seja o objeto direto da presente pesquisa. É suficiente perceber, porém, que os mesmos pontos de encontro entre Campos e Schmitt e Campos e Panunzio são aqueles em que o próprio Mortati também concordava com estes autores.

A mesma operação pode ser identificada na análise das propostas de Oliveira Vianna sobre o corporativismo autoritário. Leitor de Panunzio, Vianna participa da estruturação do regime autoritário com sua profícua participação na criação da Justiça do Trabalho, e embora parte de suas propostas tenha sido negada, o papel de centralização do Estado que busca reforçar através da estrutura de unicidade sindical e das Juntas Trabalhistas, apresenta pontos de encontro teóricos como o papel que o corporativismo opera na primeira fase da teoria de Mortati como elemento “comunidade intermediária”. Paralelamente, na mobilização por Vianna do elemento cultural enquanto fundamento para a construção de uma identidade nacional única pelo Estado fundado no “espírito da nação” - operação que possui sua mais ambiciosa tentativa no Movimento Integralista - é possível interpretar o uso discursivo dos elementos “pessoa” e “comunidade intermediária”, em uma radicalização da unidade material.

O transcorrer das décadas, com a queda do regime Vargas, apresentou novos cenários de análise ricos para nossa investigação. A Constituição de 1946, ao

inaugurar a Nova República diante de uma nova tentativa liberal, ainda mais artificial e vertical que a anterior, representa a ineficácia material percebida por Mortati, tanto ao diagnosticar o cenário de Weimar, como a Nova República italiana pós-1946. A dissociação entre realidade social e forma jurídica tornam a Constituição de 1946 ineficiente o suficiente para que essa experiência se demonstre laboratório da própria existência e aplicação da teoria da constituição em sentido material, uma vez que esta parte do pressuposto de que a norma jurídica é vazia de operacionalização quando não resulta das vontades sociais e políticas subjacentes.

Esta ótica de análise permite identificar o golpe militar e a instituição dos atos institucionais, não sob o viés da descontinuidade, como muitas vezes é tecnicamente interpretado, e sim por uma lógica de continuidade material. Opondo-se ao cenário em que existia uma Constituição promulgada legítima inoperante (a de 1946), o golpe militar institui uma conjuntura em que há atos juridicamente ilegítimos (pois ferem a formalidade constitucional), mas que materialmente conseguem operar efeitos, por representarem a força de fato daqueles que o impõem. Novamente, a teoria da constituição em sentido material nos permite identificar a fragilidade operacional do direito quando desconexo da sociedade em que busca surtir efeitos. Também nesta experiência, são identificados usos discursivos de elementos da constituição em sentido material. A unidade política e o fim diretivo são mobilizados por Miguel Reale, Francisco Campos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao distorcerem os fundamentos da democracia, a partir da eleição de critérios restritivos para a participação política da sociedade. No caso, a identificação de uma *democracia possível*.

Este percurso histórico permitiu perceber a diversificada miríade de usos e discursos que mobilizaram elementos estruturantes da constituição em sentido material ao longo do pensamento jurídico brasileiro do século XX. Embora aproximações teóricas sejam não só possíveis, como plenamente identificáveis, o registro das complexidades do cenário em que estas propostas emergiram no Brasil possibilita uma análise discursiva geográfica e politicamente localizada. Em comum, porém, percebemos a pluralidade de propostas diferentes entre si, até mesmo do ponto de vista ideológico, nos diversos usos que mobilizaram esta nação. Isso ficou ainda mais evidente quando investigado o período pré-constituinte, que representa o último interregno de análise da presente pesquisa. Se até então os usos e discursos mobilizaram essa noção em um cenário autoritário e, justificando, assim, a

centralidade do aparato institucional estatal, vimos que na redemocratização, é possível identificar no processo de construção teórica dos fundamentos da Constituinte, a mobilização desses elementos teóricos, em estratégias diversas das anteriores.

É o que demonstrou a edificação de uma teoria da Constituição Dirigente, ao encarnar também elementos próprios da construção mortatiana de "normas programáticas", associando a "matéria constitucional" à função diretiva de estabelecimento de um fim em comum baseado em valores fundamentais. Esse elemento "matéria" serve, ainda, como potente chave de análise para os princípios sensíveis e cláusulas pétreas, que correspondem exatamente a um núcleo substancial fundamental ao "espírito" da Nação. A "matéria", então, como elemento constitucional, é mobilizada para resguardar um núcleo fundamental "duro" e, assim, garantir que o elemento fundante informador da constituição permaneça perene e vivo mesmo diante das mudanças institucionais provocadas pelo tempo e pela experiência. Ao olhar esta escolha constitucional com as lentes da constituição em sentido material, conseguimos reconhecer os mesmos fundamentos da reflexão de Mortati sobre a efetividade constitucional, quando reconhecer que a constituição material não pode limitar-se ao momento fundante e sim oferecer mecanismos para que funcione como um plebiscito contínuo, embora orientado pelo valor fundamental que a fundou. Esta difícil tarefa apresenta a problemática que tensiona uma boa parte dos problemas do constitucionalismo contemporâneo, e que embora não estejam abrangidos pelo escopo preciso desta pesquisa, foram, também, objeto de reflexão de Mortati na última fase de seu pensamento jurídico.

Mutações constitucionais, limites do poder de reforma, o monopólio (ou não) da interpretação constitucional pela Corte, alcance da hermenêutica constitucional, os sujeitos do controle de constitucionalidade: todos estes fenômenos, matéria dos mais acirrados debates atuais do Direito Constitucional, possuem fundo teórico no mesmo problema filosófico fundamental que fundou a teoria da constituição em sentido material, que é: como se deve configurar a relação entre direito, sociedade e política? Todas aquelas questões, postas no início deste momento conclusivo, orbitam sobre o mesmo eixo filosófico do qual a técnica é apenas a expressão material prática, mas que na verdade, representam escolhas políticas fundamentais. Os problemas constitucionais são, de fato, problemas de poder. A teoria da constituição em sentido

material é eficaz em tirar esta frase da retórica filosófica e transformá-la em teoria operacional.

As reflexões aqui conduzidas não se encerram no exame localizado da teoria da constituição em sentido material, mas projetam-se para uma arena mais ampla, na qual o direito constitucional é repensado a partir de suas interações com contextos históricos, políticos e sociais plurais. As consequências desse reconhecimento hermenêutico oferecem múltiplas possibilidade de análise sobre propostas que hoje questionam o modelo de monopólio estatal, permitindo identificar debates contemporâneos nos quais se desenham campos profícuos de aplicação dos pressupostos teóricos de Mortati. É o caso da "sociedade aberta de intérpretes"[736] de Peter Härbele, que se aproxima das últimas reflexões mortatianas ao delegar à sociedade como um todo a função de intérprete constitucional, negando o monopólio dessa atribuição à Corte Constitucional - ou mesmo ao Poder Judiciário como um todo. Em âmbito nacional, é exemplar o "direito achado na rua", de Roberto Lyra Filho[737], ao propor o reconhecimento de juridicidades periféricas tão legítimas quanto as institucionais. Ao afirmar a juridicidade oriunda de práticas socialmente reconhecidas como legítimas, essa proposta recoloca no centro do debate a questão do fundamento do direito, e ressoa com a concepção mortatiana de sociedade civil como produtora legítima das forças constituintes materiais.

Também o complexo debate sobre o papel dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro pode se beneficiar do uso heurístico dos elementos estruturantes da constituição em sentido material. Ao afirmar que a "matéria" constitucional não se reduz à forma nem à norma, mas traduz os valores fundamentais que devem orientar o Estado ao seu fim político, Mortati oferece um marco teórico capaz de fundamentar a abertura constitucional à incorporação dos direitos humanos. No plano interpretativo, o art. 5º, §2º, ao afirmar que *"os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.",* serve de base para a tese de que o conteúdo desses direitos não depende de

---

[736] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a interpretação da Constituição como espaço de discussão pública. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
[737] LYRA FILHO, Roberto. Para um Direito sem Dogmas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980; LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982. Ver ainda: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto.O Direito Achado na Rua. Brasília:Revista Jurídica Consulex, nº 215, 2005; Humanismo Menor no Direito Achado na Rua. Brasília:Revista Jurídica Consulex, nº 216, 2006.

formalidades específicas de incorporação, mas sim da sua matéria. Essa corrente, liderada por Augusto Cançado Trindade[738], defende o reconhecimento do caráter constitucional ou supraconstitucional dos direitos humanos com base na existência de um "bloco de constitucionalidade", entendido como conjunto normativo e principiológico que ultrapassa o texto constitucional, atuando como parâmetro de validade das normas infraconstitucionais por expressar o núcleo material do ordenamento[739].

A origem dessa noção remete ao "*bloc de constitutionalité"* francês, derivado da construção de Hauriou sobre o "bloco de legalidade" e consolidado na jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* em 1971[740]. Contudo, enquanto aquele bloco ainda se vinculava ao normativismo estatal, o bloco de constitucionalidade, tal como hoje concebido no constitucionalismo internacional, rompe os limites formais da nação, incorporando normas internacionais que exprimem valores universais. No caso brasileiro, esse bloco incorporaria o conteúdo material dos direitos humanos pautado nos compromissos que o país firmou, em especial a Convenção Americana - que não foi aprovada na sistemática das Emendas Constitucionais, trazida posteriormente pelo art. 5°, §3°, como forma de integração formal dos direitos humanos à moldura constitucional. Em tal conjuntura, seria possível reconhecer a juridicidade imediata dos direitos humanos com eficácia tão ou mais potente do que os dispositivos constitucionais, tendo em vista o papel de direcionamento político e proteção fundamental da pessoa humana que exercem do ponto de vista substancial.

Aplicando a teoria de Mortati como lente hermenêutica, o dispositivo constitucional pode ser interpretado como uma cláusula aberta, que cria a abertura para a interpretação de que o núcleo material constitucional contempla não só dispositivos constitucionais presentes em direitos e garantias fundamentais -a nível nacional - mas incorpora, automaticamente, os direitos humanos, que vindo do plano internacional passam a compor um Direito Constitucional Internacional. Essa posição conflui com tudo o que pudemos até então concluir sobre a leitura mortatiana de "constituição em sentido material". Um núcleo material capaz de expandir-se para

---

[738] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, n. 182, p. 27-54, 1993.
[739] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. ROBLES, Manuel E. Ventura. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos y ACNUR, 2004.
[740] LIMA, Francisco Gerson Marques. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. Revista opinião jurídica. n.3, ano II, 2004.

além dos confins do legalismo formalista, que traduz os valores fundamentais de uma sociedade e é capaz de servir de parâmetro para a orientação através de uma função diretiva, levando, no limite, à unificação política sobre essas bases em comum. O bloco de constitucionalidade, a nosso ver, é conceito não só aplicável, mas necessário para a efetividade da matéria, a partir da Teoria de Costantino Mortati de Constituição em Sentido Material.

