

RUDOLF SMEND E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO “ORDEM OBJETIVA DE VALORES”

André Luiz Fernandes Fellet¹

Sumário – I. Introdução – II. Rudolf Smend e o “Estado como Integração” – III. Críticas à posição de Rudolf Smend – IV. Conjectura acerca das bases teóricas da construção smendiana – V. A influência de Rudolf Smend na doutrina e na prática constitucionais da Alemanha pós-1945 – VI. Conclusão – VII. Bibliografia.



I. INTRODUÇÃO

Atualmente, a análise da questão dos “valores” e de suas ponderações se tornou um lugar-comum nos trabalhos de estudiosos do Direito público e, mais especificamente, dos direitos fundamentais. Sobre o tema, duas posições básicas se colocam.

Autores há que repelem a equiparação de normas jurídicas (princípios constitucionais) a valores, por considerarem que a compreensão normativa do Direito é esvaziada pela sua apreensão axiológica. Assim, de acordo com Jürgen Habermas (2003, p. 316-317), “princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Contato: andreluizfellet@gmail.com.

justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico”. Após cotejar normas e valores, o autor atesta, de forma resumida:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.

A essas diferenças, deve-se agregar a consideração de que se pode orientar o “agir concreto” por normas ou valores, mas a “orientação da ação não é a mesma nos dois casos”. À questão sobre “o que eu devo fazer numa situação dada?”, as normas respondem com uma determinada orientação concreta, ao passo que, com base nos valores, “é possível saber [tão-somente] qual comportamento é recomendável”.

Estando vinculada a orientação sobre o que fazer à “seleção da ação correta”, em ambos os casos, ao buscarem-se as normas, segundo Habermas, tem-se que “‘correto’ é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*”; a seu turno, “numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é ‘correto’ o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*”.

Em consequência disso e na medida em que uma Corte constitucional “adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”. Dessa forma, a ponderação

de valores, como “concepção metodológica”, é repelida pelo filósofo alemão e, em sua esteira, por Eros Roberto Grau (2008, p. 112 e ss.) e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 224 e ss.). Também aderem a este ponto de vista os juristas alemães Bodo Pieroth e Bernard Schlink (2008, p. 92 e ss.) e, por incompatibilidades teórico-metodológicas, Friedrich Müller (2005, p. 35 e ss.) e (2007, p. 33 e ss.).

Compatibilizando os princípios com os valores, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, se encontram Robert Alexy (2008, p. 31 e ss.) e seus discípulos Martin Borowski (2003, p. 54 e ss.), Carlos Bernal Pulido (2007A, p. 93 e ss.) e (2007B, p. 41 e ss.) e Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 44 e ss.). Esta também é a posição de Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 46 e ss.) e Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 180 e ss.) e (2009, p. 57 e ss.), dentre diversos outros.

Para Alexy (2008, p. 144), com efeito,

[d]uas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.

Como quer que seja, *quando* se tem o cuidado de afirmar a fonte da “doutrina da ordem de valores”, aponta-se a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (HABERMAS, 2003, p. 314-315) e, em escala menor, cita-se o

juízo do denominado “caso Lüth”², em cuja decisão a teoria foi pioneiramente sustentada no âmbito daquela Corte por alguns de seus membros.

O nome Carl Friedrich Rudolf Smend, ou simplesmente Rudolf Smend, seu verdadeiro elaborador, dificilmente é citado. Gomes Canotilho (2007, p. 1335), por exemplo, embora reconheça a importância de Smend, situando-o entre os grandes juspublicistas alemães da República de Weimar, período em que se situam as “origens da teoria da Constituição”, com Carl Schmitt e Hermann Heller, se equivoca quando da menção de seu primeiro nome, chamando-o *Richard* Smend.

No item subsequente, abordar-se-á, ainda que sucintamente, sua teoria do “Estado como Integração”, base da compreensão dos direitos fundamentais como uma “ordem objetiva de valores”.

II. RUDOLF SMEND E O “ESTADO COMO INTEGRAÇÃO”

Num período de profunda crise política e econômica na Alemanha do Primeiro Pós-Guerra (VERDÚ, 1987, p. 31 e ss.), vinha à lume a obra fundamental de Rudolf Smend: “Constituição e Direito Constitucional” (*Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928).

