

# AS POSSIBILIDADES DE UMA TEORIA DO ESTADO

*Gilberto Bercovici\**

**SUMÁRIO:** 1- Introdução. 2- A questão da unidade política. 3-A unidade política impossível e o fim da estatalidade.4-A unidade política possível e a unidade na pluralidade. 5- As possibilidades de uma Teoria do Estado entre fragmentação e totalidade.

## RESUMO

Este artigo pretende analisar as possibilidades de uma Teoria do Estado. Entendendo o Estado como conceito histórico, o autor busca focar sua argumentação em torno da questão da unidade política, a partir do debate entre Carl Schmitt e Hermann Heller e suas visões antagônicas sobre Estado e democracia. O artigo se encerra com algumas considerações em torno do significado de uma Teoria do Estado nos dias de hoje.

## ABSTRACT

This article explores the possibilities of a Theory of State. Understanding the State as an historical concept, the author tries to focus his main argumentation on the question of *political* unity, through the debate between Carl Schmitt and Hermann Heller and their antagonistic views about State and democracy. The article ends with some considerations about the meaning of a Theory of State in present days.

## 1. INTRODUÇÃO

A Teoria do Estado não é, propriamente, uma disciplina histórica, mas, seguindo a concepção de Hermann Heller, busca investigar a específica realidade estatal em sua estrutura e função atuais, sua origem histórica e as tendências de sua evolução<sup>1</sup>. A própria noção de Estado não é universal e a-histórica, pelo contrário, serve para designar a forma política específica que surge na Europa no decorrer do final da Idade Média e que, sob determinadas condições, se espalha para outras regiões do mundo posteriormente. Como bem afirma Böckenförde, falar hoje em “Estado” para transportar o conceito às sociedades que não o conheceram, na Antiguidade, Idade Média ou fora

---

\* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Hermann HELLER, *Staatslehre*, 68 ed. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pp. 12 e 62--75.

da Europa, não é mais possível<sup>2</sup>. No entanto, a pesquisa histórica sobre o Estado dá, muitas vezes, preferência à história das idéias do que ao questionamento do Estado como objeto de estudo em sua dimensão propriamente histórica, o que explicaria, para Pierre Rosanvallon, o caráter repetitivo da maioria das análises consagradas ao Estado<sup>3</sup>.

Dentre as condições para uma história do Estado, Rosanvallon destaca a necessidade de romper com a visão global do Estado como um bloco unificado, como uma estrutura coerente, que faz com que não percebamos as complexidades da sua estrutura e de seu desenvolvimento histórico (*"impératif de déglobalisation"*). No entanto, não se pode descuidar do Estado como totalidade, sob pena de uma visão puramente instrumental e exterior do Estado. O Estado não é mera soma de setores ou órgãos, estes devem ser compreendidos em sua totalidade e especificidade estatais (*"impératif de totalisation"*). Além disto, o Estado deve ser analisado a partir de um problema, capaz de integrar e hierarquizar os vários níveis de sua compreensão (*"impératif de hiérarchisation"*), bem como não se pode esquecer que o Estado não se limita ao aparelho burocrático-administrativo, mas é uma figura política abstrata que encarna a soberania, por isso, para compreendê-lo, é necessária a articulação entre história dos fatos e história das idéias e das representações sociais (*"impératif d'articulation"*).<sup>4</sup>

Destes imperativos colocados por Rosanvallon, vou destacar a conjugação do *impératif de totalisation* com o *impératif d'articulation*. A questão central a ser colocada para a compreensão do Estado enquanto objeto histórico é a da unidade política.<sup>5</sup> Em

---

2 Ernst-Wolfgang BÖCKENFORDE. "Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation" in *Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 92-93. Vide também, neste sentido, os textos, hoje clássicos, de Otto HINTZE, "Staatenbildung und Verfassungsentwicklung" in *Staat und Verfassung: Gesammelte Abhandlungen zur Allgemeinen Verfassungsgeschichte*, 3ª ed, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, pp. 34-51; Otto HINTZE, "Wesen und Wandlung des modernen Staates" in *Staat und Verfassung cit.*, pp. 470-496; Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 141-156; Carl SCHMITT, "Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff" in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 375-383 e Otto BRUNNER, "Il Concetto moderno di Costituzione e la Storia Costituzionale dei Medioevo" in *Per Una Nuova Storia Costituzionale e Sociale*, 2ª ed, Milano, Vita e Pensiero, 2000, pp. 1-20. Em sentido contrário, entendendo possível a transposição da noção de Estado, considerada universal, para a realidade política da Antiguidade e da Idade Média, vide, por exemplo, Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, capítulo 10, pp. 287-331; Heinrich MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters: Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters*, 10ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980 e Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22ª ed, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 60-73.

3 Pierre ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos Jours*, 2ª ed, Paris, Éditions du Seuil, 1992, pp. 9-11.

4 Pierre ROSANVALLON. *L'État en France de 1789 à nos Jours cit.* pp. 11-14. Posso incluir neste ponto a busca por métodos para uma história do Estado, com ênfase no fenômeno do poder, próxima à história conceitual. Cf. Giuseppe DUSO, "Introdução" in Giuseppe DUSO (org.), *O Poder: História da Filosofia Política Moderna*, Petrópolis, Vozes, 2005, pp. 11-25. Sobre a história conceitual, vide Reinhart KOSELLECK, "Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte" in *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 4ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, pp. 107-129. A aplicação deste método para a análise do Estado pode ser verificada no excelente texto de Hans BOLDT; Werner CONZE; Görg HAVERKATE; Diethelm KLIPPEL & Reinhart KOSELLECK, "Staat und Souveränität" in Otto BRUNNER; Werner CONZE & Reinhart KOSELLECK (orgs.), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, reimpr., Stuttgart, Klett-Cotta, 1997, vol. 6, pp. 1-154.

tomo da unidade política digladiam-se as visões de fragmentação e de totalidade no estudo do Estado desde a consolidação da disciplina Teoria do Estado, no século XIX.

## 2. A QUESTÃO DA UNIDADE POLÍTICA

Depois do constitucionalismo, com a implantação do modelo liberal de organização sócio-econômica, o Estado é o objeto privilegiado de estudo da doutrina publicista européia, que se firma, no decorrer do século, a partir da implementação do método exclusivamente jurídico na análise do seu objeto de estudo, buscando compreender toda a esfera da política e sua dinâmica em formas jurídicas<sup>6</sup>. A idéia predominante na doutrina política européia do século XIX era a da supremacia da lei. A lei era entendida como proveniente da Nação, representada no Parlamento. A lei garantia os direitos e deveria ser obedecida também pelo Estado, personificação jurídica da Nação<sup>7</sup>, que se configurava em Estado de Direito, ou seja, o Estado que obedece ao direito posto por este mesmo Estado. A questão da unidade política estava resolvida. Na descrição de António Manuel Hespanha, trata-se de uma “*hetero-normaço pela qual o Estado-Naço (Estado-razão) impõe ao Estado-administraço (Estado-vontadeaçã) o respeito, na sua actividade quotidiana e conjuntural, pelos princípios permanentes da convivência social, positivados na vida nacional e consagrados nas leis*”.<sup>8</sup>

O papel dos juristas foi crucial para a consolidação deste modelo liberal de Estado de Direito na Europa.<sup>9</sup> Os modelos clássicos, talvez, possam ser, os de Georg Jellinek, na Alemanha, e de Raymond Carré de Malberg, na França. Jellinek pretendeu criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade. Sua Teoria Geral do Estado, segundo Pedro de Vega, está vinculada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado. O principal conceito é o do Estado como pessoa jurídica, ligado à idéia de auto-limitação do Estado (*Selbstverpflichtung des Staates*): ao criar o direito,

---

5 Sobre a importância da questão da unidade política, especialmente em um contexto de crise e de superação da racionalidade burocrática pela racionalidade econômica, vide Marcus LLANQUE, “Die Theorie politischer Einheitsbildung in Weimar und die Logik von Einheit und Vielheit (Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller)” in Andreas GÖBEL, Dirk van LAAK & Ingeborg VILLINGER (orgs.), *Metamorphosen des Politischen: Grundfragen politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren*, Berlin, Akademie Verlag, 1995, pp. 157-160. Vide, ainda, Christoph MOLLERS, *Staat als Argument*, München, C. H. Beck, 2000, pp. 228-255.