Essa lógica nos conduz, ainda, ao reconhecimento do papel transformativo do constitucionalismo, à nível nacional e internacional. É nesse horizonte que emergem, com especial relevância, as noções de constitucionalismo transformativo e de *Ius Constitutionale Commune* na América Latina[741]. O primeiro, que segundo Manuel José Espinoza, refere-se à abordagem de interpretar e aplicar normas constitucionais com objetivo de operar mudanças sociais profundas na realidade[742], concebe a Constituição não apenas como um arranjo institucional, mas como um instrumento de transformação estrutural da sociedade. Essa noção desdobra-se na possibilidade de verificar a materialidade para muito além dos limites do Estado nacional, com uma abordagem que adota um fim político e direcionamento baseados no objetivo de é enfrentar heranças históricas de desigualdade e exclusão, promovendo mudanças sociais profundas por meio da atuação dos poderes públicos e do engajamento da sociedade civil. Nessa perspectiva, os elementos da constituição em sentido material — especialmente a ideia de que a Constituição deve refletir o núcleo ético-político da sociedade e orientar o Estado ao seu fim político — revelam-se particularmente férteis, oferecendo o suporte teórico necessário para pensar a efetividade de normas programáticas e cláusulas fundamentais em contextos marcados por desigualdade estrutural.

Ainda na toada de campos de aplicação possíveis para a constituição em sentido material, podemos mencionar o reconhecimento de um *Ius Costitutionale Communne*[743], enquanto a identificação de valores materiais ligados a direitos

---

[741] PIOVESAN, F. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. Revista Direito E Práxis, 8(2), 1356-1388. https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029. 2017.

[742] CEPEDA ESPINOZA, Manuel José. La Constitución de 1991: viviente y transformadora. Universidad de los Andes, Bogotá, september 2022.

[743] Ver: Klare, K. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. South African Journal on Human Rights, 14(1), 1998, pp. 146-188, p. 146; Bogdandy, Armin and René Urueña. Inducing Compliance as a Transformative Process. The Bright Side of a Dismal Record. In: The Impact of the Inter-American Human Rights System. Oxford Academic, New York, 2024, pp. 17-33, p. 19.; Bogdandy, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma Reflexao sobre um Constitucionalismo Transformador In Ius Constitutionale Commune Na America-Latina. Volumen I. Marco Conceptual,

humanos que se aplicam com caracteres em comum nos países latino-americanos[744]. Tal abordagem, com enfoque na verificação das dinâmicas sociais, culturais, geográfica e historicamente localizadas, traduzem o que Costantino Mortati idealizou como teoria geral e cuja aplicação - podemos afirmar agora, ao fim desse percurso - não só e passível de aplicação em diferentes tempos e contextos, mas é salutar na busca por um direito constitucional alinhado com os valores da sociedade, e impacto real na concretização de seus fundamentos materiais[745]. Não se propondo a ser uma codificação supranacional, o *Ius Costitutionale Commune* surge como uma rica expressão de juridicidade comum em construção contínua, articulando constituições nacionais, jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tratados internacionais de direitos humanos, formando um espaço hermenêutico partilhado que fortalece a proteção da dignidade humana e a legitimidade democrática[746].

Tanto o constitucionalismo transformativo quanto o *Ius Constitutionale Commune* inserem-se, assim, em uma dinâmica mais ampla de circulação de ideias jurídicas, que compreende o direito não como um sistema fechado ou autossuficiente, mas como um discurso em constante reelaboração, atravessado por fluxos culturais, epistemológicos e políticos[747]. É nesse ponto que estas propostas dialogam profundamente com o fio condutor de toda a teoria de Costantino Mortati: o realismo. Essas propostas partem do reconhecimento de que os desafios enfrentados pelas sociedades latino-americanas — autoritarismo, desigualdade, exclusão histórica — não são isolados, mas expressam trajetórias históricas e estruturas de dominação compartilhadas, e que exigem também respostas comuns, pluralmente construídas, para legitimar sua forma de juridicidade supranacional. Assim, trazem a realidade para

---

edited by Bogdandy, Armin von, Mariela Morales-Antoniazzi and Flavia Piovesan, 11-51. Curitiba: Jurua, 2016; Uprimny, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: Rodríguez Garavito, César (coord.). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137, p. 109; Morales Antoniazzi, Mariela. Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, pp. 2392.

[744] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[745] BOGDANDY, Armin von, ANTONIAZZI, Mariela Morales, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. 2017. p. 323-370.

[746] STEINER, Henry J. ALSTON, Philip. GOODMAN, Ryan. International human rights in context: law, politics and morals. 3.ed. Oxford: Oxford University, 2008.

[747] GARGARELLA, Roberto.The “New” Latin American Constitutionalism Old Wine in New Skins In: BOGDANDY, Armin von, et al. Transformative Constitutionalism In Latin America: the emergence of Ius Constitutioncale Comune in Latin America. Oxford: University Presse, 2017.

a base fundamental do processo dinâmico que define, a partir dela, como e em que medida, será formalizada a norma.

Evidentemente, todas essas reflexões surgem não como espelho direto do breviário de aplicação da teoria de Mortati - e nem poderiam ser, sob risco de mostrarem-se anacrônicas - mas sim como possibilidades de campos de análise à luz dos pressupostos de sua teoria, mostrando a complexidade e riqueza de sua construção teórica enquanto chave de leitura para os fenômenos que operam na vida constitucional das sociedades. Afinal, percorrer a história constitucional nos permitiu reconhecer que a teoria da constituição em sentido material ocupa-se dos principais problemas da teoria constitucional e é capaz de oferecer mecanismos metodológicos e uma base teórica sólida que centraliza a sociedade, a política e o realismo nesta leitura. Estes elementos, por tanto tempo considerados periféricos às análises jurídicas, são para a constituição material não só transversais, mas sim a matéria fundante, legitimante e autorizante do direito.

Podemos assim perceber que a proposta de Costantino Mortati, que até o momento da presente tese, é quase que nulamente aprofundada na literatura jurídica brasileira, oferece lentes de análise para a maior parte dos problemas do constitucionalismo contemporâneo, de tal modo que já não era sem tempo que entrasse no debate constitucional brasileiro. Nós buscamos com esta pesquisa, portanto, não só trazer a primeira análise do desenvolvimento da teoria da constituição em sentido material de Costantino Mortati, mas também, oferecer uma intepretação estrutural original com base nos pressupostos metodológicos que melhor consideram, a nosso ver, a complexidade da história do pensamento jurídico: a análise do discurso e a tradução cultural, por tratarmos dos diálogos entre dos cenários regionalmente distintos.

Ademais, esperamos com esta pesquisa, contribuir com a ciência jurídica brasileira, realizando a primeira análise histórica do pensamento jurídico brasileiro à luz dos pressupostos teóricos da constituição material - esta matéria vivente, necessária e inevitável à teoria constitucional. E por que não, ao fim de tudo, acenar à interdisciplinariedade inerente ao fenômeno jurídico, que permite contatos entre o passado e presente, e propor que esta teoria seja utilizada como fundamento de legitimação de formas jurídicas novas, capazes de centralizar a justiça social e a dignidade da pessoa humana em detrimento da forma? Afinal, o que é a presente

tese, senão mais um uso e discurso que busca mobilizar para um determinado fim a noção de constituição em sentido material?

# 6. REFERÊNCIAS

## 6.1. FONTES PRIMÁRIAS

AMARAL, Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

CAMPOS, Francisco. Educação e cultura, Rio de Janeiro, Jose Olympio, 1940.

CAMPOS, Francisco. O Estado nacional. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1940.

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAMPOS, Francisco. Política e as características espirituais do nosso tempo. Rio de Janeiro, Nacional, 1959.

CAMPOS, Francisco. Problemas do Brasil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1938.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, n. 182, p. 27-54, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. ROBLES, Manuel E. Ventura. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos y ACNUR, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 154-158 e Direito Constitucional, 6ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direto Constitucional. 7.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito. Revisão e Tradução: Márcio Pugliesi, São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUGUIT, León. Fundamentos do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

DUGUIT, Léon. L'État, le droit objectif et la loi positive. Paris: Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1901.

DUGUIT, León. L'État, les gouvernements et les agents. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1903

DUGUIT, Léon. Le trasformazioni dello Stato. Torino: Giappichelli, 2003.

DUGUIT, Léon. Les transformations du droit public. Paris: Colin, 1913.

DUGUIT, Léon. Sovranità e libertà. Torino: Giappichelli, 2007.

FAVOREU, Louis. The Block of Constitutionality in The Constitution and its Judge. Paris, Economica, 2014, p. 565, in part p. 566.

FAVOREU, Louis. La Constitution et son juge. Paris: Economica, 2014.

FERREIRA Filho, M. G. Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA Filho, M. G. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1974

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no contemporâneo e em especial no Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979.

FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. Ijuí: Fidene, 1973.

FOUCAULT, Michel. “Verdade e Poder”. In: Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. Arqueologia do saber. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Arqueologia do saber. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FOUCAULT, Michel. La polvere e la nuvola, in Aut Aut, n.s., 181, 1981.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 2007.

HAURIOU, Maurice. A Teoria da Instituição e da Fundação: Ensaio de Vitalismo Social. Tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009.

HAURIOU, Maurice. Principes de droit public [Eng. Principles of Public Law], 1st edition [reprint], Paris 2010.

HAURIOU, Maurice. A Teoria da Instituição e da Fundação: Ensaio de Vitalismo Social. Tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009.

HAURIOU, Maurice. Sociological Writings, Pref. by Frédéric Audren and Marc Milet. Paris, Dalloz, 2008.

HAURIOU, Maurice. Summary of administrative law and public law , Paris, Dalloz, 2002 [1933].

HAURIOU, Maurice. Teoria dell'istituzione e della fondazione, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931.

HELLER, Hermann. Escritos Políticos. Tradução de Salvador Gómez de Arteche. Prólogo e Seleção de Antonio López Pina. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

HELLER, Hermann. Political Democracy and Social Homogeneity. in: JACOBSON, A. e SCHLINL, B. (ed). Weimar: A jurisprudence of Crisis (Berkeley, University of California Pressi, 2000). 265p.

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LASSALLE, Ferdinad. A Essência da Constituição. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MORTATI, Costantino. "Sindacati e partiti politici" de 1951 (Raccolta di scritti, vol, 33, 85).

MORTATI, Costantino. Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 2, 1 (1973), págs. 511-532.

MORTATI, Costantino. Commento all'art. 1, in Comm. Cost. Branca, I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1975.

MORTATI, Costantino. CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto". Vol 2. 2015. P.73.

MORTATI, Costantino. Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali in Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. IV, Aspetti del sistema costituzionale, Firenze: Vallecchi. P. 467

MORTATI, Costantino. *Costituzione (Dottrine Generali)*. In: *Enciclopedia del diritto*, v. X. Milano: Giuffrè, 1962.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 9. ed. Padova: Cedam, 1976.

MORTATI, Costantino. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. Milano: Giuffrè, 1931.

MORTATI, Costantino. La comunità statale (1957), in Id., Problemi di politica costituzionale, Milano, Giuffrè, 1972, p. 99.

MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1940.

MORTATI, Costantino. Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali, Milano, 1964, p. XI.

MORTATI, Costantino. Sulla posizione del partito dello Stato. Estratto da Stato e Diritto, anno II, n. 4-5, 1941.