Nesta obra, o então professor da Universidade de Berlim³, que Ernst-Wolfgang Böckenförde considera como sendo até hoje “um dos grandes arquitetos do Direito constitucional”⁴, assenta as bases de sua “Teoria da

² O texto integral da decisão encontra-se em Leonardo Martins (2005, p. 381 e ss.).

³ Conforme relata Joaquim Brage Camazano em seu “Estudo Preliminar” contido em Smend (2005, p. XIII).

⁴ De acordo com o Estudo Preliminar de Joaquim Brage Camazano em Smend (2005, p. XVIII).

Integração”, que é um processo fundamental da dinâmica estatal, embora o “princípio da integração ou da coesão estatal” não seja “um postulado do Estado em geral, senão de sua Constituição” (SMEND, 1985, p. 40). Isso porque o autor considera que o objeto do Estado e do Direito Constitucional é o Estado como parte da “realidade espiritual”. De acordo com o último, as formas espirituais coletivas não são estáticas, sendo unidades de sentido da realidade espiritual em constante atualização funcional, em constante reprodução. Nas suas próprias palavras:

[...] 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. (SMEND, 1985, p. 62-63)

Embora diversos autores afirmem que Smend não apresenta o conceito de “integração” que utiliza em sua obra, extrai-se de uma pequena passagem constante nesta⁵ que “integração” significa “configuração da comunidade”.

⁵ No primeiro parágrafo da página 93 (SMEND, 1985) está dito: “Aos tipos de integração que consistem em momentos formais (pessoais e funcionais) analisados até agora, se opõem radicalmente aqueles tipos de *configuração da comunidade* que se baseiam em valores comunitários substantivos” (grifou-se).

Nesse sentido, o autor afirma (1985, p. 87) que a “eficácia integradora” se encontra condicionada pela existência de uma “comunidade de valores que não é questionada pela luta política, porque se mantém a salvo dela”. Tal comunidade de valores dota a “luta” de “pautas normativas” e lhe dá seu sentido “como função integradora da vida do grupo”. De acordo com Verdú (1987, p. 87), “o Estado depende e se justifica como realização de valores”. “Sem legitimidade, ou seja, sem um fundamento válido, justificativo do Estado, baseado em valores historicamente válidos que transcendem ao mesmo Estado e a seu ordenamento jurídico, ‘não se pode falar de uma validade da ordem constitucional e jurídica’”.

A “integração da realidade”, para Smend (1985, p. 70), inclui três “momentos” ou processos e, “em todo caso, se caracteriza pelo predomínio de um ou outro”, denominados como de “integração pessoal”, “integração funcional” e “integração material”.

Como o próprio nome diz, a “integração pessoal” implica uma configuração da comunidade através das pessoas que a dirigem politicamente, seus “chefes” ou “caudilhos”, que devem “lograr afiançarem-se como chefe[s] daqueles a quem dirigem” (SMEND, 1985, p. 71-72), de modo a formarem uma “unidade política”, já que “não há vida do espírito sem um princípio reitor”. Neste processo estão ínsitos os fenômenos políticos da “representação e formação de vontade” (VERDÚ, 1987, p. 92). A esse respeito, Smend (1985, p. 73) afirma que “o sentido da Chefia do Estado se lastreia em maior ou menor medida na ‘representação’, na ‘encarnação’ da unidade política do povo”, ao que completa: “Chefes de Estado cumprem uma função similar a que realizam, como tipos objetivos e funcionais de integração, as bandeiras, os escudos e os hinos nacionais”.

A “integração funcional” se consubstancia nas “eleições”, “formações de governos”, “referendos”, ou seja,

nas votações em geral, que se dirigem ao propósito de formar um “sentido coletivo”. Nas palavras de Smend (1985, p. 80),

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.

Já a “integração material” pressupõe o reconhecimento da dependência recíproca (já mencionada) entre os valores e a existência política de uma comunidade que os “vivencia” e a que estes “atualizam”: sem “comunidade”, não há “valores” e sem “valores”, não há “comunidade”.