6 Vide Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt-am-Main, Vittorio Klostermann, 1958, pp. 146-149; Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 4 e 144-145; Michael STOLLEIS, “Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution” in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 2001, pp. 17-32 e Maurizio FIORAVANTI, “Il Dibattito sul Metodo e la Costruzione della Teoria Giuridica dello Stato” in *La Scienza dei Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 1, pp. 23-63.

7 Vide, por todos, Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 6<sup>a</sup> ed, Paris, Sirey, 1914, p. 1.

8 António Manuel HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível: Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 196-198.

9 Maurizio FIORAVANTI, *Stato e Costituzione cit.*, pp. 198-206.

o Estado obriga-se a si mesmo e, ao se submeter ao direito, também se toma sujeito de direitos e de deveres.<sup>10</sup>

Carré de Malberg também entende o Estado como uma pessoa jurídica que se auto-limita. A soberania é prerrogativa da Nação, não do povo, que, como ente abstrato, deve ser representada. O Estado soberano, portanto, só existe na representação, pela mediação de seus órgãos constituídos, que exercem competências constitucionalmente delimitadas, portanto, nenhum poder estatal é incondicionado. Para Carré de Malberg, a personalidade jurídica do Estado substitui a soberania do monarca e a soberania do povo, consagrando a idéia de que não existe soberano dentro do Estado.<sup>11</sup>

Este modelo, no entanto, vai ser abalado com a expansão do sufrágio. A transformação progressiva dos regimes liberais (nominais ou efetivos) europeus em democracias de massa, processo que se acelera logo após a Primeira Guerra Mundial, vai gerar uma crise sem precedentes no modelo jurídico oitocentista de Estado de Direito. Com raríssimas exceções, como Carré de Malberg<sup>12</sup>, os teóricos do Estado e os publicistas não vão conseguir lidar com esse novo fenômeno do início do século XX: a participação popular e a ampliação da democracia.<sup>13</sup> O consenso liberal estava rompido e a questão da unidade política retoma ao centro do debate sobre o Estado.

Diante deste quadro, Hermann Heller não exita em anunciar a “crise da Teoria Geral do Estado”,<sup>14</sup>, para a qual há várias respostas,<sup>15</sup> desde a perplexidade liberal que

---

10 Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 169-173, 182-183, 367-375 e 386-387. Vide também Pedro de Vega GARCIA, “EI Tránsito dei Positivismo Jurídico ai Positivismo Jurisprudencial en Ia Doctrina Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-67 e 70-72.

11 Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, reimpr., Paris, CNRS, 1962, vol. 1, pp. 12-15, 52, 64-65, 69-72, 78 e 83, e vol. 2, pp. 143, 151-157, 165-174, 194 e 199, entre outras.

12 Carré de Malberg escreveu a sua grande obra, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, nos anos anteriores à Primeira Guerra Mundial, embora só a tenha publicado em 1920. Nos anos subseqüentes, Carré de Malberg reviu uma série de posições, especialmente no tocante à soberania popular, passando de severo crítico a seu defensor, pregando a ampliação da participação do povo no sistema político, como podemos perceber em seu livro Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, Expression de la Volonté Générale: Étude sur le Concept de la Loi dans la Constitution de 1875*, ed. fac-similar, Paris, Economica, 1984 (a edição original é de 1931), e no artigo Raymond CARRÉ DE MALBERG, “Considérations Théoriques sur la Question de la Combinaison du Referendum avec le Parlementarisme”, *Revue du Droit Public*, 1931, pp. 225-244. Sobre esta mudança teórica de Carré de Malberg, vide Éric MAULIN, “Démocratie et Représentation dans la Pensée de Carré de Malberg”, *Droits* nº 22, Paris, PUF, 1995, pp. 127-143.

13 Sobre a perplexidade e as dificuldades da doutrina publicista francesa, entre 1870 e 1914, em conjugar suas categorias jurídicas liberais com um órgão legislativo formado pelo sufrágio universal masculino, vide Marie-Joëlle REDOR, *De l'Etat Legal a l'Etat de Droit: L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française, 1879-1914*, Paris, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, pp. 30-31, 96-110, 167-170 e 260-316. Por sua vez, o jurista italiano Santi Romano, em um texto de 1909, já anunciava a “crise do Estado moderno”, Vide Santi ROMANO, “Lo Stato Moderno e Ia sua Crisi” in *Scritti Minori*, vol. 1: *Diritto Costituzionale*, reimpr., Milano, Giuffrè, 1990, pp. 379-396.

14 Hermann Heller, “Die Krisis der Staatslehre” in *Gessmmelte Schritten*, 2ª ed, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 3-30.

15 Vide, para a análise de algumas destas respostas, Gilberto BERCOVICI, “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição” in Cláudio Pereira de Souza NETO; Gilberto BERCOVICI; José Filomeno de MORAES Filho & Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. pp. 85-103.

via a crise definitiva da democracia e da estatalidade européias,<sup>16</sup> passando pela procedimentalização da democracia (Kelsen),<sup>17</sup> pela busca de alternativas autoritárias de reconstrução da unidade política supostamente perdida com a democracia (Schmitt), pela legitimação fragmentária e pluralista do Estado pelos seus fins (Duguit)<sup>18</sup> até a visão de uma democracia socialista que consagraria a unidade política na pluralidade democrática (Heller). Para os fins deste artigo, vou me limitar a analisar as posições contrapostas de Carl Schmitt e de Hermann Heller.<sup>19</sup> A escolha destes dois autores justifica-se porque, a partir da questão da unidade política, Carl Schmitt chega à conclusão da sua impossibilidade através do Estado, anunciando o fim da estatalidade, enquanto Hermann Heller chega à conclusão oposta da necessidade do reforço estatal para a ampliação democrática e social.

### 3. A UNIDADE POLÍTICA IMPOSSÍVEL E O FIM DA ESTATALIDADE

Uma das preocupações centrais de Carl Schmitt é a crise da unidade política, por meio do Estado, em uma democracia de massas. Boa parte de seus textos escritos no conturbado período da República de Weimar buscam expressar essa sua perplexidade com as instituições liberais-representativas na democracia do sufrágio universal (e, no caso alemão, desde 1918, sufrágio universal masculino e feminino) e o

---

16 São exemplos desta literatura, que se defronta com a questão da irrupção da democracia de massas e as alternativas fascista e soviética, os livros de M. J. BONN, *Die Krisis der europäischen Demokratie*, München, Venag von Meyer & Jessen, 1925 e de Alfred WEBER, *Die Krise des modernen Staatsgedankens in Europa*, Stuttgart/Berlin/Leipzig. Deutsche Verlags-Unstalt, 1925.

17 Hans KELSEN, *Vom Wesen und Wed der Demokratie*, reimpr. da 2ª ed, Aalen, Scientia Verlag, 1981. Para o debate em torno das concepções kelsenianas de democracia, vide Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2ª ed, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, pp. 249-294; Agostino CARRINO, *L'Ordina della Norma: Stato e Diritto in Hans Kelsen*, 3ª ed, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 221-240; Carlos Miguel HERRERA, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen*, Paris, Éditions Kimé, 1997, pp. 118-137 e 216-236 e Robert Chr. van OUYEN, *Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2003, pp. 45-139.