MORTATI, Costantino. Sulle attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo. Estratto dall"Archivio Giuridico Filippo Serafini, 1941b.

MORTATI, La costituente, 1945, Raccolta di Scritti, I, p.323.

PANUNZIO, Sergio. Teoria generale dello Stato Fascista. CEDAM: 1937.

REALE, Miguel. Formação da Política Burguesa. In: REALE, Miguel. Obras políticas (1ª fase -1931/1937). Brasília: UnB, 1983, Tomo I, pp.23-125.

REALE, Miguel. Fundamentos do Direito, Ribeirão Preto, Editora Migalhas, 4ª edição. 2014.

REALE, Miguel. Obras Políticas. 1931/1937. Brasília. Ed. UnB, 1983.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. 3 ed., São Paulo: Martins, 1972. p. 251-253.

ROMANO, S., & Campos, F. P. L. de. (2021). O Estado moderno e a sua crise. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 122, 13-44. https://doi.org/10.9732/2021.v122.886

ROMANO, Santi. Lo Stato Moderno e La sua crisi. Discordo per l'inauturazione dell'anno accademico nella r. Università di Pisa. Pisa: Tipografia Vannuchi. 1909. Disponível em: <<https://www.omeka.unito.it/omeka/files/original/f92532a251a98fe32f82c7c70de678a4.pdf>> Acesso em maio de 2019.

ROMANO, Santi., & Campos, F. P. L. de. (2021). O Estado moderno e a sua crise. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 122, 13-44. https://doi.org/10.9732/2021.v122.886

SCHMITT, C. 2011. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 494 p.

SCHMITT, Carl. "O Führer protege o direito" (1934). In: MACEDO JR. Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SCHMITT, Carl. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. Tradução de Gabriel Cohn. Lua nova, n. 42, p. 99-117, 1997.

SCHMITT, Carl. La categoria del “Fuerher” come concetto fondamentale del diritto sovialnazionalista, Lo Stato, 1933, p.835.

SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. O conceito do político. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.

SCHMITT, Carl. O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum. Trad. Alexandre Franco de Sá et al. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. Puc-Rio, 2014.

SCHMITT, Carl. Teología política. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, XXXX.

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Tradução e apresentação de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, Carl. The Three Types of Juristic Thought. Londres: George Schwab, Series Editor, 2004.

SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 287 p. 1985.

SMEND, Rudolf. Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán. México, Instituto de Investigações Jurídicas - UNAM, 66 p. 2005.

SMEND, Rudolf. "Constitution and Constitutional Law". Weimar: A Jurisprudence of Crisis, edited by Arthur Jacobson and Bernhard Schlink, Berkeley: University of California Press, 2001, pp. 213-248. https://doi.org/10.1525/9780520929685-023

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1928.

TORRES, Alberto. A formação brasileira e o desenvolvimento da economia nacional. Cultura Política, Rio de Janeiro, n. 7, 1941.

TORRES, Alberto. A organização nacional. 3.ed. Cia. Editora Nacional, 1978. p.16.

TORRES, Alberto. O problema nacional brasileiro. 4.ed. Cia. Editora Nacional/UnB, 1982.

TORRES, Alberto. O problema nacional brasileiro. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1978, (1. ed. 1914).

TORRES, Alberto. Organização nacional. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1978a [1. ed. 1914].

VIANNA, F. J. O. (1938a). Evolução do Povo Brasileiro (4a ed.). Companhia Editora Nacional.

VIANNA, F. J. O. (1938b). Problemas de direito corporativo. José Olympio, 1938.

VIANNA, F. J. O. (1939). O Idealismo da Constituição (2a ed.). Companhia Editora Nacional.

VIANNA, Oliveira. Evolução do povo brasileiro. São Paulo. Nacional, 1938.

VIANNA, Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp; Rio de Janeiro: Eduff, 1987.

VIANNA, Oliveira. Pequenos estudos de psychologia social. São Paulo, Nacional, 1942, p.148

VIANNA, Oliveira.. O idealismo da Constituição. 2. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1939.

VIANNA apud AZEVEDO, Elaborando a Constituição Nacional, 1993.

VIANNA, apud Vianna, apud REIS, Fidelis & FARIA, João de. O problema imigratório e seus aspectos étnicos: na câmara e fora da Cãmara. RJ: Ryp. Revista dos Tribunais, 1924.

VIANNA, Francisco J. de Oliveira. Instituições políticas brasileiras. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo; Edusp; Niterói: Ed. da UFF, 1987. 2 v..

VIANNA, Francisco J. de Oliveira. Problemas de política objetiva. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1930

VIANNA, Francisco José de Oliveira. Problemas de direito sindical. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1943, páginas XI-XII.VIANNA, Luís Werneck. Liberalismo e sindicato no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

VIANNA, O. Raça e Assimilação. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

VIANNA, Oliveira. Populações Meridionais do Brasil. Edições do Senado Federal,. Brasília, 2005.

VON GIERKE, O., Traducteur Von Busekist, O. (2014). Sur le principe de majorité (1913) Raisons politiques, 53(1), 171-185. https://doi.org/10.3917/rai.053.0171.

VON GIERKE, Otto. The development of political theory. Oxfordshire: Routledge, 2018.

VON GIEKE, O. The Social Role of Private Law. German Law Journal. Translation by McGaughey, Ewan. 19(4):1017-1116. doi:10.1017/S207183220002294X

## 6.2. FONTES SECUNDÁRIAS

ALBERNAZ, R. O.; WOLKMER, A. C. As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico. In: WOLKMER, A. C. W.; VÉRAS NETO, F. Q. V.; LIXA, I. M. (orgs.). Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ALFREDO; MACHADO, G. C. Tradução cultural : um conceito heurístico alternativo em pesquisas de história do direito. História e cultura. Franca: PPGH/Unesp, 2015. Vol. 4, (dez. 2015), p. 118-139.

ALONSO, Ângela.Idéias em movimento - A Geração de 1870 na crise do Brasil-Império. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002.

AMATO, Giuliano. COSTANTINO MORTATI E LA COSTITUZIONE ITALIANA. DALLA COSTITUENTE ALL'ASPETTATIVA MAI APPAGATA DELL'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE. In: LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989. P.232.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. La discusión sobre el método en derecho público durantela República de Weimar (Ciencias del Espíritu y Método Jurídico), Revista Española de DerechoConstitucional, Madrid, n. 46, p. 24-25, jan.-abr. 1996.

ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de. In Medio Virtus: uma análise da obra integralista de Miguel Reale. Rio de Janeiro: CPDOC, 1988.

ARRUDA, H. M. OLIVEIRA Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil 1932-1940. Universidade Federal do Espírito Santo, 2006. http://repositorio.ufes.br/handle/10/3404.

ATLAS HISTÓRICO DO BRAISL. FGV. Verbete "Campos, Francisco". Disponível em: <https://atlas.fgv.br/verbete/1005>.
Auden, F., Millet, M. Préface. Maurice Hauriou sociologue. In M. Hauriou, Écrits sociologiques. Paris: Dalloz. 2008.

AZEVEDO, J. A. M. (org.). 1993 [1933]. *Elaborando a Constituição nacional* 2ª ed. Brasília : Senado Federal.
Baracho, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978 | Revista brasileira de estudos políticos, n. 47, p. 7-47, jul. 1978 | Revista jurídica, Porto Alegre, n. 93/94, p. 60-87, 1980

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Tese de doutorado, Direito, UnB, 2009.

BARBOSA, Marco Antonio e SOUZA, Sandra Regina Valério. ANÁLISE DO DISCURSO, METODOLOGIA PARA O ESTUDO DO DIREITO NA SOCIEDADE DA

INFORMAÇÃO: OBSERVAÇÕES SOBRE O DISCURSO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL. Disponível em:: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/An%C3%A1lise-do-discurso-metodologia-para-o-estudo.pdf

BARTOLY, Beatriz. Nas Tramas do Discurso Jurídico: Uma Abordagem crítica (tese de doutorado). Brasília: Universidade de Brasília-UNB, 2010.

BAGGIO, Sheila Brandão. A trajetória do liberalismoao autoritarismo no Brasil: os anos 30 na visão deseus contemporâneos. Revista Brasileira deEstudos Políticos, n. 73. Belo Horizonte: UFMG, 1991

BASSNETT, Susan. The Translation Turn in Cultural Studies. In: BASSNETT, Susan;

BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, BERCOVIC, Gilberto. (2019). O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. Revista Direito E Práxis, 10(3), 1769-1811. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470

BENDA-BECKMANN, F.; BENDA-BECKMANN, K.; GRIFFITH, A. Space and Legal Pluralism: An Introduction. In: BENDA-BECKMANN, F.; BENDA-BECKMANN, K.;

BENJAMIN, Cássio Corrêa. AGONISMO E A FIGURA DO INIMIGO. EM TORNO DE "O CONCEITO DO POLÍTICO" DE CARL SCHMITT. PHILÓSOPHOS, GOIÂNIA, V. 26, N. 1, P.89-117, JAN./JUN. 2021.

BENJAMIN, Walter. Teorias do fascismo alemão: Sobre a coletânea Guerras e guerreiros, editada por Ernst Jünger. In: BENJAMIN, Walter. Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002. p. 63-76.

BENTHAM, J., (1802). Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation. In: Traités de législation civile et pénale. Paris. Vol. III

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. ja/ju 2003.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BERMAN, Paul Schiff. The New Legal Pluralism. Annual Review of Law and Social Science, 5, pp. 225-242, 2009.
BERSTEIN, Serge. A cultura política. In: RIOUX, Jean-Pierre; SIRINELLI, Jean-François (Orgs.). Para uma história cultural. Lisboa: Estampa, 1998.

BERŪKŠTIENĖ, D. LEGAL DISCOURSE RECONSIDERED: GENRES OF LEGAL TEXTS. Comparative Legilinguistics, v. 28, p. 89-119, 1 nov. 2016.

BESSA, Cesar. A teoria da instituição do Estado e sua autonomia relativa: de Marx e Gramsci a Maurice Hariou. Con#uência: revista interdisciplinar de sociologia e direito. Vol.15, nº1, pp. 67-81, 2013.

BESTER, Gisele Maria. A concepção de constituição de Hermann Heller - integração normativa e sociológica e sua possível contribuição à teoria da interpretação constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 36, n. 36, 1999, p. 231-250.

BIANCHI, Alvaro. A Difícil Institucionalização da Ciência Política Italiana: De Muratori a Mussolini. Rio de Janeiro , v. 60, n. 3, p. 793-823, set. 2017.

BIANCHI, Daniel. Dos limites do Estado, da democracia e do direito em Oliveira Vianna e Raymundo Faoro. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação do Departamento de Ciência Política. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2010.

Bielschowsky, Raoni Macedo. Cultura constitucional. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2016.