Isso porque, nesse processo de integração, segundo Verdú (1987, p. 94), “o Estado e a vida estatal se convertem em realidade devido ao conteúdo material que lhes confere substância, permitindo a integração do povo de forma permanente, renovando-se e desenvolvendo-se continuamente”.

Os símbolos políticos, por exemplo, constituem a “representação dos valores históricos que possuem vigência atual” (SMEND, 1985, p. 96-97). São eles “as bandeiras, os escudos, os Chefes de Estado (em especial os Monarcas), as

cerimônias políticas, as festas nacionais” etc.

Além disso, os direitos fundamentais são fatores desse modo de integração, o que faz com que ele seja ressaltado no presente trabalho.

Smend (1985, p. 228-229) deixa expresso numa passagem de sua obra que a “opinião geral” de sua época considerava os direitos fundamentais como meros “direitos administrativos especiais”. “Daí que se estude neles”, continua o autor, “em que medida comportam modificações sobre direitos legais [ou infraconstitucionais] já estabelecidos em outros lugares”. E a constatação, vista a partir dos dias atuais, é surpreendente: “O que resulta desse estudo é uma censura ao legislador constitucional, cujo trabalho técnico foi de um nível muito mais baixo que o realizado voluntária ou involuntariamente no caso da legislação especial”.

De maneira inovadora, assevera o autor que muitas dificuldades surgem a partir da adoção desse ponto de vista, como o “problema da relação em que se encontram as liberdades fundamentais com as relações especiais de poder e de dever e em que medida correspondem estas aos funcionários [públicos]”.

Ao que conclui Smend:

Esta dificuldade fica aclarada, se se considera que os direitos fundamentais não pertencem ao Direito Administrativo nem ao Direito especial de Polícia, nem ao Direito Privado etc., senão que formam parte do Direito Constitucional. É dizer, não representam leis marco para leis especiais, e não devem, portanto, entender-se em princípio em um sentido técnico. Os direitos fundamentais regulam seus objetos específicos, não do ponto de vista dos distintos ramos do Direito técnico, senão do Direito constitucional.

Noutra passagem (1985, p. 231), assevera o autor que os

direitos fundamentais representam “a norma que rege a Constituição, a legislação e a Administração”, pertencendo, como diz em nota de rodapé (n.º 104), “em parte aos ‘princípios jurídicos’ e em parte aos ‘preceitos legais’”, numa visão que vem sendo concretizada até os dias atuais, com base em teorias como a de Robert Alexy.

Além da significação que possam ter os direitos fundamentais para o Direito especial (mediata ou imediata), consigna Smend (1985, p. 232-233), existe outra que é fonte daquela: independentemente de qualquer consideração a respeito de sua validade jurídica, “os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição”, o que significa, do ponto de vista político, uma “vontade de integração material” e do ponto de vista jurídico, “a legitimação da ordem positiva estatal e jurídica”.

Nesse contexto, a ordem positiva é válida se e na medida em que represente “este sistema de valores e precisamente por ele se converte em legítima”.

Interessante notar que para o autor, o catálogo de direitos fundamentais de uma Constituição (ele se refere especificamente à de Weimar, de 1919), sendo a “formulação escrita” das características culturais que lhe subjazem, constitui, até certo ponto, “um comentário à breve definição e à simbolização das normas contidas no preâmbulo”, sendo este “o pilar fundamental sobre o que se deve apoiar toda interpretação dos direitos fundamentais”.

III. CRÍTICAS À POSIÇÃO DE RUDOLF SMEND

Hans Kelsen foi um dos maiores críticos do “programa” da “Teoria da Integração” de Smend. Considerando-se que o positivismo jurídico da denominada “Escola de Viena”, encabeçada por Kelsen, é o alvo declarado da teorização de

Smend, essa reação é perfeitamente compreensível.