18 Léon Duguit combate, em suas obras, a visão tradicional do Estado soberano, criticando a concepção do Poder Público como uma vontade subjetiva dos governantes sobre os governados. Para Duguit, o Estado não é um soberano que comanda, mas uma força capaz de criar e gerar serviços públicos, formando um sistema realista com base na solidariedade social, objetivamente imposto a todos os cidadãos. O ponto central é a sua defesa do fim da idéia de dominação (*Herrschaft, puissance publique*) na Teoria do Estado, substituindo a soberania pelo serviço público como noção fundamental do direito público. Duguit propõe, assim, um regime político fundado na solidariedade social, em que os governantes têm deveres e obrigações de agir, o que implica na intervenção estatal nos domínios econômico e social. A solidariedade social, concretizada por meio dos serviços públicos, é, na sua visão, a forma mais adequada de legitimidade do Estado. Cf. Léon DUGUIT, *Las Transformations du Droit Public*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 1999, pp. 33-72; Léon DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 3ª ed, Paris, Ancienne Ubrairie Fontemoing & Cie Éditeurs, 1918, pp. 29-30, 67-68 e 71-84; Léon DUGUIT, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2000, pp. 124-152 e Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed, Paris, Ancienne Ubrairie Fontemoing & Cie Éditeurs/E. de Boccard, 1927-1928, vol. 1, pp. 541-551, 603-631, 649-654 e 67CM80, e vol. 2, pp. 59-107 e 118-142. Para a importância da noção de serviço público na Teoria do Estado de Duguit, vide o indispensável estudo de Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le Service Public dans la Théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LG.D.J, 1972.

19 Tratei deste debate entre Carl Schmitt e Hermann Heller de forma mais aprofundada no livro Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, especialmente pp. 65-170.

que ele entende como ampliação da esfera do Estado (e do político) para todas as áreas da vida social, que causaria a perda do monopólio do político pelo Estado.

A questão fundamental de uma teoria constitucional, para Carl Schmitt, não era a da unidade lógica do ordenamento, mas a questão da unidade política e da homogeneidade. O Estado, deste modo, se situa na conjunção de duas questões distintas, a da unidade e a do político. O núcleo central é a auto-afirmação da unidade política, que deve ser garantida a todo custo.<sup>20</sup>

Schmitt definiu o Estado como um *status*: a unidade política de um povo vivendo em determinado território.<sup>21</sup> Embora, aceitasse a essência da definição weberiana de Estado, ele foi além, invertendo a abordagem clássica e, ao rejeitar a tentativa de derivar a concepção do político de uma Teoria do Estado, fez com que o Estado dependesse do político: “O conceito de Estado pressupõe o do político”.<sup>22</sup> Portanto, de conceito do direito público, o Estado, para Schmitt, se tomou uma questão sobre a essência do político, o Estado deveria ser pensado a partir e em função do político, sem o qual perderia o sentido. O Estado é, assim, um meio de continuação e de organização da luta política pré-existente a ele, que cria sua própria ordem política. A unidade política, para Schmitt, era a unidade suprema por decidir por si mesma e ser capaz de impedir todos os demais grupos sociais opostos de se dissociarem em face do antagonismo extremo (guerra civil). Onde existisse a unidade política, os conflitos sociais poderiam ser objeto de uma decisão, com o estabelecimento de uma situação normal, de uma ordem.<sup>23</sup>

O Estado Liberal neutro e não-intervencionista tinha autonomia frente a sociedade. Com a separação clara entre Estado e sociedade, o Estado Neutro possuía capacidade genuinamente política. Desta forma, a equação Estado = político é correta, pois o Estado constitui um fato claro e determinado em contra posição aos grupos e esferas não políticos, ou seja, o Estado mantém o monopólio do político, encontrando-se separado e acima da sociedade. A extensão e amplitude do sufrágio e da democracia, no entanto, derrubaram a separação Estado/sociedade. Neste contexto, o Parlamento, por pressupor a divisão Estado e sociedade, converteu-se em uma estrutura que encerra

---

20 Hasso HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität: Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 109-111 e Marcus LLANQUE, “Die Theorie politischer Einheitsbildung in Weimar und die Logik von Einheit und Vielheit (Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller)” *cit.*, pp. 165-171. Nas palavras de Helmut Rumpf, a unidade política é o “Oberbegriff” do conceito de Estado de Schmitt. Cf. Helmut RUMPF, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes - Ideelle Beziehungen und aktuelle Bedeutung mit einer Abhandlung über: Die Frühschriften Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, p. 77.

21 Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 6ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 20 e Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 3 e 204-206.

22 Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen cit.*, p. 20.

23 Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen cit.*, pp. 20-24 e 44-45 e Carl SCHMITT, “Staatsethik und pluralistischer Staat” in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923--1939*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 157-160. Vide também Hasso HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität cit.*, pp. XL-XLIII a 95-103 a Pier Paolo PORTINARO, *La Crisi dello Jus Publicum Europaeum: Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982, pp. 258-261.

em si mesma uma contradição que nega as premissas de sua vitória. Afinal, a distinção entre Estado e sociedade desapareceu justamente com a democratização e o triunfo do Parlamento, com o Estado tomando-se a auto-organização da sociedade. Para Schmitt, deste modo, não poderia passar despercebida a diferença entre as tradicionais idéias parlamentares liberais e as idéias da moderna democracia de massas.<sup>24</sup>

O Estado não está mais acima das forças sociais, pois o povo ocupa o Estado, que passa, então, a ser a auto-organização da sociedade. Este pluralismo, presente na República de Weimar, anula todas as delimitações do político e transfere o monopólio do político do Estado para os partidos políticos. Conseqüentemente, o Estado deve satisfazer todas as necessidades e demandas da população, intervindo nos domínios econômico e social, abandonando, assim, os postulados da neutralidade e não-intervenção estatais. Na medida em que o Estado e a sociedade se interpenetram reciprocamente, gerando a identidade entre Estado e sociedade (o Estado Total), todos os domínios passam a ser políticos, ou seja, não há mais como distinguir o político e aquela identificação entre Estado e político, para Schmitt, deixa de ser verdadeira.<sup>25</sup>

O conceito do político de Schmitt, portanto, não implica na total usurpação de todas as esferas sociais pelo Estado e pela política, antes o contrário. Schmitt deseja garantir a autonomia de esferas não-estatais. Só um Estado forte pode se retirar das esferas não estatais. O Estado neutro é um Estado forte, pois separa o Estado da economia e da sociedade civil. A neutralização e despolitização da economia (que são processos políticos, pois só podem se originar da decisão política do Estado) necessitam de um Estado com liderança política, que só é capaz de existir se possuir fundamentos plebiscitários. Schmitt não se opõe ao livre mercado, mas entende que este só pode sobreviver sob a égide deste Estado forte. O Estado forte que defende é um que protege a liberdade econômica dos setores privilegiados das demandas populares garantidas pelo Estado Social. Será a dissolução ou ruptura da divisão entre o político e o não político que vai trazer uma série de problemas para a definição do político ou para sua vocação em se manifestar de modo privilegiado em certos domínios em contraposição a outros.<sup>26</sup>

---

24 Carl SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 6, 10-20, 43-50 e 61-63 e Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 48 ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 82-83.

25 Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*. cit., pp. 20-26; Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* cit., pp. 73-75 e 77-79; Carl SCHMITT, "Konstruktive Verfassungsprobleme" in *Staat, Grossraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 56--59 e Carl SCHMITT, "Starker Staat und gesunde Wirtschaft" in *Staat, Grossraum, Nomos* cit., pp. 74-79. O fundamento da democracia situa-se na identidade e na homogeneidade do povo consiste no aspecto existencial da unidade política. Para Schmitt, o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial. No entanto, a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois, para Schmitt, a igualdade é política, portanto, discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo. A igualdade política da democracia deve corresponder ao princípio da homogeneidade a partir do qual e em nome do qual possa se estabelecer a distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo. Cf. Carl SCHMITT, *Verfassungslehre* cit., pp. 223, 226-228 e 234-238. Vide, ainda, vide o excelente trabalho de Bernardo FERREIRA, *O Risco do Político: Crítica ao Liberalismo e Teoria Política no Pensamento de Carl Schmitt*, Belo Horizonte/Rio de Janeiro, Ed.UFMG/IUPERJ, 2004, pp. 156-235.