BISOGNI, Giovanni. “La Costituzione Materiale a Weimar. Hermann Heller, Rudolf Smend, Carl Schmitt.” Filosofia Politica, 2023. doi:10.1416/106669.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Linguagem jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. Os Intelectuais e o Poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma Reflexao sobre um Constitucionalismo Transformador In Ius Constitutionale Commune Na America-Latina. Volumen I. Marco Conceptual, edited by Bogdandy, Armin von, Mariela Morales-Antoniazzi and Flavia Piovesan, 11-51. Curitiba: Jurua, 2016

BOGDANDY; Armin; URUEÑA, René. Inducing Compliance as a Transformative Process. The Bright Side of a Dismal Record. In: The Impact of the Inter-American Human Rights System. Oxford Academic, New York, 2024, pp. 17-33.
BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. Quaderni Costituzionali, [s.l.], n. 4, p. 803-894, 2011. Società Editrice Il Mulino. http://dx.doi.org/10.1439/36122

BOGDANDY, Armin von, ANTONIAZZI, Mariela Morales, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. 2017. p. 323-370.

BONAVIDES, P./ ANDRADE, P. História Constitucional do Brasil - 2ª Edição 1990. Frete grátis. História Constitucional do Brasil - 2ª Edição 1990.

BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONFIGLIO, Salvatore. IL CONTRIBUTO DI MORTATI NELLA FASE COSTITUENTE ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA TEORICA E STORICA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE. In: Nomos. Le attualità nel diritto. 3-2017. P.2.

BORTOLOZZI JUNIOR, F. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 12, 28 abr. 2017.

BOSON, Victor Hugo Criscuolo Boson. Formulações autoritárias e realismos em Oliveira Vianna: Variações na política e no direito corporativo. In: História do Direito: RHD. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 184-209, jul-dez de 2021.

BOURDEAU, Georges. Traité de Science Politique. Paris. LGDJ. 1984, tomo IV, pp. 44/45. In. A defesa da livre concorrência na Constituição.

BRANDÃO, Gildo M. Linhagens do Pensamento Político Brasileiro. São Paulo: Hucitec, 2007.

BRANDÃO, Gildo Marçal. Oliveira Viana: populações meridionais. In: MOTA, Lourenço Dantas. Um banquete nos trópicos: Introdução ao Brasil. 2002.

BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2007.

BRASIL, Paula Zambelli Salgado. Eugenia e nacionalismo brasileiro: a contextualização histórica das políticas migratórias antes e após o Estado Novo. Revista Política Hoje - ISSN: 0104-7094, [S.l.], v. 27, p. 195- 213, maio 2018.

BRESCIANI, Maria Stella. A concepção de Estado em Oliveira Viana. 1973.

BRIGAGLIA, Marco. La Teoria del Diritto di Costantino Mortati. Milano. Giuffrè, 2006.

BRUNELLI, GIUDITTA. Ancora Attuale. le ragioni giuridiche dela perdurante vitalità dela costituzione), In: Dalla Costituzione inattuata ala costituzione inattuale.

BRUNELLI, Giudita; Cazzetta, Giovnni (a cura di). Potere Costituenti, Riforme costituzionali nell'italia Reubblicana. Centro di studi per la storiadel pensiero giuridico moderno, vol. 13. Giuffrè editore. 2013.

BRUNO, Fernanda. I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati. In: Scelte della Costituzione e cultura giuridica, II, a cura di Ugo De Siervo, il Mulino, Bologna 1980.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. . São Paulo: Saraiva Jur.

BULOS, Uadi Lammêgo . Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1685 p.

BURKE, Peter. Cultures of Translation in Early Modern Europe. In: BURKE, Peter, HSIA, Ronnie Po-Chia (Eds.). Cultural Translation in Early Modern Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 7-38.

BURKE, Peter. History as social memory. In: BUTLER, Thomas (ed.). Memory: history, culture and the mind. Oxford: Blackwell, 1989. p. 97-113.

BURKE, Peter. Lost (and Found) in Translation: A Cultural History of Translators and Translating in Early Modern Europe.In: European Review. - Cambridge University Press. - Vol. 15.2007, 01, p. 83-94.

BURKE, Peter. Translating Turks. In: BURKE, Martin J., RICHTER, Melvin (Eds.). Why Concepts Matter. Translating Social and Political Thought. Leiden and Boston: Brill, 2012, pp. 141-152.

BUZANELLO, José Carlos. Constituição política em Hermann Heller. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 129, p. 259-265, jan./março 1996.

Calmon, P. (2022). Sentido e interpretação da Constituição de 1946. Revista Do Serviço Público, 1(3 e 4), 92 - 93. Recuperado de https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/7574

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CANDIDO, Antonio.Prefácio. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 4a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1963, p. IX.

CANO, W. Da década de 1920 à de 1930: transição rumo à crise e à industrialização no Brasil. Revista EconomiA, Brasília, v. 13, set-dez 2012, p. 897-916.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., Coimbra, Almedina. 2023.

CANTELI, Thayrine Paôla. Função de governo e "Constituição material": construções mortatianas nas obras de Alberto Torres e Francisco Campos (1889-1945). 2017. 202p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis - SC.

CARDOSO, Adalberto. “Estado Novo E Corporativismo”. Locus: Revista De História 13 (2). 2011. Disponível em: ttps://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20167.

CARDUCCI, M. Programmaticità della politica e governi di coalizione in Costantino Mortati, in M.GALIZIA (a cura di), Forme di stato e forme di governo, nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati, Milano, 2007.

CARONE, Edgard. A República Velha: instituições e classes sociais. São Paulo: DIFEL, 1970.

CARONE, Edgard. A Segunda República. 3ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1978.

Carvalho, C. P.. (2022). A contribuição teórica de Carl Schmitt para o direito nazista. Revista Direito E Práxis, 13(2), 698-722. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/51724

CARVALHO, José Murilo.. Cidadania no Brasil. O longo caminho. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004, p. 127.

CASABONA, Marcial Barreto Casabona. O princípio Constitucional da Solidariedade no Direito de Família. Tese de Doutorado. PUC-São Paulo. São Paulo: 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp031499.pdf

CELSO. Sobre o poder em Foucault e o controle em Skinner. Arquivos Brasileiros de Psicologia, v. 35, n. 2, p. 136-145, 2020.

CEPEDA ESPINOZA, Manuel José. La Constitución de 1991: viviente y transformadora. Universidad de los Andes, Bogotá, september 2022.

CERQUEIRA, Eli Diniz; LIMA, Maria Regina Soares de. O modelo político de Oliveira Vianna. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG, n. 30, 1971.

CERVATI, Angelo Antônio. Le Garanzie Costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati. In: Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. 1990.

CHÁSIN, José. O integralismo de Plínio Salgado. forma de regressividade no capitalismo hiper-tardio. São Paulo: Ciências Humanas, 1978.

CHELI, Enzo. Prefazione. In: MORTATI, Costantino. L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano. Milano: Giuffrè, 2000.

CITINO, Y. CONSIDERAZIONI SULL’INDIRIZZO POLITICO IN OCCASIONE DELLA RIPUBBLICAZIONE DEL SAGGIO DI VEZIO CRISAFULLI. Rivista Nomos: Le attualità nel diritto. N.2. 2016.

COELHO, Luís Fernando. Introdução á Crítica do Direito. Curitiba: Livraria Del Rey Editora e Livraria Jurídica. 1983.

COITINHO, Angélica do Carmo. Sob a toga e a farda: o ministro general de Exército Rodrigo Octávio Jordão Ramos no Superior Tribunal Militar (1973-1979). Dissertação de mestrado, História, Unirio, 2012.

COLARES, Virgínia. Linguagem & Direito. Recife: UFPE, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTE, Emanuele. Legal Pluralism from History to Theory and Back: Otto von Gierke, Santi Romano, and Francesco Calasso on Medieval Institutions. Law and History Review (2023), 1-12, 2023.

CORASANITI, Aldo. “Il contributo di Costantino Mortati alla Scienza del Diritto costituzionale e alla costituzione. In: LANCHESTER, Fulco. (a cura di). Costantino Mortati: Costituzionalista Calabrese. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane. 1989.

CORRÊA, Oscar Dias. A ordem jurídica e a revolução de 1964. In RAPOSO, Eduardo (Coord.). 1964, 30 anos depois. Rio de Janeiro: Agir, 1994.

COSTA, Hilton. HORIZONTES RACIAIS: A idéia de raça no pensamento social brasileiro - 1880-1920. Dissertação de mestrado. Pós-Graduação em História Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004.

COSTA, P. Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodologica. Historia Constitucional, n. 6, p. 78-89, 1 jan. 2005.

COSTA, Pietro. Il problema del potere costituente in Itália fra Risorgimento e Repubblica, in: Um secolo per la ostituzione (1848-1948), Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano, a cura di F. Bambi, Firenze. Accademia della Crusca.

COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios da história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. Vertentes democráticas em Gilberto Freyre e Sérgio Buarque. Lua Nova, São Paulo, n. 26, CEDEC, 1992.

COSTA; Pietro. Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTITUZIONE della Repubblica Italiana. Promulgada pela Assembleia Constituinte em 27 de dezembro de 1947; publicada no Gazzetta Ufficiale n. 298 (edição extraordinária) em 27 de dezembro de 1947; em vigor desde 1º de janeiro de 1948.

CRISAFULLI, V., “La sovranità nella Costituzione Italiana”, Scritti per V.E. Orlando, Padova, CEDAM, 1957; Crisafulli, V., Lezioni di diritto costituzionale, CEDAM, Padova, 1984

CRISAFULLI, Vezio. Ombre e luci della Costituzione (1978) ivi pp. 279 ss

CRISAFULLI, Vezio. Partiti, Parlamento, Governo (1966) in Id. Stato, popolo, governo, cit. pp. 209.

CROCE, Mariano. “Does legal institutionalism rule out legal pluralism? Schmitt’s institutional theory and the problem of the concrete order”. Utrecht Law Review. Volume 7, Issue 2 (April) 2011, pp. 42-59.

CROCE, Mariano; GOLDONI, Marco. (org.). The legacy of pluralism: the continental jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Costantino Mortati".

CRUZ, Natalia dos Reis. O integralismo e a questão racial. A intolerância como princípio. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004.

CRUZ, Paulo Marcio; DE FARIA, Daniela Lopes; ITO, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos / The necessary evolution of the social state teorized by Hermann Heller to the Socio-Envir. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119/934. Acesso em: 24 mar. 2025. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p74-87.

CURI, Isadora Volpato. Juristas e o regime militar (1964-1985): a atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB. Dissertação de mestrado, História Social, USP, 2008.

CURRAN, Vivian Grosswald. “Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law”. Cornell

D’AMBROSIO, Vito. L’art.1 della Costituzione è ancora l’architrave della Repubblica? In: Astrid Rassegna. 27/07/2010 - n. 119 (numero 14/2010) Disponível em: https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/D-Am/D-Ambrosio_La-Costituzione.pdf

DAHL, R. A. Poliarquia: Participação e Oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

DAL RI JR, Arno; CANTELI Thayrine Paola. “A “FUNÇÃO DE GOVERNO” ENTRE COSTANTINO MORTATI E FRANCISCO CAMPOS: O CONSTITUCIONALISMO FASCISTA ITALIANO E OS FUNDAMENTOS DO ‘ESTADO NOVO’ BRASILEIRO (1937-1945)”. Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará, vol. 15, nº 2, dezembro de 2023, doi:10.54275/raesmpce.v15i2.342.