Entre as inúmeras e robustas críticas apresentadas por Kelsen e não respondidas pelo autor da “Teoria da Integração”, encontram-se as de que Smend, em diversos pontos de sua obra, teria se mostrado “um seguidor” da Escola de Viena (2003, p. 08; 12; 20; 45), limitando-se a “repetir” a “teoria dualista do Estado” de Georg Jellinek (2003, p. 22; 36), que sua teorização teria “propósitos políticos” (2003, p. 30; 41; 42; 43; 78; 80), que Smend seria uma espécie de “teólogo do Estado” (2003, p. 44), que a “Teoria da Integração” seria muito semelhante à “Teoria Orgânica do Estado”, de Otto Gierke, não sendo idêntica pelo simples fato de Smend não “jogar com as cartas abertas” (2003, p. 40), o que fica explicitado nas seguintes passagens: “A ‘vida’ do Estado, do modo como Smend a concebe – sem, evidentemente, ter a coragem de explicitá-lo de forma clara e inequívoca –, é a vida de um ser sobre-humano” (2003, p. 38) e

[...] Assim, o Estado é, ao mesmo tempo, algo supra-empírico e empírico! Dessa maneira, Smend crê ter adquirido o direito de poder arrogantemente desdenhar “o modo de trabalho acrítico e pré-crítico” de Gierke [...]. Evidentemente, porque conseguiu substituir a “ingenuidade pré-crítica” (p. 130) da teoria orgânica do Estado, mediante uma confusão metodológica sem par, para finalmente chegar ao mesmo resultado dela: no Estado como super-homem (*Übermensch*).

Ademais, Kelsen rotula a argumentação de Smend como “circular”, ao redor de sua “contradição de fundo” (2003, p. 90); diz que a teoria de Smend é “destituída de valor científico” (2003, p. 83); fala sobre a “habitual obscuridade smendiana” (2003, p. 119) e fecha sua obra afirmando que “o que importa para essa teoria [a de Smend] é, exatamente, justificar, sob

determinadas circunstâncias, os eventos inconstitucionais” (2003, p. 122)⁶.

Carl Schmitt critica pressupostos da teoria de Smend⁷ e consequências de sua adoção na Alemanha, ainda que sem referência expressa a esse autor, ao dizer (2009, p. 91-92) que

[d]epois da Primeira Guerra Mundial, diversos conceitos e linhas de argumentação provenientes da filosofia do valor se introduziram no *corpus* da doutrina estatal e constitucional referida à Constituição de Weimar (1919-1933) e buscaram interpretar a Constituição e seus direitos fundamentais como um sistema de valores. Nessa ocasião, a jurisprudência adotou uma posição reservada. Foi logo após a Segunda Guerra Mundial que os tribunais alemães fundamentaram cada vez mais suas decisões com pontos de vista derivados da filosofia do valor.

Entretanto, para o autor, “o que seja o valor fica em suspenso” (SCHMITT, 2009, p. 95). Seu “sentido concreto” deve, portanto, ser buscado “ali onde tem seu lugar, é dizer, no âmbito econômico” (2009, p. 96; p. 100).

Schmitt considera que o interesse da jurisprudência alemã do segundo Pós-Guerra, “por prover-se uma fundamentação baseada na filosofia dos valores”, caminhava *pari passu* com uma “revitalização do Direito Natural” (2009, p. 107). Nesse sentido,

Ambas as coisas expressavam o propagado afã de superar a mera legalidade do positivismo

⁶ Verdú (1987, p. 164-164) assim se expressa sobre as críticas de Kelsen, como o faz também em relação à Niklas Luhmann: “[As críticas de Kelsen] produzem a sensação de adotar medidas enérgicas contra teorias não coincidentes com as próprias. Deste modo, se preserva melhor a substância das posições que se mantém, frente às alheias”.

⁷ Em que pese, como mencionou Verdú (1987, p. 163) os elogios que este autor fez expressamente à obra de Smend, em seu *Teoria da Constituição*.

jurídico e conquistar o solo de uma legitimidade reconhecida. Para algum ou outro jurista, a filosofia dos valores tinha, em comparação com o direito natural tomista, a grande vantagem de sua cientificidade e modernidade. Para a ansiada superação de positivismo e legalidade só era apropriada, contudo, uma doutrina material dos valores. A doutrina puramente formal dos valores da filosofia neokantiana era demasiado relativista e subjetivista para prover o que se buscava, a saber: o substituto científico para um Direito Natural que já não proporcionava legitimidade alguma.