Se os órgãos e instâncias previstos na Constituição não são capazes de realizar a unidade política, é inevitável, segundo Schmitt, que a substância política se desloque para outros setores do sistema político e social. A solução não pode, no entanto, ser a continuidade da debilitação do Estado. Para que se consiga impor a neutralidade, é necessário um Estado forte, pois a solução é política e exige a capacidade de tomada de decisões. A saída é um poder neutralizador, que, utilizando-se dos poderes de exceção, consiga excluir quem é hostil ou estranho à ordem política, podendo jogar a legitimidade contra a legalidade e, assim, excluir o inimigo. Como nas situações críticas, a solução dos problemas se afasta do Parlamento, os poderes de exceção do artigo 48 da Constituição de Weimar se reveste, assim, de crucial importância. Em um Estado como o alemão da República de Weimar, federal, policrático e pluralista, a função mediadora e reguladora do poder neutro adquire importância central no sistema político. O Presidente do Reich é, assim, o último pilar da ordem constitucional, o único capaz de resistir à possibilidade de caos.<sup>27</sup>

A Teoria da Constituição de Schmitt é, para Hofmann, a aplicação construtiva e teórico-jurídica do conceito do político. Apesar de reabilitar a política na análise constitucional, seu projeto constitucional era a crítica aos fundamentos da Constituição de Weimar.<sup>28</sup> É importante ressaltar que Schmitt não escreveu uma Teoria do Estado (*Staatslehre*), mas uma Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*). Isto teria ocorrido, segundo o próprio Carl Schmitt, pela sua constatação de que o Estado havia perdido o monopólio do político. O resultado desta formulação teórica, exposta em *O Conceito do Político*, era a afirmação de que o conceito de Estado pressupõe o do político. Deste modo, o trabalho sistemático que se desenvolveu em continuidade ao *O Conceito do Político* foi uma Teoria da Constituição, não uma Teoria do Estado, pois já seria impossível definir o político a partir do Estado.<sup>29</sup> Na definição de Carl Schmitt, a Constituição é a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente.<sup>30</sup>

---

26 Carl SCHMITT. *Der Begriff des Politischen* cit., pp. 24-26; Carl SCHMITT, “Konstruktive Verfassungsprobleme” cit., pp. 63-64; Carl SCHMITT, “Starker Staat und gesunde Wirtschaft” cit., pp. 71, 74, 77 e 81 e Carl SCHMITT. “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland” in *Positionen und Begriffe*. cit., pp. 212-213. Vida também Carl SCHMITT, “Wesen und Werden des faschistischen Staates” in *Positionen und Begriffe* cit., pp. 125 e 128-129.

27 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre* cit., pp. 350-353; Carl SCHMITT, *Der Hater der Verfassung* cit., pp. 71-73, 100-101, 115-117 e 132-140 e Carl SCHMITT, “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland” cit., p. 216.

28 Hasso HOFMANN. *Legitimität gegen Legalität* cit.. p. 117 e Olivier BEAUD, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé”. in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 58-61, 74-75, 93-96, 101-108 e 113. Contra esta interpretação, vide Pasquale PASQUINO, “Schmitt à Weimar”, *Revue Française de Science Politique*, vol. 43, nº 4, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, agosto de 1993, pp. 704-708.

29 Carl SCHMITT, *Politische Theologia II - Die Legende von der Erfadigung jeder Politischen Theologie*, 4ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 21-22. Holzhauser afirma que o conceito de político da *Verfassungslehre* é o do político como consenso, vinculado à unidade e homogeneidade do povo, sujeito do poder constituinte que toma as decisões fundamentais da Constituição. Vide Vilmos HOLCZHAUSER. *Konsens und Konflikt: Die Begriffe des Politischen bei Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 110-120. Para uma análise das diferenças entre o conceito de político da *Verfassungslehre* e de *Der Begriff des Politischen*, este fundado na idéia de conflito, vide Vilmos HOLCZHAUSER, Idem, pp. 120-123 e 153-155. Ainda sobre o conceito do político de Carl Schmitt, vide Bernardo FERREIRA, *O Risco do Político* cit., pp. 37-50. Devo ressaltar, também, que Hans Kelsen, a partir de pressupostos absolutamente distintos, chega à conclusão de que a Teoria Geral do Estado deve coincidir com uma

A partir de 1933, Schmitt vai afirmar constantemente que a unidade política não se expressa mais necessariamente sob a forma “Estado”. O declínio irreversível do Estado tem, para ele, dois argumentos essenciais: a questão do Estado Total, ou seja, a política que se expande além dos limites fixados pelo Estado, e a questão geopolítica. O Estado Total, paradoxalmente, é um super Estado que leva à superação do Estado e da política em suas acepções modernas. O Estado, construído como aparato e instrumento desde Hobbes, parece exteriormente onipotente, mas é impotente internamente, passando de Estado Neutro a Estado Total, ao configurar-se a vitória da esfera privada sobre a pública, das forças sociais pluralistas sobre o Estado. O monopólio do político pelo Estado, segundo Schmitt, foi próprio da Europa. A expansão colonial e imperialista desestabilizou a ordem européia, com a mundialização da política e o conseqüente declínio do Estado (mas não necessariamente da política), ligado à ascensão da atividade econômica como atividade mundialmente dominante. Schmitt adquire, assim, a convicção da superação definitiva do Estado enquanto tal, dando um senso historicamente concreto à dissociação entre Estado e político.

No prefácio, de 1963, que Schmitt escreveu ao livro *O Conceito do Político*, ele afirmava que a Europa vivia uma época em que os conceitos jurídicos estavam integralmente ligados ao Estado, pressupondo-o como modelo da unidade política. Mas, na sua visão, “a época da estatalidade chegava agora ao seu fim”,<sup>31</sup> e o Estado como modelo da unidade política e como portador do monopólio da decisão política estava destronado. O Estado moderno é, portanto, para Schmitt, uma figura histórica e superada. Para ele, a soberania e a política não são mais redutíveis à forma “Estado”. Na realidade, desde a Teologia Política Schmitt fala do fim do Estado. Deste modo, a desconstrução do Estado, para Galli, já foi virtualmente realizada na individualização da soberania como decisão sobre a exceção. Mesmo a afirmação do Estado como *status* da unidade política culmina na conclusão que o Estado não tem sentido separado do político. O Estado não pode ser pluralista, pois deve garantir a unidade política e esta só pode ser garantida se for mantida a diferença originária da exceção, origem e centro gerador da unidade política. Nesta realidade aporética do Estado, Schmitt busca superar a forma “Estado” e tenta recuperar a concretude da forma política.<sup>32</sup>

A interpretação dominante, segundo Portinaro, é a de que Carl Schmitt seria o último e mais nocivo representante do maquiavelismo e da razão de Estado. Efetivamente, com seu conceito do político, em que o Estado pressupõe o político, Schmitt está em conflito e polemizando com uma tradição secular da filosofia política. Para esta tradição, a política e o Estado são indissociavelmente ligados, não podem ser considerados isolada ou separadamente um do outro. O que muda com Schmitt, de

---

Teoria da Constituição. Vide Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien. Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993, pp. 45-46 e Gilberto BERCOVICI, “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição” *cit.*, pp. 88-92.

30 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, p. 4

31 Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen cit.*, p. 10.