DAL RI Jr., Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DAL RI JUNIOR, Arno. O CONCEITO DE SEGURANÇA NACIONAL NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: USOS E REPRESENTAÇÕES DO ESTADO NOVO À DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1935-1985). Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, julho/dezembro de 2013.

DAL RI JUNIOR, Arno; MOREIRA GOUVEIA, Kristal. A Função da "Personalidade do Estado" na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 40, n. 81, p. 226-250, 2019.

DAWSON, W.H. German Socialism and Ferdinand Lassalle. London: Swan Sonnenschein, 1891; p. 114, disponível online em: < http://www.archive.org/stream/germansocialism01dawsgoog#page/n142/mode/2up>.

DAWSON, William Harbutt. German socialism and Ferdinand Lassalle. London: Swan Sonnenschein, 1891.

DE CASTRO, Matheus; MEZZAROBA, Orides. HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 17, n. 01, p. 347 - 369, nov. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2694>. Acesso em: 20 july 2025. doi: https://doi.org/10.26729/et.v17i01.2694.

DE CICCO, Claudio . CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUCIONALISMO DE MAURICE HAURIOU: BASES FILOSOFICAS E VERIFICAÇÃO HISTÓRICA/CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUCIONALISMO DE MAURICE HAURIOU: BASES FILOSÓFICAS E VERIFICAÇÃO HISTÓRICA. REVISTA QUAESTIO IURIS , v. 13, p. 1, 2020.

DE SIERVO, Ugo. Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati. In: Il pensiero giuridico di Costantino Mortati / a cura di M. Galizia e P. Grossi. . - Milano : Giuffrè, 1990. - p. 301-357. P.311.

DE WILDE, Marc. The dark side of institutionalism: Carl Schmitt reading Santi Romano. ETHICS & GLOBAL POLITICS, 2018, VOL. 11, 12-24 https://doi.org/10.1080/16544951.2018.1498700

DEBRUN, M. (1990). A identidade nacional brasileira . Estudos Avançados, 4(8), 39-49. https://revistas.usp.br/eav/article/view/8542

DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. Estado, democracia e direitos na crise do Constitucionalismo liberal: uma comparação entre o pensamento jurídico francês e brasileiro. Tese. USP, 2012.

DELLAGNEZZE, René. O pluralismo jurídico. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 138, 2015. Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16159
Dissertação (Mestrado em História). Faculdade de Filosofia e Ciência Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

DRAGHICI, Simona. “Preface”. In: SCHMITT, Carl. State, Movement, People: the triadic structure of the political unity (1933); The question of legality (1950). Edited, translated and with a preface by Simona Draghici. Corvallis: Plutarch Press, 2001.

DRI, Clarissa Franzoi. Antiformalismo jurídico e direito internacional: teoria e prática à luz do pensamento de Georges Scelle. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, v.3, 2010.

DUVE, Thomas (org.). Entanglements in legal history: conceptual approaches. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014a.

DUVE, Thomas. European Legal History - Concepts, Methods, Challenges. In: DUVE, Thomas (Ed.). Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 29-66.

DUVE, Thomas. HISTÓRIA DO DIREITO EUROPEU - PERSPECTIVAS GLOBAIS. In: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 383-412

DUVE, Thomas. Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity. Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series No. 2022-16. 2022.

DYMETMAN, A. Uma Arquitetura da Indiferença: a República de Weimar. São Paulo: Perspectiva, 2002.

DYZENHAUS, David. Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law. In: DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Nova York: Oxford University Press, 1997. p. 38 -101.

ECO, Umberto. Quase a mesma coisa. Experiências de tradução. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2007.

FAIRCLOUGH, N. (1992). Intertextuality in critical discourse analysis. Linguistics and Education, 4(3-4) , 269-293. doi:10.1016/0898-5898(92)90004-G

FAIRCLOUGH, Norman. Discurso e mudança social. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

FAORO, Raymundo. OS DONOS DO PODER: Formação do Patronato Político Brasileiro. São Paulo: Editora Globo S.A., 2012.

FARIA, Luiz de Castro, 1913-Oliveira Vianna : de Saquarema à Alameda São Boaventura, 41 - Niterói : o autor, os livros, a obra / Luiz de Castro Faria - Rio de Janeiro : Relume Dumará : Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002 . - (Coleção Antropologia da política ; 16)

FARIA, Pâmela; CARVALHO, Carlos Henriqu.. "Educação e modernização em Minas Gerais: propostas reformistas na ação conservadora (1926-1930)." História da Educação 18, no. 42 (April 2014): 131-50

FARIAS, José Fernando de Castro. A Teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999

FARIAS, José Fernando. A Origem do Direito de Solidariedade. São Paulo: Renovar. 2000.

FELIX, Loiva Otero. Alberto Torres: o político militante. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UFRGS, Porto Alegre, ano IV. 1976.

FELLET, André Luiz Fernandes. "RUDOLF SMEND E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO “ORDEM OBJETIVA DE VALORES". Ano 1 (2012), RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

FERNANDES, Florestan. Florestan Fernandes na Constituinte: Leituras para a Reforma Política. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014. https://fpabramo.org.br/editora/wp-content/uploads/sites/17/2017/04/cadernosperseu_florestanfernandesconstituinte_completo_0.pdf

FERNANDES, Maria Fernanda L. Crise e reorganização nacional: o pensamento de Alberto Torres. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. Alberto Torres e o conservadorismo fluminense. Cadernos de Ciências Humanas - Especiaria. v. 10, n.17, jan./jun., 2007, p. 277-301.

FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, v. 54, n. 1, 2006.

FERREIRA, G. N.. (1996). A formação nacional em Buarque, Freyre e Vianna. Lua Nova: Revista De Cultura E Política, (37), 229-247. https://doi.org/10.1590/S0102-64451996000100012

FERREIRA, J.. (2010). Apresentação. Tempo, 14(28), 11-18. ttps://doi.org/10.1590/S1413-77042010000100001

FERREIRA, Jorge. (org.). O populismo e sua história. Debate e crítica. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.

FERREIRA, M. C.. (2010). Os Processos Constituintes de 1946 e 1988 e a definição do papel do Congresso Nacional na Política Externa Brasileira. Revista Brasileira De Política Internacional, 53(2), 23-48. https://doi.org/10.1590/S0034-73292010000200002

FERRETTI, D. J. Z.. (2008). O uso político do passado bandeirante: o debate entre Oliveira Vianna e Alfredo Ellis Jr. (1920-1926). Estudos Históricos (rio De Janeiro), 21(41), 59-78. https://doi.org/10.1590/S0103-21862008000100004

FIGUEIREDO, Roberta Menezes. SEMIÓTICA E DISCURSO JURÍDICO. MEMENTO - Revista de Linguagem, Cultura e Discurso Mestrado em Letras - UNINCOR - ISSN 1807-9717 V. 07, N. 2 (julho-dezembro de 2016).

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)4(2):103-109, julho-dezembro 2012. Tradução do italiano por Anderson Vichinkeski Teixeira.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo e história do pensamento jurídico. In: SUANZES-CARPEGNA, Joaquín V. (org.). Historia e historiografía constitucionales - Entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenforde, Michel Troper, Maurice J. C. Vile, Maurizio Fioravanti. Madrid: Ed. Trotta, 2015, p. 83-108.

FIORAVANTI, Maurizio. Costantino Mortati: uno Stato di "tipo nuovoll. In: LANCHESTER, Fulco (ed.). La sapienza del giovane Leopoldo Elia 1948-1962. Roma: Università La Sapienza, 2014).

FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica, a cura di A. Schiavone, Roma Bari 1990, p. 47

FIORAVANTI, Maurizio. Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana. In: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p. 45-187.

FIORAVANTI, Maurizio. per una storia ella legge fondamentale in Itália: dallo Statuto alla Costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. (a cura di). Il Valore dela Costiuzione. Laterza: Roma - Bari. 2009. P. 26.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti: Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Roma: Instituto della enciclopedia italiana, MMXII, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. Sulla storia costituzionale. Giornale di Storia Costituzionale, Macerata, vol. 19, n. 1, p. 29-32, 2010.

FIORI, José Luiz. O nó cego do desenvolvimentismo brasileiro. In: Novos Estudos CEBRAP. São Paulo: CEBRAP, 1994.

FLORES, A. J. MACHADO, G. C. TRADUÇÃO CULTURAL: UM CONCEITO HEURÍSTICO ALTERNATIVO EM PESQUISAS DE HISTÓRIA DO DIREITO. História e Cultura, Franca, v. 4, n. 3, p. 118-139, dez. 2015.

FLORES, E. P. et al. B.F. Skinner e a modernidade: Notas a partir de uma comparação com M. Foucault. Acta Comportamentalia, v. 20, n. 2, p. 185-199, 2025.

FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. The signs of deconsolidation. Journal of Democracy, v. 8, n. 1, p. 5-16, 2017. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-signs-ofdeconsolidation/.

Fontana, Felipe. "Pontos de inflexão para a análise do pensamento vianniano: as posições de Oliveira Vianna sobre a entrada de 3.000 chineses no Brasil e o seu trabalho de consultor jurídico (1932-1940)." Civitas - Revista de Ciências Sociais 17, no. 1 (May 9, 2017): 177. http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2017.1.24706.

FRICK, Verena. 2019. “The Justicization of Politics: Constitutionalism and Democracy in Germany after 1949.” Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory 22(1): 18-34. DOI: https://doi.org/10.33134/rds.312

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Atlas histórico do Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2003.

GALINDO, B. Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosur. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 308 p. 2006.

GALINDO, Bruno. Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

GALLI, Carlo. (1996), Genealogia della Politica: Carl Schmitt e la Crisi del Pensiero Politico Moderno Bologna, Il Mulino.

GAMA, Clairton Kubassewski; CORNELY, Felipe. A essência da constituição em perspectiva contemporânea: Desconsideração do texto constitucional na visão de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Re Severa Verum Gaudium, v. 6, n. 1, Porto Alegre, p. 101-122, jun. 2021.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho. 2. ed. Bogotá: IDEPRI; Debate, 2014.

GARCIA, M.. (1984). A difícil legitimidade: as constituintes em nossa história. Lua Nova: Revista De Cultura E Política, 1(3), 07-11. https://doi.org/10.1590/S0102-64451984000300002

GARGARELLA, Roberto.The “New” Latin American Constitutionalism Old Wine in New Skins In: BOGDANDY, Armin von, et al. Transformative Constitutionalism In Latin America: the emergence of Ius Constitutioncale Comune in Latin America. Oxford: University Presse, 2017.

GENTILE, F.. (2019). A apropriação do corporativismo fascista no “autoritarismo instrumental” de Oliveira Vianna. Tempo, 25(1), 110-131. Https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2018v250106

GENTILE, Fabio. "Fascism and corporatism in the thought of Oliveira Vianna." In Authoritarianism and Corporatism in Europe and Latin America, 180-99. Routledge, 2018. http://dx.doi.org/10.4324/9780203730959-10.