Quanto à pretensão de que a “execução da Constituição”, ou de “normas e decisões” seja transformada numa “execução de valores” (2009, p. 109-110), ressalta Schmitt que é preciso que se leve em conta que a “lógica do valor” se distorce “no mesmo instante em que abandona sua esfera de pertinência – a do econômico e a *justitia commutativa* – e transforma e torna valiosas aquelas coisas que não são bens econômicos, interesses, metas ou ideais”. Diante disso, conclui que “as doutrinas do valor são incapazes de fundamentar legitimidade alguma; justamente, não podem mais do que tornar valioso”.

Nessa lógica, “toda valoração executada fora de sua esfera pertinente, a econômica, torna-se, em seu enunciado mesmo, degradante [*negativa*]” certamente, no sentido de “discriminação do menosvalorado [*minusvaluado*]⁸ ou como declaração do não-valor, cuja meta é a desativação ou aniquilação do não-valor”.

De modo a confirmar sua tese, Schmitt (2009, p. 140-141) cita o “grande filósofo da doutrina objetiva do valor” (que, diga-se de passagem, introduziu a expressão “tirania dos

⁸ Em seu “prólogo”, Jorge E. Dotti afirmar “crer”, com base na terminologia e nas diversas citações no curso de toda a “Tirania dos Valores”, que Karl Marx é o “referente por excelência” desta obra (2009, p. 32; 48).

valores”), Nicolai Hartmann, consignando expressiva passagem da obra do último a esse respeito:

Todo valor tem a tendência – uma vez que ganhou poder sobre uma pessoa – de erigir-se em único tirano do *ethos* humano em sua totalidade e, de fato, à custa de outros valores, inclusive aqueles que não se lhe opõem diametralmente. Por certo, a tendência não é inerente aos valores como tais em sua esfera ideal de ser, senão como poderes determinantes (ou seletivos) da sensibilidade humana ao valor. Tal tirania dos valores já é claramente visível nos tipos unilaterais da moral vigente e na consabida impaciência frente a uma moral estranha (inclusive quando é condescendente); é ainda mais visível quando uma pessoa individual está possuída por um único valor. Assim se dá um fanatismo da justiça (*fiat justitia, pereat mundus*), que não se limita a ressaltar o amor, para não falar do amor ao próximo, senão também os valores mais elevados enquanto tais.

A partir dessa passagem, Schmitt (2009, p. 141) deixa assentado que, “corretamente compreendida”, a noção da tirania dos valores pode “proporcionar a chave para compreender que a doutrina do valor em sua totalidade só atiga e incrementa a antiga e prolongada luta das convicções e dos interesses”.

Na contenda valor – não-valor, segundo o autor multicitado (2009, p. 144-145), o último “carece de direitos frente ao valor e nenhum preço é demasiado elevado para a imposição do valor mais elevado”. Em consequência disso, só existiriam “aqui”, “aniquiladores e aniquilados”. “Todas as categorias do direito clássico da guerra, do *Ius Publicum Europaeum* – inimigo justo, razão justa de guerra, moderação dos meios de combate [...]” se converteriam

“irremediavelmente em vítimas dessa ausência de valor”. O “impulso para a imposição do valor” se converteria aqui “em uma coerção à execução imediata do valor”.

Num exemplo bastante ilustrativo (e inadvertidamente *categorizador*), Schmitt menciona a publicação na Alemanha, no ano de 1920, do livro “Autorização para o aniquilamento da vida carente de valor”, do médico Alfred Hoche e do jurista Karl Binding. Após mencionar que tais “eruditos alemães” eram homens liberais para seu tempo, estando animados “pelas melhores e mais humanas intenções”, o autor assevera que seria injusto que Hoche e Binding fossem inculcados “*ex post*” por “alguma classe de culpa ou co-responsabilidade pela terrível praxe de aniquilamento da vida carente de valor que se fez realidade vinte anos mais tarde”.