32 Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen cit.*, pp. 10-12.

acordo com a análise de Pier Paolo Portinaro, é a definição da característica essencial do Estado, não mais como monopólio legítimo do uso da força, mas como o monopólio da decisão última sobre a distinção amigo/inimigo. O político, assim, se reduz à exceção e ao caso extremo, contrapondo-se ao Estado como fator de estabilização. Schmitt, assim, rompe com o pensamento político moderno, dissociando Estado e político e retirando o Estado como objeto privilegiado da filosofia política.<sup>33</sup>

Com dissociação Estado/político e a perda da capacidade e da autoridade do Estado em decidir sobre a distinção amigo/inimigo, o Estado, para Schmitt, cessa de existir como formação política autônoma para se tornar uma simples organização da sociedade civil ou da economia. Isto ocorreu tanto no sistema totalitário, em que o monopólio do político passou para o partido único, como no sistema pluralista, em que este monopólio se perde. Onde o monopólio do político se dissolve, torna-se impossível a unidade jurídico-política denominada Estado tomar decisões e exercitar sua soberania. A crise da soberania e a perda do monopólio do político são, para Carl Schmitt, dois aspectos do mesmo fenômeno de perda de substância política por parte do Estado. E é a perda do monopólio do político e a desagregação da soberania estatal que colocam em crise o *jus publicum europaeum*.<sup>34</sup>

#### 4. A UNIDADE POLÍTICA POSSÍVEL E A UNIDADE NA PLURAUDE

Hermann Heller, por sua vez, busca novos fundamentos para a unidade política tendo em vista a insuficiência do positivismo. O esforço de Heller é colocar em novos termos (e com novos pressupostos) o problema da unidade política, de modo distinto das soluções de Kelsen e de Schmitt. Ele busca compreender o Estado não a partir do direito que o constitui, mas ligado à realidade social. O Estado não pode ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social. Esta separação impede a compreensão do fenômeno estatal. Heller defende que o Estado seja estudado como a totalidade da vida social considerada desde o ponto de vista de uma ordenação territorial.<sup>35</sup>

O problema central de sua concepção de Estado são as relações entre pluralidade e unidade, visando a construção de uma unidade política com homogeneidade social em uma sociedade pluralista. Heller tenta conciliar, para isso, a democracia e o socialismo. O Estado, segundo Heller, é uma unidade na pluralidade, a unidade de decisão territorial. A existência desta unidade real se faz possível graças à ação de órgãos especiais, conscientemente dirigida à formação eficaz da unidade política, ou seja, o Estado é uma unidade real de ação, não apenas uma unidade de vontades. O Estado se diferencia de todos os outros grupos territoriais de dominação

---

33 Cf. Pier Paolo PORTINARO, *La Crisi dello Jus Publicum Europaeum cit.*, pp. 234-239. Vide também Carl SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 7ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 14-17, 25-26 e 34-37.

34 Pier Paolo PORTINARO, *La Crisi dello Jus Publicum Europaeum cit.*, pp. 261-265. Sobre a questão do nomos da Terra e a crise do *jus publicum europaeum*, vide, por todos, o livro, hoje clássico, Carl SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

35 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 117-120 e 139-140.

pelo seu caráter de unidade soberana de ação e de decisão. A unidade, portanto, tem um papel central na Teoria do Estado de Heller, em que ele afirma categoricamente a insustentabilidade da estrutura de classe do Estado. A sua preocupação gira em torno do modo que o Estado pode atuar como unidade ativa e como forma histórica real na realidade histórico-social. Ao contrário de Carl Schmitt, a unidade política, para Heller, não é um dado prévio, mas um fim ideal continuamente confrontado com a complexidade e as contradições da realidade. Por isso entende o Estado como unidade na pluralidade.<sup>36</sup>

Deste modo, para Heller, a essência do político é o equilíbrio dialético entre a unidade e a diversidade infinita dos atos sociais para a obtenção de uma unidade política ordenadora e ordenada. São os atos de decisão política que estabelecem e mantêm em vigor a ordem jurídica, cuja existência depende permanentemente dessa unidade de decisão em um território determinado. O problema fundamental da política é o nascimento e a manutenção dessa unidade de decisão territorial, de um lado, dentro da pluralidade dos atos de vontade que a integram e, de outro, dentro da pluralidade de dominações territoriais que a circundam.<sup>37</sup>

Toda política pretende a conformação e a manutenção da unidade. Heller critica a definição da distinção amigo/inimigo como especificamente política, feita por Carl Schmitt. Na sua visão, esta distinção não denota nada especificamente político. Se todas as ações políticas se referissem a esta distinção, como quer Schmitt, existiria um inimigo existencial que deve ser atacado e aniquilado para preservar uma forma de vida de acordo com o próprio ser. Deste modo, a origem e existência da unidade política seria eminentemente existencial, não política. Schmitt, segundo Heller, só teria visto o *status* político acabado. O político não é estático, mas deve se moldar constantemente de acordo com a realidade social. A política, para Heller, é um processo dinâmico pelo qual o Estado chega a ser e se impõe como unidade na pluralidade. Assim, a política é, também, a ordem da cooperação entre as relações humanas, sendo a finalidade da política estatal a busca pela ordem da cooperação das relações sociais em determinado âmbito.<sup>38</sup>

Heller também discorda da prevalência schmittiana do político sobre o Estado. Na sua visão, a distinção entre o poder político e as demais formas de poder social deve levar em consideração sua relação com o Estado. O poder político não é exercido somente no Estado, mas ele é potencialmente poder estatal, pois seu objetivo é se tornar poder estatal.<sup>39</sup> A política, para Heller, deve ser entendida como ação, como uma

---

36 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 259-269. Vide também Marcus LLANQUE, "Die Theorie politischer Einheitsbildung in Weimar und die Logik von Einheit und Vielheit (Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller) *cit.*, pp. 171-175.

37 Hermann HELLER, "Politische Demokratie und soziale Homogenität" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 423-424.

38 Hermann HELLER, "Der Sinn der Politik" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 1, p. 433; Hermann HELLER, "Politische Demokratie und soziale Homogenität" *cit.*, pp. 424-426 e Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 233-234.

39 Hermann HELLER, "Political Power" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 3, pp. 37-38 e Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 231-233.

conformação consciente da sociedade orientada para um fim. Deste modo, toda política pretende ser política estatal, pois só a ordem estatal consegue acatamento da população. Os formuladores e executores das políticas desejam, assim, que seus interesses sejam garantidos pelo direito estatal e que o aparato de poder do Estado se coloque à disposição de seus interesses. Como a política envolve a realidade social, é preciso conhecer a realidade e se defrontar com ela em cada momento histórico: “*quer e deve ser a política a configuração exitosa da sociedade*”. A ação política, deste modo, é uma ação equilibrada, rigorosamente orientada a um fim determinado e desenvolvida com a máxima consciência possível das conseqüências secundárias.<sup>40</sup>

Heller, assim, defende que o socialismo não pode ignorar a soberania e o Estado, pois o ponto central de seu programa é promover o império da vontade popular, organizada pelo Estado, sobre a economia, o que significa que os socialistas têm que aspirar ao reforço da soberania estatal.<sup>41</sup> A soberania, para Heller, é dinâmica e continuamente reconstruída. A sua elaboração do conceito de soberania não é uma construção monolítica do espaço político, mas Heller entende que a soberania só pode se desenvolver com uma autonomia relativa no tocante às condições que a constituem.<sup>42</sup> Soberana, segundo Heller, é aquela unidade decisória que não está subordinada a nenhuma outra unidade decisória universal e eficaz, capaz de determinar essencialmente por si mesma o uso do poder, sendo a criadora suprema de normas e mantendo o monopólio do poder de coação física legítima. Desta forma, só pode ser considerado soberano o Estado, destinado à satisfação das grandes necessidades da era moderna, cuja soberania é uma categoria histórica. Heller busca reabilitar o Estado como princípio de organização da vida social, contrapondo-se às alternativas do positivismo (de uma Teoria do Estado sem soberania<sup>43</sup>) e do decisionismo (de uma teoria da soberania sem Estado). Segundo Heller, o Estado assegura, como instância última dentro de um território determinado, a coordenação de todos os atos sociais. O que caracteriza a soberania é, assim, esta unidade de vontades por meio da decisão. Só a soberania permite explicar a qualidade do Estado moderno de constituir, dentro do seu território, a unidade decisória universal. Essa capacidade é potencial, não necessariamente real. Mas, a unidade de decisão territorial é, em essência, uma unidade dialética da pluralidade dos atos sociais ocorridos dentro do território estatal, ou, em outras palavras, é a expressão das relações sociais de poder.<sup>44</sup>

---

40 Hermann HELLER, *Sozialismus und Nation in Gesammelte Schriften cit.*, vol. 1, pp. 497-499 e Hermann HELLER, “Staat, Nation und Sozialdemokratie” in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 1, pp. 535-536.