GENTILE, Fabio. "NACIONALISMO SOCIAL, CORPORATIVISMO FASCISTA E “AUTORITARISMO INSTRUMENTAL” NO PENSAMENTO DE OLIVEIRA VIANNA." In Cultura, Resistência e Diferenciação Social 2, 105-16. Atena Editora, 2019. http://dx.doi.org/10.22533/at.ed.24219090810.

GERTZ, René E.; GONÇALVES, Leandro P.; LIEBEL, Vinícius. Camisas Verdes, 45 anos depois - uma entrevista com Hélgio Trindade. Estudos Ibero-americanos, Porto Alegre, v.42, n.1, p.189-208, abr. 2016.

GOLDONI, Marco; WILKINSON, Michael. Introdução à constituição material. Tradução Jairo Néia Lima. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 265-299, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/60907>.

GONÇALVES, A. I. Q. e LAUDA, B. B. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: Uma proposta de diálogo entre Santi Romano, Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Ruy Cirne Lima. Rev. Seara Jurídica, dez. 2015.

GONZAGA, Alexandre Luís. O discurso jurídico em análise: ironia e ideologia em um estudo de caso de três sentenças. 94 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Faculdade de Comunicação, Artes e Letras, Universidade Federal da Grande Dourados, 2013.

GOZZI, Gustavo. “La crisi della dottrina dello Stato nell’età di Weimar”. In: GOZZI, Gustavo. SCHIERA, Pierangelo (orgs.). Crise istituzionale e Teoria dello Stato in Germania dopo la Prima Guerra mondiale. Bologna: il Mulino, 1987, p. 145.

GREGORIO, Massimiliano. La cesura dottrinale di fine anni Trenta. Itinerari della giuspubblicistica italiana tra fascismo e Repubblica, pp. 23-38, 2020. Author(s), CC BY 4.0 International, DOI 10.36253/978-88-5518- 202-7.04, in Piero Barucci, Piero Bini, Lucilla Conigliello (edited by), I mille volti del regime. Opposizione e consenso nella cultura giuridica, economica e politica italiana tra le due guerre, 2020.

GREGORIO, Massimiliano. Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento. Per la storia pensiero giuridico moderno. Giuffrè, 2013.

GREGORIO, Massimiliano. PARTE TOTALE. VINCENZO ZANGARA E LE DOTTRINE DEL PARTITO POLITICO NEGLI ANNI TRENTA. Rivista Nomos: Le attualità nel diritto. Vol. 3. 2018.

GRIFFITH, A. (Eds.). Spatializing Law. An Anthropological Geography of Law and Society. Farnham and Burlington: Ashgate, 2009, pp. 1-29.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, p. 105-129, abr./jun. 2008. Brasília. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf

GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Tradução por Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GROTKE, Kelly; PRUTSCH, Markus (orgs.). Constitutionalism, legitimacy, and power - Nineteenth-century experiences. Oxford: Oxford UP, 2014.

GUELI, Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la “rappresentatività” degli organi di governo, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, XVII, 1942

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a interpretação da Constituição como espaço de discussão pública. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
.
HANGARTNER, Andreas Christian. Teoría Política y Análisis del Discurso. El contextualismo lingüístico de Skinner y Pocock. LENGUA Y HABLA 19. ENERO-DICIEMBRE, 2015.

HENDRY, Jennifer. Legal Comparison and the (Im)Possibility of Translation. In: GLANERT, Simone (Ed.). Comparative Law, Engaging Translation. Abingdon and New York: Routledge, 2014, pp. 87-103.

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konhad. Escritos de Derecho Constitucional, 2ª ed, Madrid, Centro de Estudios, Constitucionales, 1992.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

HUNTINGTON, S. A Terceira Onda: a democratização no final do séc. XX. São Paulo: Ática, 1994.

HUNTINGTON, Samuel P. The third wave: democratization in the late twentieth century. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

HUXLEY, A., (2007). Jeremy Bentham on Legal Transplants. The Journal of Comparative Law, 2, pp. 177-188.

IANNI, Otávio. A Ditadura do grande capital. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

IGLESIAS, Francisco. Leitura historiográfica de Oliveira Viana. In: BASTOS, Élide Rugai; MORAES, João Quartim de. O pensamento de Oliveira Vianna. 1993.

INÁCIO, Nildo. Anistia à brasileira: Análise do discurso dos juristas vinculados ao Regime Militar pós-1964. 2013. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa

de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

INTERNATIONAL IDEA. The global state of democracy 2022: forging social contracts in a time of discontent. Stockholm: [s.n.], 2022. Disponível em: https://idea.int/democracytracker/sites/default/files/2022-11/the-global-state-ofdemocracy-2022.pdf.
International Law Journal, Vol. 35, (Nov. 2001-Feb. 2002), pp. 101-187.

JOVE VILLARES, Daniel. "Smend y Kelsen, estado como integración y problemas actuales." Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 24 (February 4, 2021): 64-82. http://dx.doi.org/10.17979/afdudc.2020.24.0.7460.

KLARE, K. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. South African Journal on Human Rights, 14(1), 1998, pp. 146-188, p. 146;

Bogdandy, Armin and René Urueña. Inducing Compliance as a Transformative Process. The Bright Side of a Dismal Record. In: The Impact of the Inter-American Human Rights System. Oxford Academic, New York, 2024, pp. 17-33, p. 19.

KOERNER, Andrei. Sobre história constitucional. In; Estudos Históricos Rio de Janeiro, vol. 29, no 58, p. 525-540, maio-agosto 2016. Disponível em https://www.scielo.br/j/eh/a/8LKzzDB7gwSFd7cj7zQFMwh/?format=pdf

KORIOTH, Stefan. Rudolf Smend". In Weimar: A Jurisprudence of Crisis. edited by Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, 207-248. Berkeley: University of California Press. 2000.

KUNTZ, Rolf. Alberto Torres. A organização nacional. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org.).

LAMOUNIER, B. (2014). Tribunos, profetas e sacerdotes: intelectuais e ideologias no século XX. Companhia das Letras.

LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento autoritário na Primeira República: uma interpretação. In: FAUSTO, Boris (org.) História Geral da Civilização Brasileira. São Paulo: Difel, 1977, t.3, v.2

LANCHESTER, Fulco (Org.). Costantino Mortati: costituzionalista calabrese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.

LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino. *Dizionario Biografico degli Italiani*. Vol. 77 (2012); LANCHESTER, Fulco. Mortati, Costantino. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero *Diritto* (2012). http://www.treccani.it/enciclopedia/costantinomortati_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)

LANCHESTER, Fulco. Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 114.

LANDECKER, Werner S. “Smend’s Theory of Integration.” Social Forces 29, no. 1. 39-48. https://doi.org/10.2307/2572755. 1951.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 01-64, 2004.

LAUTENSCHLAGER JR, N. Notas sobre "A história do princípio da maioria de Otto Friedrich Von Gierke (1841-1921)". Revista de Direito Mercantil 166/167.USP, 2016. https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133708/162247

LEFEVRE, André (Eds.). Constructing Cultures. Essays on Literary Translation. Clevedon: Multilingual Matters, 1998, pp. 123-140

LEGRAND, P., (2001). What “Legal Transplants.” In: Nelken, D. and Feest, J., (eds). Adapting Legal Cultures. London: Hart Publ. 2001.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997. Tradução de Gustavo Castagna Machado.

LEITE, Dante Moreira. O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia. 6ª ed. revista. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes. Alberto Torres: contribuição para o estudo das idéias no Brasil. Quartet, 1995. p.vii-viii.

LIMA, Francisco Gerson Marques. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. Revista opinião jurídica. n.3, ano II, 2004.

LIMA SOBRINHO (Barbosa). — Presença de Alberto Tôrres: sua vida e seu pensamento. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 1968. 520 páginas.

LIMA, Augusto Saboia. Alberto Torres e sua obra. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.

LIMA, Danilo Pereira. Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

LIMA, Francisco Gerson Marques. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. Revista opinião jurídica. n.3, ano II, 2004

Lima, P. L. (2014). Entre a Arqueologia do Saber e o Contextualismo Lingüístico: um estudo comparativo dos métodos de Michel Foucault, Quentin Skinner e John Pocock. Leviathan (São Paulo), 8, 38-65. https://doi.org/10.11606/issn.2237-4485.lev.2014.132345

LIMA, Pedro luiz. Entre a Arqueologia do Saber e o Contextualismo Lingüístico: um estudo comparativo dos métodos de Michel Foucault, Quentin Skinner e John Pocock. Leviathan | Cadernos de Pesquisa Política N. 8, pp.38-65, 2014.

LINS, Álvaro. A glória de César e o punhal de Brutus: ensaios e estudos (1939-1959). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963. p. 245-247.

LISOWSKI, C. S. . Análise do Discurso e Direito: Considerações acerca dos depoimentos testemunhais do/no processo penal. In: IV Seminário de Estudos em Analise do Discurso - 1969 - 2009: Memória e história na/da AD, 2009, Porto Alegre. Anais do IV Seminário de Estudos em Analise do Discurso, 2009.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do Poder Judiciário. Sequência (UFSC), v. 30, n. 59, p. 43-60, 2010.

LOPES, Marcos Antonio. A história das ideias segundo Michel Foucaul e Quentin Skinner. Mediações. Revista de Ciência Sociais. Vol. 9 - N.1/2004 - p. 83-100. https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9049/7576

LOPES, Marcos. (2004). História das idéias segundo Michel Foucault e Quentin Skinner. Mediações - Revista de Ciências Sociais. 9. 83. 10.5433/2176-6665.2004v9n1p83.

LORINI, G. Dimensioni giuridiche dell'istituzionale. Padova: CEDAM. 2000.
LOSSO, Tiago Bahia. "Francisco Campos e o Estado Novo : discurso e pratica politica (1920-1940)." [s.n.], 2000. http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/279373.

LÜHRMANN, ANNA & LINDBERG, STAFFAN. Uma terceira onda de autocratização está aqui: o que há de novo nisso? Dagobah (07/03/2019) Cf. o original: A third wave of autocratization is here: what is new about it? Democratization, Volume 26, 2019 - Issue 7.

LUTHER. Jorg. "Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione". In Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale, Annali dell'istituto storico italo-germanico di Trento (24). Il Mulino. 1987.

LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

LYRA FILHO, Roberto. Para um Direito sem Dogmas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

LYNCH, C. E. C., & Neto, C. P. de S. (2012). O CONSTITUCIONALISMO DA INEFETIVIDADE: A CONSTITUIÇÃO DE 1891 NO CATIVEIRO DO ESTADO DE SÍTIO/ THE INEFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONALISM: THE CONSTITUTION OF 1891 IN JAIL OF THE STATE OF SIEGE. REVISTA QUAESTIO IURIS, 5(2), 85-136. https://doi.org/10.12957/rqi.2012.9874

MACEDO JR. Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MACHADO, Gustavo Castagna. Novas abordagens ao método da História do Direito. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/amp/artigos/53749/novas-abordagens-ao-metodo-da-historia-do-direito

MAIO, Marcos Chor, VENTURA, Ricardo (orgs.). Condenado pela raça, absolvido pela ciência: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.M

MAMDANI, Mahmood. Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism. Princeton University Press, 1996.