Tal relato é colocado para que se “pondere detidamente o título desse livro” e se reflita “acerca do problema da tirania dos valores”, já que, “naquela ocasião, 1920, era possível exigir com toda humanidade e boa fé o aniquilamento da vida carente de valor”.

Curioso nesse exemplo, entretanto, é que Schmitt deixa transparecer que considera os defensores das minorias cujas vidas foram ceifadas pelo regime nazista como partidários de um “valor” e situa Hoche e Binding, ainda que *a posteriori* e sem intenção, como defensores de um “não-valor”, tal como ele mesmo fora, de maneira consciente, na posição de “Jurista de Ouro” daquele nefando regime. Sob esse enfoque, a contradição contida na oração “terrível praxe de aniquilamento da vida carente de valor que se fez realidade vinte anos mais tarde” parece uma descuidada “confirmação de votos”, já que demonstra considerar que as milhares de vidas de judeus, deficientes físicos e mentais, homossexuais etc., exterminadas pelos nazistas, eram “carentes de valor”, o que pode retirar a força persuasiva de sua argumentação.

Pablo Lucas Verdú (1987, p. 156 e ss.) inventaria alguns

outros autores que criticam o pensamento smendiano, como E. Tatarin-Tarnheyden, Tomoo Otaka, Hermann Heller (em sua “contraposição matizada”) e, “em nosso tempo”, Niklas Luhmann, em seu *Direitos Fundamentais como Instituição*⁹.

IV. CONJECTURA ACERCA DAS BASES TEÓRICAS DA CONSTRUÇÃO SMENDIANA

Ao discorrer sobre “o significado de Weimar para o Direito constitucional ocidental”, Verdú (1987, p. 22-23) assevera que se deve aclarar a discussão “[...] smendiana com relação à Weimar em dois sentidos convergentes: primeiramente, a *Constituição de 1919* em imediata conexão com a doutrina sobre ela; e, em seguida, com a cultura político-social subjacente”, ao que acrescenta:

Em seu livrete-comentário da Constituição, Smend, como bom patriota, se esmera – segundo recorda BADURA – em invocar a unidade ante as urgentes necessidades da política exterior e as discórdias internas. O comentário corrobora as posições smendianas invocadas em seu artigo sobre o poder político no Estado constitucional e o problema da forma de Estado, desenvolvidas mais tarde, em seu “Constituição e Direito Constitucional”. Nesta linha de pensamento, o mestre alemão insistirá em que o preciso sentido da Constituição se lastreia em ser tanto uma invocação quanto uma chamada, a alistar-se na obra unificadora. Sentido que se vê ratificado nos discursos comemorativos do Dia da Constituição.

A Constituição de Weimar exige ser

⁹ No idioma de origem: *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965. Existe tradução para o italiano: *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Bari: Dedalo, 2002.

considerada como leitura útil para o ensino popular (Cfr. artigo 148, 2), pelo que deve ser objeto de conhecimento obrigatório em toda democracia. Hasteia uma bandeira com as novas cores do *Reich* e com um novo espírito para a unidade política invocada, que se determina institucionalmente em outra forma de Estado e nos princípios jurídicos e culturais de sua parte segunda.

Nesse contexto, uma passagem da obra de Georg Jellinek salta aos olhos como provável ponto de partida da construção smendiana: trata-se da menção aos influxos recíprocos entre “nação” e “unidade política”, apontados pelo antigo professor da Universidade de Heidelberg (2000, p. 142 e ss.). Com efeito, Jellinek introduz essa consideração com a análise da grande importância das “diferenças nacionais” na formação dos Estados, consignando que

[...] Ainda no século XVIII, Montesquieu, que se propunha a conhecer todos os elementos da vida do povo que determinavam o Estado, é o primeiro que trata da relação entre direito e nação, porém não diz palavra alguma sobre o influxo que a nação possa ter na formação do Estado. Este influxo está precisamente condicionado pelo vigor do sentimento nacional. O que se sente como uma unidade se pretende levar à realidade como tal unidade e fortalecê-la; porém, para isso é preciso uma organização pujante, que só pode achar-se em um Estado. Daí que, nos últimos séculos, a política tenha tendido a engrandecer os Estados sem ter em conta os caracteres nacionais dos habitantes. *Mas nos tempos modernos, nos países europeus, esta política é impossível ou perigosa de realizar.*