41 Hermann HELLER, *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats – und Völkerrechts in Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 199-200.

42 Ulderico POMARICI, *Oltre il Positivismo Giuridico: Hermann Heller e il Dibattito sulla Costituzione Waimariana*, Napoli, Prismi, 1989, p.47.

43 A crítica de Kelsen à concepção de soberania, que não será abordada neste estudo, pode ser vista em todo o livro Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, reimpr. da 2ª ed, Aalen, Scientia Verlag, 1981 e em Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 102-112 e Hans KELSEN, *Théorie du Droit International Public*, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, tome 84, 1953-III, pp. 79-85 e 105-107.

44 Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, pp. 65, 124-126, 133-134, 141-142 e 185 e Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 218-221 e 274-279.

A decisão, para Heller, não tem a relevância que Schmitt lhe atribui no estado de exceção, mas ela é fundamental na situação de normalidade, na regularidade da positivação jurídica, pois, na visão de Heller, a essência da soberania é a positivação do direito. Na sua visão, soberana é a vontade da comunidade a que corresponde adotar as decisões últimas e em que reside o supremo poder legislativo. As normas jurídicas, assim obtêm sua determinação e positividade graças a uma decisão individual de vontade exteriorizada. Não existe, segundo Heller, positividade jurídica sem soberania.<sup>45</sup>

O ponto essencial é descobrir o sujeito da soberania, dada a necessidade de um sujeito de vontade real e autoridade independente, capaz de positar normas jurídicas e adotar, em qualquer circunstância, decisões valorativas. Deste modo, Heller, assim como Schmitt, busca definir quem é o soberano.<sup>46</sup> Apesar de elogiar a obra de Carl Schmitt como a única tentativa importante de regenerar a soberania pela reintegração de um sujeito de vontade capaz de ser seu titular, Heller afirma que a concepção schmittiana de soberania é insustentável e contraditória. A principal crítica deve-se à visão que Schmitt faz do Estado como uma ditadura da vontade. Desta forma, Schmitt não teria descoberto uma unidade de vontade como sujeito da soberania. Soberano, para Heller, é o titular de uma unidade de decisão eficaz, que não se destaca pela excepcionalidade da decisão última, mas pela situação normal de uma decisão constante e universal, ou seja, pela manutenção da normalidade. A soberania, e seu sujeito, não podem ser construídos sobre princípios metafísicos, nem constituírem mera ficção jurídica, mas devem ser mostrados como realidade social e política.<sup>47</sup>

O Estado, para Heller, é uma unidade de vontade e de ação, resultante da pluralidade de vontades e não subordinada a nenhuma outra unidade política decisória superior. Deste modo, sempre que se fala em soberania do Estado, se vincula, de alguma forma, a soberania do povo. A unificação das vontades se dá pelo princípio majoritário e pela representação, meios técnicos que possibilitam ao povo, como unidade, dominar o povo como pluralidade, permitindo, assim, que o povo seja o sujeito da soberania. O pressuposto essencial para isto é a existência real de uma vontade geral (*volonté générale*) para que a minoria possa aceitar as decisões da maioria. Portanto, o poder do Estado é um poder representativo e vinculado à vontade geral e a democracia é o meio de formação da vontade e da unidade estatais. Com a supremacia do povo como unidade sobre o povo como pluralidade, está excluída qualquer possibilidade de soberania dos órgãos estatais e, ao mesmo tempo, se identifica a soberania do Estado com a soberania do povo. Heller, contrariando Schmitt, afirma que só quem decide constitucionalmente no estado de normalidade, decide, com autoridade jurídica, no estado de emergência, destacando que soberano não é o Presidente do Reich, mas o povo.<sup>48</sup>

---

45 Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, pp. 73-75 e 79-80.

46 Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, p. 81.

47 Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, pp. 88-92 e Ulderico POMARICI, *Oltre il Positivismo Giuridico cit.*, pp. 119-127.

48 Hermann HELLER, *Die Souveränität cit.*, pp. 95-99 e 126-128 e Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, p. 280. Reforçando sua defesa da soberania do povo, Heller destaca, ainda, que a concepção fascista do Estado atribui peso particular à superação da teoria da soberania popular, que pretende substituir pela teoria da soberania estatal. Cf. Hermann HELLER, *Europa und der Fascismus in Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 507-508.

A Teoria do Estado de Heller é, ao mesmo tempo, uma teoria da democracia e da democracia socialista. Heller, simultaneamente, estuda a tradição do pensamento político ocidental e propõe a superação do Estado de classe pelo socialismo. Heller, segundo Bauer, transforma a Teoria do Estado de uma disciplina que representa a democracia formal e a politologia para uma disciplina que fundamenta e planeja a democracia material. A Teoria do Estado deve ser orientada para a democracia, buscando a integração da pluralidade do povo na unidade do Estado.<sup>49</sup>

Não existe, propriamente, uma crise da democracia para Heller, que entende a democracia como a única forma de legitimação do poder político. A crise é do parlamentarismo, ou melhor, da técnica parlamentar, em um contexto de transição da democracia individualista para a democracia social. Tendo adquirido consciência das discrepâncias sociais, o proletariado vai desejar tomar o aparato do Estado. A forma democrática de luta de classes será respeitada se a democracia lhe oferecer certas expectativas de triunfo. Caso contrário, o risco é o proletariado enxergar o Estado como mero Estado de classe e instrumento de opressão, digno apenas de ser combatido. Nesta situação, os trabalhadores enfrentarão a ditadura do Estado burguês com a revolução e a ditadura do proletariado. Portanto, para Heller, a democracia e a efetividade do poder político estavam ameaçados pela ausência de homogeneidade social e por serem dotados de um suporte econômico insuficiente para unificar de modo efetivo as clivagens sociais.<sup>50</sup>

Esta crise se manifesta também na cultura europeia do Estado de Direito, que, na visão de Hermann Heller, sofreu profundas modificações *após* a Primeira Guerra Mundial. Com o capitalismo desenvolvido e organizado que se consolida e a consciência política do proletariado, as exigências de ampliação da democracia burguesa voltam-se para a democracia social. O aumento da participação dos trabalhadores no Parlamento começa a incomodar a burguesia, jurídica e politicamente equiparada ao proletariado. Este, por sua vez, fraco economicamente, tenta limitar o poder econômico privado pela lei, buscando submeter a economia ao Estado de Direito, aumentando a exigência de prestações sociais e até ameaçando com a limitação ou desapropriação da propriedade. Desta forma, Heller entende que a invocação do princípio democrático pelo capitalismo cria uma situação que acaba ameaçando a própria burguesia. Como não há possibilidade de excluir o proletariado do Poder Legislativo pelo Estado de Direito, a burguesia começa a renegá-lo, contestando a submissão à lei (submissão à vontade da maioria) e partindo em busca do apoio de soluções ditatoriais que reestabeleçam o seu predomínio político e social. Deste modo, ao condenar o Estado de Direito, a democracia e o parlamentarismo, a burguesia renega sua história, vítima

---

49 Wolfram BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie: Zur Politologie des Methodenstreites der Staatsrechtslehrer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 421 e Wolfgang SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, 28 ed, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1983, pp. 178-179 e 187-191 e 195-197.