MARSON, A. A ideologia nacionalista em Alberto Torres. São Paulo: Duas Cidades, 1979.

MARSON, A. A trajetória de um republicano (Alberto Torres). Revista de História, [S. l.], v. 52, n. 103 (2), p. 501-518, 1975.

MARTÍNEZ, LFP. A questão do poder e da ideologia na análise de discurso crítica (ADC). In: Questões sociocientíficas na prática docente: Ideologia, autonomia e formação de professores [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2012, pp. 121-130. ISBN 978-85-3930-354-0.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. Separata da revista arquivos do Ministério da Justiça. a.47.n. 184. Jul/dez 1994.

MATTOS, Fernanda Borba de; SIMON, Carla. A teorização da Constituição: o confronto de ideias entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. Revista Saberes da Amazônia, v. 3, n. 7, Porto Velho, Jul-Dez. 2018, p. 122-139.

MATTOS, Hebe. A vida política. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.). História do Brasil Nação 1808-2010 Volume 3, op. cit., p. 104-105

MAZÈRES, J.-A. La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué. In Pouvoir et liberte : études offertes à Jacques Mourgeon. Bruxelles, Bruylant. 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: RT, 2013.

MCGAUGHEY, E. Otto von Gierke: The Social Role of Private Law. German Law Journal, 19(4), 1017-1116. doi:10.1017/S207183220002294X. 2018.

MCGAUGHEY, Ewan. Introduction.In: Otto von Gierke: The Social Role of Private Law. German Law Journal, vol. 19, n. 4. Cambridge University Press. 2019. https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/otto-von-gierke-the-social-role-of-private-law/C035AA5D488BA6302E8125DEB3967DC9

MEDEIROS, Jarbas. (1978), Ideologia Autoritária no Brasil, 1930/1945 Rio de Janeiro, Editora FGV (prefácio de Raymundo Faoro).

MEDEIROS, Jarbas. Ideologia autoritária no Brasil (1930-1945). Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva 17. ed. 2022.

MENDES, Gilmar; Branco; Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. - 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. "Francisco Campos, Carl Schmitt e a atuação do estado na economia." Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2013. http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1281.

MENEZES, Djacir. O pensamento político de Alberto Torres. R. Ci. pol, Rio de Janeiro. 1979.

MILLARD, E. Hauriou et la théorie de l'institution. Droit et société, 30-31, pp. 381-412. 1995.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 2.

MONEREO PÉREZ, José Luis, CALVO GONZÁLEZ, José. Léon Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación. Revista de Derecho Constitucional Europeo. ano 2, n. 4, julho-dezembro 2005.

MORAES, Fabiano. POR UMA ABORDAGEM DISCURSIVA DA REFERENCIAÇÃO COM BASE EM FOUCAULT. PERcursos Linguísticos  Vitória (ES) v. 3 n. 1 p. 99-118  2011 (edição especial).

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, pp. 2392.

MOREIRA GOUVEIA, K., & Dal Ri Júnior, A. (2025). O ANTIFORMALISMO JURÍDICO DE COSTANTINO MORTATI: Realismo e concretude jurídica na abordagem metodológica de um constitucionalista em transição (1929-1979). *Revista Direito, Estado E Sociedade*. https://doi.org/10.17808/des.1805 .

MOREIRA GOUVEIA, Kristal. A teoria dos Partidos Políticos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2021.

MOREIRA GOUVEIA, Kristal. Democracia e representação política no pós-autoritarismo italiano: A noção de "partidos políticos" de Costantino Mortati nos embates da experiência constituinte de 1948. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito)

- Orientação por Arno Dal Ri Jr. - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2020.

MOURA DOS SANTOS, M. A., & Barbosa, M. A. (2016). A Análise do Discurso Ideológico do Direito e a Teoria do Agendamento Midiático / The Analysis of the Ideological Discourse of Law and the Agenda-Setting Theory. Revista Direito, Estado E Sociedade, (48). https://doi.org/10.17808/des.48.494

NETTO, José Paulo. Pequena história da ditadura brasileira: (1964-1985). 1° ed. - São Paulo: Cortez, 2014.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. In: Direito em Debate, n. 05. Rio Grande do Sul: Unijuí, 1995.

NIEMEYER, Gerhart. Prólogo. In: HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou,1968. Título original: Staatslehre. p.7 à p. 17.

NUNES, Diego. O percurso dos crimes políticos durantes a Era Vargas (1935-1945): do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. Florianópolis: Programa de Mestrado em Direito da UFSC, 2010.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. O pensamento de AzevedoAmaral. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO,Mônica Pimenta; GOMES, Ângela Maria Castro.Estado Novo: ideologia e poder. Rio de Janeiro:Zahar, 1982

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

OLIVEIRA, Gabrielle Gomes. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE NACIONAL: POR MEIO DO DISCURSO POLÍTICO INTELECTUAL DO ESTADO NOVO (1941-1942). Unb. Brasília, 2018.

OLIVEIRA, Itamar de. Francisco Campos: A inteligência no poder. [Belo Horizonte, Brazil?]: Editora Libertas, 1991.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. A questão nacional na Primeira República. São Paulo: Brasiliense; Brasília: CNPq, 1990, p. 87.

OLVEIRA, André Felipe Véras. A Constituição de 1946:Precedentes e Elaboração. In: Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_27.pdf

ORTIZ, Renato. Da raça à cultura: a mestiçagem e o nacional. In: Cultura brasileira e identidade nacional, p. 36-44, 1985.

PAIXÃO, Cristiano. Introdução. Em: PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Claudia Paiva. História Constitucional Brasileira: Da Primeira República à Constituição de 1988. (Coleção Universidade Católica de Brasília). São Paulo: Grupo Almedina, 2023.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Claudia Paiva Carvalho (org.) História Constitucional Brasileira Da Primeira República à Constituição de 1988. Alamedina, 2023.

PALMA, Ivan Alberto Longo. O corporativismo de Oliveira Vianna e forma jurídica. 2018. 153 p. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

PAOLI, Maria Célia. Movimentos Sociais: cidadania e espaço público - ano 90. In HUMANIDADES. Revista Humanidades, volume 8, número 4 (30). O Direito Achado na Rua. Brasília: Editora UnB, 1992.

PANAIT, I. “Democracia”, “Autoridade” e “Educação”: A construção do pensamento político-jurídico de Francisco Campos e a Constituição de 1937. 163p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2018.

PASHUKANIS, E. Leon Duguit. In: Entsiklopediia gosudarstva i prava, Leon Diugi, (1925-1926), Moscou, vol. 1, pp. 1064-1068. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/pashukanis/1925/mes/40.htm>. Acesso em: 10 mar. 2025.

PEREIRA, Rosane da Conceição . Foucault: por uma análise pragmática do discurso. REVISTA CONTRACAMPO , Niterói, p. 109-123, 2008.

PAZELLO, Ricardo Prestes. Verbete Direito Achado na Rua. In Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos. Antonio Sidekum, Antonio Carlos Wolkmer e Samuel Manica Radaelli (Organizadores). Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

PEREIRA, Rosane da Conceição. Foucault: por uma análisepragmática do discurso. Contratempo: Brazilian Journal of Communication. PPGCOM-UFF. 1999. https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/17297

PESSOA, Mario. O Direito da Segurança Naciona1. Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais, 1971.

PIERANTI, O. P., CARDOSO, F. DOS S., & SILVA, L. H. R. DA. (2007). Reflexões acerca da política de segurança nacional: alternativas em face das mudanças no Estado. Revista De Administração Pública, 41(1), 29 a 48. Recuperado de https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/6878

PINHO, Sílvia Oliveira Campos de. “Alberto Torres: uma obra, várias leituras”, dissertação (Mestrado em História), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

PINTO, F. R. M. Carlos Medeiros Silva e a exegese autoritária do direito. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, vol 14, n. 04, p. 2346-2372, 2023.

PINTO, Francisco Rogério Madeira. "Oliveira Vianna e a Construção Científica do Constitucionalismo Autoritário." Revista da Faculdade de Direito, no. 46 (September 1, 2021): 182-206. http://dx.doi.org/10.22456/0104-6594.112811.

PLATT, A. D., BALTHAZAR, U. C., & Fernandes, F. A. G. (2022). A ideologia no discurso jurídico brasileiro. Scientia Iuris, 26(1), 10-28. https://doi.org/10.5433/2178-8189.2022v26n1p10

PLATT, Adreana Dulcina; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FERNANDES, Frederico Augusto Garcia. A ideologia no discurso jurídico brasileiro. Scientia Iuris, Londrina, v. 26, n. 1, p.10-28, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p10. ISSN: 2178-8189.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, F. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. Revista Direito E Práxis, 8(2), 1356-1388. https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029. 2017.

POCOCK, J.G.A. Linguagens do ideário político. São Paulo: Edusp, 2003.

PORTO, Walter Costa. (2001), Constituições Brasileiras: 1937 Brasília, Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto.O Direito Achado na Rua. Brasília:Revista Jurídica Consulex, nº 215, 2005; Humanismo Menor no Direito Achado na Rua. Brasília:Revista Jurídica Consulex, nº 216, 2006.

PUPO, Spartaco. Partiti come comunità intermedie e stato moderno in Costantino Mortati. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”. Vol 2. 2015. P.73.

RAMIRO, Eitor. O papel dos juristas na ditadura civil-militar de 1964.

RAZUOLLI, Isabella. OS PARTIDOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA E PORTUGUESA: UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS CONSTITUCIONAIS. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Centro de Investigação de Direito Público. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/652-970.pdf

REALE, Miguel. Formação da Política Burguesa. In: REALE, Miguel. Obras políticas (1ª fase -1931/1937). Brasília: UnB, 1983, Tomo I, pp.23-125.

REIS, Fidelis & FARIA, João de. O problema imigratório e seus aspectos étnicos: na câmara e fora da Cãmara. RJ: Ryp. Revista dos Tribunais, 1924.

REIS, Thiago. Savigny-Leser in Brasilien um die Mitte des 19. Jahrhunderts. In:

DUVE, Thomas; RÜCKERT, Joachim (Eds.). Savigny international? Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2014, p. 01-40

REISS, R. W.. (1974). Integralismo (o fascismo brasileiro na década de 30). Revista De Administração De Empresas, 14(6), 124-126. https://doi.org/10.1590/S0034-75901974000600010

REPUCCI, Sarah; SLIPOWITZ, Amy. The global expansion of authoritarian rule. Freedom House, Washington, D.C., 2022. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/freedomworld/2022/global-expansion-authoritarian-rule.

RIDOLA, Paolo. *Costantino Mortati e la costituzione in senso materiale*. Roma: Università La Sapienza, 2023.

RIDOLA, PAOLO. COSTANTINO MORTATI, LA "COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE", LA COSTITUZIONE REPUBBLICANA. SPUNTI DI RIFLESSIONE. Nomos. Le attualità nel diritto - 3/2023. ISSN 2279-7238.