A essência da nação é de *natureza dinâmica*. Um povo pode ser uma nação em um grau maior ou

menor, isto é, quanto menos acentuado é o sentimento da cultura comum, menor importância tem a nação; quanto maior é o número e mais significativos os elementos naturais que servem de coesão, mais forte e íntima é a consciência da unidade num grupo nacional. Por isso, o indivíduo se considerará em maior ou menor grau membro de uma nação segundo a amplitude e a intensidade dos elementos culturais nacionais que tenham influído nele. Quanto mais alto é o nível que alcança a cultura peculiar de um povo e quanto mais ricos são os fatos históricos que servem de laço de união a seus membros, mais desenvolvida também se encontrará a ideia de nação, a qual, precisamente por isso, não tem lugar próprio em um grau rudimentar de cultura. (grifou-se)¹⁰

O trecho sublinhado no texto parece referir-se à “desintegração weimariana”, a qual Smend busca combater por meio de sua teoria, como descrito na citação de Pablo Lucas Verdú colacionada nas linhas acima. Com base nessa pressuposição, tem-se que “integrar” o povo alemão seria, na expressão tomada por empréstimo a Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 137), “[...] criar uma *imagem nacional*, simbólica e de efeitos emocionais, a fim de que os componentes da sociedade política se [sentissem] mais solidários”¹¹, de forma a

¹⁰

Passagem cujo segundo parágrafo, no geral, não se afasta da descrição da “Nação” feita pelo historiador francês Renan (1882, p. 18 e ss.), referência obrigatória no assunto: “[...] Uma nação é uma alma, um princípio espiritual. Duas coisas que para dizer a verdade não formam mais que uma constituem esta alma, este princípio espiritual. Uma está no passado, a outra no presente. Uma é a possessão em comum de um rico legado de lembranças; outra é o consentimento atual, o desejo de viver em conjunto, a vontade de continuar a fazer valer a herança que receberam esses indivíduos. [...] A existência de uma nação é (perdoem-me esta metáfora) um plebiscito de todos os dias, como a existência do indivíduo é uma afirmação perpétua da vida”.

¹¹

Interessante notar que, não obstante a similitude da terminologia empregada por Dallari (2011, p. 137) para descrever o procedimento

que fossem minoradas as causas de tensão política então observáveis.

O expediente acima referido pressupõe a distinção entre Estado e Nação, que se lastreia, sobretudo, na obra do sociólogo alemão Ferdinand Tönnies¹². Para este (1995, p. 231 e ss.), a “comunidade” e a “sociedade” seriam as duas únicas formas possíveis de convivência humana; enquanto a Nação se enquadraria no conceito de “comunidade”, que é concebida como “uma vida real e orgânica” e diz respeito a “[...] tudo aquilo que é partilhado, íntimo, vivido exclusivamente em

supramencionado – a palavra *integração* é utilizada em sua forma corrente –, não há no livro “Elementos de Teoria Geral do Estado” qualquer menção à Rudolf Smend ou à sua obra.