50 Hermann HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart in Gesammelte Schriften cit.*, vol. 1, pp. 329-332; Hermann HELLER, "Politische Demokratie und soziale Homogenität" *cit.*, pp. 427-431 e Hermann HELLER, "Political Power" *cit.*, p. 40.

de seus próprios equívocos e limitações. O dilema da Alemanha no início da década de 1930 era, para Hermann Heller, a opção entre a ditadura fascista e o Estado de Direito. E a alternativa que ele propõe é a do aprofundamento do Estado de Direito, na direção do Estado Social de Direito.<sup>51</sup>

## 5. AS POSSIBILIDADES DE UMA TEORIA DO ESTADO ENTRE FRAGMENTAÇÃO E TOTALIDADE

No segundo pós-guerra, a questão da unidade política tomou outras dimensões. O Estado, centro das preocupações do debate sobre unidade política, perdeu espaço para a constituição. As constituições democráticas do pós-guerra tinham a unidade política como pressuposto, seja localizada no Estado soberano, seja no poder constituinte do povo. E, pressuposta, a unidade política se manifestava e era garantida pela constituição, passando a ser uma preocupação não mais de uma Teoria do Estado, mas das várias Teorias da Constituição.<sup>52</sup> O instrumento que garantia essa unidade política e tornava concreta, reconduzindo-a dentro dos limites constitucionais, a soberania popular, era o partido político. O partido político era o grande ator da democracia constitucional, com a tarefa de desenvolver a constituição e seu conteúdo. Com a crise dos partidos políticos e de seu papel de destaque na política constitucional, a tendência foi, segundo Fioravanti, a de emancipação da constituição da unidade política pressuposta, seja do poder constituinte, seja do Estado soberano. Este esvaziamento do papel do partido político vai ser preenchido por outro poder, que vai assumir a função de protagonista do debate e da prática constitucionais: o tribunal. Os juizes, e não mais a política partidário-parlamentar, vão se arrogar a função de concretizar a constituição.<sup>53</sup>

A esta transformação das relações entre constituição, Estado e política, irá se somar o discurso da “crise do Estado”.<sup>54</sup> O fundamento deste discurso é a chamada crise fiscal do Estado, teorizada pelo americano James O’Connor, em 1973. Para

---

51 Hermann HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur? in Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 445-458 e 460-462. O ideal socialista, para Heller, é o da passagem da democracia política para a democracia econômica. A primeira combateu os estamentos políticos, a segunda combate as classes econômicas. O Estado de Direito puro deve se transformar em um Estado de bem-estar democrático e social, de modo que a “anarquia da produção capitalista” seja substituída pelo ordenamento justo da vida econômica. O controle estatal dos interesses econômicos auxiliará na realização da democracia substancial, integrando o proletariado na unidade do Estado. O Estado Social de Heller é, assim, um Estado Socialista. A política deve se impor sobre a economia em um modelo estatal de integração, por meio do socialismo democrático e a implementação da democracia na esfera econômica. A opção de Heller pelo Estado Social não se destinava a aperfeiçoar ou a legitimar o capitalismo, como fizeram os chamados Estados Sociais do pós-Segunda Guerra Mundial. Heller é anti-capitalista a o seu Estado Social de Direito é um Estado Socialista e Democrático. Cf. Hermann HELLER, “Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform” in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pp. 415-416. Vide também Christoph MÜLLER, “Hermann Heller. Leben, Werk, Wirkung” in Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 3, pp. 431-432 e 448-450.

52 Sobre a substituição da Teoria do Estado pela Teoria da Constituição como disciplina central do direito público, vide Gilberto BERCOVICI, “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição” *cit.*, pp. 103-133.

53 Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione Italiana nella Storia dei Costituzionalismo Moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 12-20 e Maurizio FIORAVANTI, “Costituzione Política: Bilancio di Fine Secolo” in *La Scienza dei Diritto Pubblico cit.*, vol. 2, pp. 878-886. Para a contestação da constituição como centro que assegura a unidade política estatal, vide Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 38 ed, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 9-20.

O'Connor seria uma contradição inerente ao Estado capitalista a obrigação de se preocupar, simultaneamente, com a acumulação de capital e com sua legitimação. Deste modo, o Estado deve garantir e incentivar o sistema econômico capitalista e, ao mesmo tempo, realizar uma série de políticas públicas de cunho social para legitimar-se. Este processo contraditório entre acumulação de capital e despesas sociais seria a causa das crises econômicas, políticas e sociais, graças à tendência dos gastos estatais crescerem mais rapidamente do que a capacidade do Estado em financiá-los adequadamente.<sup>55</sup> Desde esta análise de O'Connor, tornou-se lugar-comum falar em "crise fiscal do Estado", embora os críticos do Estado, em sua quase totalidade, não divulguem a solução dada por O'Connor para o fim da crise, que era a transição para o socialismo: "*The fiscal crisis of the capitalism state is the inevitable consequence of the structural gap between state expenditures and revenues. It is our contention that the only lasting solution to the crisis is socialism*".<sup>56</sup>

A chamada crise fiscal, somada à contestação da unidade política estatal pelas teorias ditas pluralistas, especialmente de matriz sistêmica, vão desvalorizar o Estado como objeto de estudo. As teorias sistêmicas destacam a hipertrofia de grupos sociais como o elemento decisivo da política, por meio da auto-organização da sociedade através dos grupos de interesse. Boa parte de sua argumentação refere-se à economicização da política, à despolitização da política e do Estado, reduzido a mero aparato técnico-burocrático ou, nas palavras de Helmut Willke, a um "ator local", sem grande relevância para a formação da unidade política. Ou seja, para estes autores, o Estado, entendido como autoridade política e econômica, caiu no vazio com a sociedade complexa da atualidade.<sup>57</sup> Giacomo Marramao chega a denominar a "*dottrina dello Stato come «triste scienza»*".<sup>58</sup> A questão central deslocou-se, com as novas abordagens teóricas que relativizam o Estado, da esfera do Estado para a dos governos, ou da assim chamada "boa governança",<sup>59</sup> embora os mais afoitos até falem em "fim do Estado",<sup>60</sup> dando razão a afirmação de Carl Schmitt sobre o "fim da estatalidade".

Nas ciências sociais, os estudos migraram da análise do Estado para a análise das políticas públicas, passagem esta que representa uma tentativa de substituição do Estado pela sociedade civil como centro das preocupações políticas e teóricas. O que

---

54 Para um levantamento da argumentação sobre a crise do Estado, vide José Luis Bolzan de MORAIS, "As Crises do Estado" in José Luis Bolzan de MORAIS (org.), *O Estado e suas Crises*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, pp. 9-27.

55 James O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St Martin's Press, 1973, pp. 6-10 e 40-42.

56 James O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State cit.*, pp. 221 e 255-256.

57 Vide, por exemplo, Helmut WILLKE, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1996, pp. 7-9, 11-24 e 362-372; Thomas VESTING, "Erosionen staatlicher Herrschaft: Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 117, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, pp. 39-44 e Thomas VESTING, "Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft? Zu Hermann Hellers Idee einer politischen Organisation der Gesellschaft", *Der Staat*, vol. 31, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 179-185.

58 Giacomo MARRAMAIO, *Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, pp. 23-36. Para Vesting, o paradoxo seria que, na atualidade, a Teoria do Estado como ciência da realidade é uma ciência da realidade sem Estado". Cf. Thomas VESTING, "Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft? Zu Hermann Hellers Idee einer politischen Organisation der Gesellschaft" *cit.*, pp. 185-186.

ocorreu foi o deslocamento do estudo do Estado ou do papel do Estado, bem como das concepções totalizantes, para uma discussão setorial de determinadas políticas. Isto deve-se não apenas à maior especialização dos pesquisadores e formuladores políticos, mas também ao contexto de americanização da ciência política, de crise do desenvolvimentismo (e, conseqüentemente, do planejamento e do Estado), de crescente legitimidade das idéias liberais e seus pressupostos metodológicos individualistas e à tentativa de substituir o direito por instrumentos de análise econômica na compreensão do aparato estatal. Para Marcus Faro de Castro, buscou-se uma politização não institucional, fora da esfera estatal, uma espécie de “política antipolítica”.<sup>61</sup>

É neste contexto que surge o debate jurídico em tomo das políticas públicas, preocupado com a reformulação das concepções tradicionais do direito público, especialmente a reconstrução do direito administrativo a partir da ação do Estado para a satisfação do interesse social. Não por acaso busca-se definir, juridicamente, política pública como tendo por fundamento a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, elaborando-se o conceito de que: “*políticas públicas são os programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”.<sup>62</sup> Em termos gerais, o debate jurídico em tomo das políticas públicas é uma espécie de reatualização das concepções de Léon Duguit, buscando legitimar o Estado por suas finalidades, contestando a unidade política por meio da soberania, com uma visão fragmentada da atuação estatal.<sup>63</sup>

---

59 Para uma análise deste deslocamento dos Estados aos governos, vide Martin van CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1999, pp. 415 e ss. Sobre a influência dos organismos multilaterais do Sistema Financeiro Internacional (especialmente o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial) na defesa da “boa governança”, vide, entre outros, Chantal THOMAS, “Does the ‘Good Governance Policy’ of the International Financial Institutions Privilege Markets at the Expense of Democracy?” *Connecticut Journal of International Law*, vol. 14, Fall 1999, pp. 551 e ss.