RIO, J. J. Francisco Campos e a construção do autoritarismo brasileiro: educação, democracia e sociedade. 2020. 300p. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos/SP, 2020.
Roblot-Troizier, Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel, "Jus Politicum" 2018/21, http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-les-sources-du-droit-constitutionnel-1261.html.

RODRIGUES, José Honório. A História da História do Brasil. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1985. v. 2, t. 2 : A metafísica do latifúndio: o ultra-reacionário Oliveira Vianna.

RODRIGUES, José Honório. A metafísica do latifúndio. O ultra-reacionário Oliveira Vianna. In: RODRIGUES, José Honório. História da história do Brasil. São Paulo: Nacional. 1988.

RODRIGUES, LM. Partidos e sindicatos: escritos de sociologia política [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. 132 p. ISBN: 978-85-7982-026-7.

ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. ROMANO, Santi. O Ordenamento jurídico. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSENFIELD, L. Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945). 2019. 249 p. Tese (Doutorado em Direito). Orientação de Anderson Vichinkeski Teixeira. Universidade Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2019.

SÁ, Celso Pereira de. Sobre o poder em Foucault e o controle em Skinner. (2) :136-45, 1983.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito. 5ª ed. 2010. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

SAJA, Francesco. Introduzione ai lavori: La lezione di Costantino Mortati. In:
SALGADO, Plínio. Manifesto de Outubro. São Paulo: AIB, 1932. [Citado em Boson, 2014].

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; SANTOS, Leila Borges Dias. Ferdinand Lassalle e o Estado de Bem Estar Social. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 33, p. 84-93, 2009.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. Locus: revista de história, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31-48, 2007.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. Dados 50, no. 2 (2007): 281-323. http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582007000200003.

SANTOS, Valdoir da Silva. O Multiculturalismo, o Pluralismo Jurídico e os Novos Sujeitos Coletivos no Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). UFSC, Florianópolis, 2006.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Raízes da imaginação política brasileira. Dados, n. 7. Rio deJaneiro: Iuperj, 1970.

ŠARČEVIĆ, Susan. New Approach to Legal Translation. The Hague etc.: Kluwer Law International. 1997.

SARTORETTO, Leonardo. ALBERTO TORRES E A RAZÃO CORROÍDA. REVISTA ELETRÔNICA ARMA DA CRÍTICA N.16/ 2021 ISSN 1984-4735.
SBRICCOLI, Mario. História do Direito e História da Sociedade - Questões de Método e Problemas de Pesquisa. Sequência (Florianópolis) [online]. 2019, n. 82 [Acessado 15 Março 2024], pp. 288-312. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2019v41n82p288>. Epub 2 Dez 2019. ISSN 2177-7055.

SCHOUERI, L. E.; BARBOSA, M. C. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. Direito Tributário Atual, v. 30, p. 251-273, 2014.
SCHWARCZ, Lilia Moritz. População e sociedade. In: História do Brasil Nação 1808-2010 Volume 3.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCWHARCZ, Lilia Moritz. Complexo e Zé Carioca: notas sobre uma identidade malandra e mestiça. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais n. 29, v.10, São Paulo, 1997.

SCHWARTZMAN, Simon. BASES DO AUTORITARISMO BRASILEIRO. Editora Unicamp, 2015.

SERRA, Teresa. *La sovranità popolare nel pensiero di Mortati*. Nomos, 2016, nº 1, pp. 1-10.

SHAPIN, Steven. Never Pure: Historical Studies of Science as if it was Produced by People with Bodies, Situated in Time, Space, Culture, and Society, and Struggling for Credibility and Authority, Baltimore, 2010.

SILVA, Henrique Alves Fernandes. "Nacionalismo e ressentimento : a contribuição de Oliveira Vianna para o projeto de nação do Brasil." reponame:Repositório Institucional da UnB, 2010. http://repositorio.unb.br/handle/10482/7538.

SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto e Guimarães, Henrique Cassalho. O Sentido das Súmulas: uma reflexão teórica a partir da análise de discurso de Michel Pêcheux. Sequência (Florianópolis) [online]. 2019, n. 83 pp. 122-141.

SIMÕES NETO, Francisco T. O pensamento político de Alberto Torres. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1978.

SKINNER, Quentin. Meaning and Understanding in the History of Ideas. In: SKINNER, Quentin. Meaning and Understanding in the History of Ideas. In: SKINNER, Quentin.Visions of Politics. Londres: Cambridge University Press, 2001, vol. I, cap. 4, p. 57-89.

SKINNER, Quentin. Significado e interpretação na História das Ideias. Tradução de Marcus Vinícius. Barbosa.Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 9, n. 20.
SKINNER, Quentin. Visions of Politics. Londres: Cambridge University Press, 2001, vol. I.

SORDI, B. LÉON DUGUIT E A ITÁLIA. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 15, n. 2, p. e64339, 19 mar. 2021.

SOUSA, Ronilson de Oliveira. "OLIVEIRA VIANA E AS QUESTÕES DA MISCIGENAÇÃO NO BRASILA desconstrução dos discursos e ideias que negavam a contribuição do negro e indígena em nosso país. " In: Anais da VI Jornada Internacional de Políticas Públicas- O desenvolvimento da Crise Capitalista e a Atualização nas lutas contra a exploração, a dominação e a humilhação. Universidade Federal do Maranhão, 2013.

SOUZA, Francisco Martins de. Raízes teóricas do corporativismo brasileiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Ricardo Luiz de. Autoritarismo, Cultura e Identidade Nacional (1930-1945). História da Educação, ASPHE/FaE/UFPel, Pelotas, n. 15, p. 89-127, abri. 2004. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/asphe/article/view/30282/pdf

SOUZA, Ricardo Luiz de. Autoritarismo, Cultura e Identidade Nacional (1930-1945). História da Educação, v. 8, n. 15, p. 89-127, 2004. Disponível em:< https://seer.ufrgs.br/asphe/article/view/30282>

SOUZA, Ricardo Luiz de. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 302-323.

SOUZA, Ricardo Luiz. IDENTIDADE NACIONAL E MODERNIZAÇÃO NA HISTORIOGRAFIA BRASILEIRA: O DIÁLOGO ENTRE ROMERO, EUCLIDES, CASCUDO E FREYRE. FAFICH-UFMG, 2006.

STEINER, Henry J. ALSTON, Philip. GOODMAN, Ryan. International human rights in context: law, politics and morals. 3.ed. Oxford: Oxford University, 2008.

STOLLEIS, Michael. Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history. Giornale di Storia Costituzionale, Macerata, vol. 19, n. 1, p. 45-57, 2010.

STOLLEIS, Michael. Escrever História do Direito: reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020.

STOPPINO, Mario. "Autoritarismo" in BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO (orgs). Dicionário de Política. 5.ed. Brasília: Edunb. São Paulo: Imprenso Oficial, 2000, vol 1, pp.94-104.

STOPPINO, Mario. Poder. In: N. Bobbio, Matteucci& G. Pasquin. Dicionário de Política. 2ª ed. Brasília: Ed. UNB/Hamburg, 1995.

STROPARO, Edelcio José. "REFORMA EDUCACIONAL FRANCISCO CAMPOS: INOVAÇÃO, CENTRALIZAÇÃO E AUTORITARISMO." In Filosofia, política, educação, direito e sociedade 5, 274-83. Antonella Carvalho de Oliveira, 2019. http://dx.doi.org/10.22533/at.ed.98819040227.

TACITO, Caio. ASegurança Nacional no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, 69 (1962).

TAVARES, José Nilo. Autoritarismo e dependência: Oliveira Vianna e Alberto Torres. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

TRAVERSO, Partito politico e ordinamento costituzionale, contributo alla determinazione della natura giuridica del partito. Milano, Giuffrè, 1994, p.167.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Idealismo e realismo constitucional. Em: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997

TEIXEIRA, MELISSA. "Making a Brazilian New Deal: Oliveira Vianna and the Transnational Sources of Brazil's Corporatist Experiment." Journal of Latin American Studies 50, no. 3 (January 23, 2018): 613-41. http://dx.doi.org/10.1017/s0022216x17001602.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. A criação do direito. São Paulo: Calil, 1953.

TOTTI, Marcelo Augusto; MACHADO, Vitor. O pensamento de Alberto Torres e a educação rural no Brasil: contribuições ao surgimento do ruralismo pedagógico. Revista de ciência da educação. Americana, Ano XV, v. 02, n. 19, p. 100-122, jun-dez 2013.

TRINDADE, Hélgio. . A tentação fascista no Brasil: imaginário de dirigentes e militantes integralistas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2016. 837p.

TRINDADE, Hélgio. Integralismo: o fascismo brasileiro da década de 30. São Paulo: Difel, 1974.

TRINDADE, Hélgio. Integralismo: teoria e práxis política nos anos 30. In: FAUSTO, Boris (org.). História Geral da Civilização Brasileira - O Brasil Republicano, Sociedade e Política (1930-1964). São Paulo: DIFEL, 1981, vol. 3, p. 304-316.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: Rodríguez Garavito, César (coord.). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137, p. 109.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: Rodríguez Garavito, César (coord.). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137.

VAROS, Enrique A; HUGHES, Brian. Legal translation explained. Mancheser:St. Jerome Publishing, 2002.

V-DEM INSTITUTE. Defiance in the face of autocratization: democracy report 2023. Gothenburg: [s.n.], 2023.

VIEIRA, Evaldo Amaro. Oliveira Vianna & o Estado corporativo : um estudo sobre corporativismo e autoritarismo. São Paulo : Grijalbo, 1976

VIEIRA, Evaldo. Autoritarismo e corporativismo no Brasil. São Paulo: Cortez, 1981.

WARAT, Luis Alberto. As falácias jurídicas. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 6, n. 10, p. 123-130, 1985. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16702. Acesso em: 15 mar. 2024.

WATSON, A., (1974). Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Edinburgh, 2nd ed. Athens, 1993.

WATSON, A., (1978). Comparative Law and Legal Change. The Cambridge Law Journal, 37(2), pp. 328-332.

WEBER, Max. The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations. Tra n slated by R. I. Frank. London: NLB, 1976

WĘGLIŃSKI, CEZARY. Maurice Hauriou's Theory of the Institution: Legal Institutionalism and the Science of the State. Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej, v. 32, n. 3, p. 88-102, 2022.

WIECZOREK, T. Institución y constitución en el pensamiento de Maurice Hauriou. Revista Ágora Filosófica, v. 20, n. 2, p. 132-166, 1 out. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil. São Paulo, Academica, 1989. 152 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1990.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

XAVIER, Felipe Rodrigues. Viragem Constitucional, de Lassalle a Hesse. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 111, n.p., São Paulo, 2019.

XAVIER, Vinicius de Moura. A essência da Constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 3, n. 7, Lisboa, p. 5407-5427, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "Introduzione". In: SMEND, Rudolf. Costituzione e diritto costituzionale. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il metodo di Mortati*. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*. Milano: Giuffrè, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *PREMESSA - La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1998.

ZICCARDI, Piero. As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi romano: o direito internacional. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 41-54, 2010. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n56p41. Disponível em:

https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p41. Acesso em: 13 mar. 2025.