60 Para a argumentação contrária ao discurso do “fim do Estado”, entendido aqui como puramente ideológico, vide, entre outros, Peter EVANS, “The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization”, *World Politics*, vol. 50, n° 1, outubro de 1997, pp. 65-82 e 87 e Paulo Nogueira BATISTA Jr, “Mitos da ‘Globalização’”, *Estudos Avançados*, vol. 12, n° 32, São Paulo, EDUSP, janeiro-abril de 1998, pp. 154-163 e 181.

61 Cf. Marcus André MELO, “Estado, Governo e Políticas Públicas. in Sergio MICELI (org.), *O Que Ler na Ciência Social Brasileira (1970-1995)*, vol. 3: Ciência Política, 2ª ed, São Paulo/Brasília, Ed. Sumaré/ANPOCS/CAPES, 2002, pp. 60-65, 69 e 81-82 e Marcus Faro de CASTRO, “Direito, Economia e Políticas Públicas: Relações e Perspectivas”, *Ciências Sociais Hoje*, Rio de Janeiro, Rio Fundo/ANPOCS, 1992, pp. 202-205. Para a conceituação e crítica do chamado “individualismo metodológico”, ou seja, a redução de todos os fenômenos sociais às ações intencionais/rationais dos indivíduos, pressuposto de análise de boa parte das doutrinas econômicas e, hoje, também, de setores das ciências sociais e do direito, vide Antônio José Avelãs NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 50-84 e Leda Maria PAULANI, *Modernidade e Discurso Econômico*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2005, pp. 45-140.

62 Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 241. Vide também Maria Paula Dallari BUCCI, “As Políticas Públicas e o Direito Administrativo”, *Revista Trimestral de Direito Público* n° 13, São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 135-136 e 140.

63 Esta visão fragmentada é cada vez mais comum no direito administrativo. Sobre a questão da desagregação da Administração Pública, entendendo o Estado como um ente administrativo complexo sem centro, vide Massimo Severo GIANNINI, *Il Pubblico Potere: Stati e Amministrazioni Pubbliche*, reimpr., Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 78-87. Para textos recentes que contestam um dos pilares do direito administrativo, o principio da supremacia do

Duguit defendia sua visão em torno dos serviços públicos. Hoje, ao invés de serviço público, fala-se em política pública. Mas o significado geral e os objetivos a que se propõem os autores são basicamente os mesmos.

Não é possível, ao meu ver, seguir a proposta de rearticular o direito público em tomo da noção de política pública,<sup>64</sup> como já não era possível, no início do século XX, rearticulá-lo como queria Duguit, em tomo da concepção material de serviço público. As políticas públicas são sempre programas setoriais, portanto há um choque entre uma visão global e de territorialidade, que é a do Estado, com uma visão setorial e fragmentada, que é a das políticas públicas.<sup>65</sup> Não é possível buscar compreender a unidade política por meio da análise fragmentada das políticas públicas. A rearticulação do direito público deve se dar em torno de uma renovada Teoria do Estado, com visão de totalidade, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a constituição e o Estado, baseada nos termos expostos por Hermann Heller.<sup>66</sup>

A proposta de Heller é a de uma Teoria do Estado atual, não seguindo o estilo das tradicionais Teorias Gerais do Estado alemãs, que partiam da idéia de que o Estado é invariável com características constantes e caráter universal através do tempo e dos lugares. Heller defende a investigação da “específica realidade estatal que nos rodeia”, A Teoria do Estado é, portanto, uma ciência da realidade, que estuda o Estado enquanto realidade, ou seja, enquanto formação real e histórica.<sup>67</sup> Busca compreender o Estado não a partir do direito que o constitui, mas ligado à realidade social. O Estado não pode ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social. Esta separação impede a compreensão do fenômeno estatal. Heller defende que o Estado seja estudado como a totalidade da vida social considerada desde o ponto de vista de uma ordenação territorial.<sup>68</sup> A proposta de Hermann Heller ainda é, portanto, fundamental para a elaboração de uma nova Teoria do Estado, com a recuperação da totalidade e da política.

A “crise do Estado”, por mais paradoxal que seja, exige uma reflexão mais aprofundada sobre o Estado. Reflexão esta que saiba lidar com a questão da unidade

---

interesse público sobre o interesse privado, vide Humberto Bergmann ÁVILA, “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 24, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 159-180 e Paulo Ricardo SCHIER, “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* nº 4, Belo Horizonte, Del Rey, julho/dezembro de 2004, pp. 517-538.

64 Neste sentido, vide Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas cit.*, pp. 241-251.

65 Pierre MULLER, *Las Politiques Publiques*, 4ª ed, Paris, PUF, 2000, pp. 16-26.

66 Vide, para maiores detalhes, Gilberto BERCOVICI, “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição” *cit.*, pp. 133-138.

67 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 12-13, 57-62, 76 e 81. Vide também Ulderico POMARICI, “*Oltre Il Positivismo Giuridico cit.*”, pp. 193-210. Contra a idéia de uma Teoria Geral do Estado, enciclopédica, em que os “modelos” de Estado são fixados de modo apriorístico e sem consideração com a realidade, vide também Sebastião Botto de Barros TOJAL, *Teoria Geral do Estado: Elementos de uma Nova Ciência Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 9-10, 14-16 e 136-140.

68 Hermann HELLER, *Staatslehre cit.*, pp. 117-120 e 139-140.

política tanto quanto com a democracia, a inclusão do povo e do conflito na compreensão do fenômeno estatal, temas que o modelo liberal do direito público não apenas não soube incorporar ao seu discurso, como busca ignorar solenemente até hoje.

A recente rejeição popular da chamada “Constituição Européia” em alguns países, como a França e a Holanda, traz à tona novamente o debate sobre as possibilidades da democracia e da manifestação do poder constituinte do povo para além da esfera estatal.<sup>69</sup> Portanto, o próprio processo de integração supranacional que corre na Europa ainda não permite, de forma clara, afirmar a superação da estatalidade.<sup>70</sup> O que se pode afirmar, sim, é que é um processo de integração pautado pelos mercados, o que toma ainda mais crucial buscar compreender o Estado. Afinal, na síntese de Hermann Heller, a partir do fim da Idade Média, o poder político lutou para ganhar autonomia em relação ao poder religioso. Esta luta, desde o início do século XX, se trava agora contra o poder econômico.<sup>71</sup> A compreensão das relações entre Estado, política, direito e economia, buscando a supremacia da soberania popular e da democracia sobre o poder econômico privado é um bom motivo para entender possível, e necessária, hoje, uma Teoria do Estado.

---

69 Já em 1994, Olivier Beaud alertava para a importância da questão do poder constituinte do povo no processo de integração européia. Cf. Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 457-491.

70 Vide o debate trazido por Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument cit.* pp. 376-417.

71 Hermann HELLER, “Political Power” cit., pp. 39-40.