¹² Como fica expresso na passagem a seguir, da lavra de Orlando de Miranda (1995, p. 26/27), o pano de fundo da teorização de Tönnies diz respeito ao “[...] nacionalismo histórico, às teses da ‘unidade’ social e histórica como referencial para o desenvolvimento alemão”. Sobre o ponto, anota o autor: “[...] Essa questão provinha da revivescência da polêmica secular entre o direito natural e o direito histórico, retomada por F. K. von Savigny, com todas as suas repercussões filosóficas e culturais. As escolas históricas, tanto no que se refere ao direito, como à economia, à cultura e à própria filosofia, recusavam validade às leis gerais, absolutas e atemporais, buscando as fontes do conhecimento e da legitimidade nas condições nacionais peculiares. Tönnies, que, a propósito, além dos adeptos da Escola Romântica do Direito, lera Rousseau e Kant, aceitava as linhas gerais dessa argumentação e o privilégio da sociedade (que, aliás, o encaminharia para a sociologia), mas destacava seus limites. [§] Os argumentos historicistas, para Tönnies, estavam, em geral, corretos, exceto porque, ‘como os hegelianos, repreendem o que cada filosofia carece’. O que seria inadmissível é que o historicismo fosse a fonte única do conhecimento, pois as noções que combatiam ‘são, em parte, opiniões históricas, que elas podem encontrar contidas no sistema – isto é, um objeto para elas – em parte a (assim chamada por elas) construção racionalista. Nisto não haverá diferença entre o racionalismo como objeto, o objetivo, e o racionalismo no método, o racionalismo subjetivo”. Em outros termos, Tönnies recusava a antinomia natureza-história, que via mutuamente contidas, e assinalava os riscos das posições-limite para a construção da ciência e da própria noção de racionalidade. E é esta a questão central que procura desenvolver nos conceitos de orgânico e mecânico, e em toda a fundamentação de *Comunidade e Sociedade* [*Gemeinschaft und Gesellschaft*, cuja primeira edição remonta ao ano de 1887]. Vale transcrever a advertência de Miranda (1995, p. 21), no sentido de que “[...] *Comunidade e Sociedade*, a despeito do título, foi concebido originalmente como um tratado sobre a legitimação, isto é, sobre as formas do direito”.

conjunto [...]”, formando-se independentemente da vontade e de um fim específico, o Estado integraria uma “sociedade”, concebido como “[...] uma estrutura mecânica e imaginária”, que reúne os homens em torno de um objetivo comum e demanda a expressão de sua vontade e inteligência, o que faz com que não encontremos na sociedade, segundo o autor supracitado, “[...] atividades que poderiam ser derivadas de uma unidade anterior e necessariamente existente”¹³. Nesse quadro, “[...] nenhuma ação, portanto, realizada pelo indivíduo expressa a vontade e o espírito da unidade coletiva, e, assim, ele a realiza para si próprio ou para aqueles com os quais se encontra associado”.

A menção de Smend (1985, p. 96-97) ao “constante ressaltar por Mussolini e pelo fascínio do caráter revolucionário da marcha sobre Roma” (como artifício para “motivar as massas”, com objetivos de “política exterior”, dado seu potencial “integrador”), bem como a “representação dos valores históricos que possuem vigência atual em símbolos políticos como as bandeiras, os escudos, os Chefes de Estado (em especial os Monarcas) etc.”, estão a afirmar a solidez da hipótese aventada no presente tópico.

No que diz respeito, especificamente, à criação da “imagem nacional” mencionada acima, vale observar que, de acordo com a doutrina smendiana, esta deveria dar-se a partir do texto constitucional, que desempenha o papel de promotor

13

Não se pode descuidar, no ponto, da advertência de Dalmo Dallari (2011, p. 136): “[...] Evidentemente, nada impede que os membros de uma comunidade resolvam compor uma sociedade para atingir certo objetivo. Ocorrendo isso, no entanto, continuam a ter existência distinta a comunidade e a sociedade, não se podendo dizer que uma se transformou na outra. Em sentido inverso, pode ocorrer, embora seja mais difícil, que os componentes de uma sociedade, por força de uma convivência prolongada, forçados a agir de maneira semelhante em função de interesses comuns, acabem por reduzir ou até eliminar suas diferenças de sentimentos, criando-se então uma comunidade. Também neste caso não se pode dizer que houve transformação de uma para outra forma de convivência, pois elas existem em planos diversos e têm natureza essencialmente diferente”.

da “integração” da comunidade (VERDÚ, 1987, p. 22-23).

Referida percepção, indubitavelmente, é um desenvolvimento da teoria do Estado “dominante”, “a teoria do Estado do século XIX, classicamente resumida na obra *Teoria Geral do Estado* de Georg Jellinek” (KELSEN, 2003, p. 05).

Aliás, é extreme de dúvidas que a “teoria material da Constituição”, à qual Smend deu “uma contribuição precursora e profunda” (BONAVIDES, 2008, p. 178), foi criada com base na já mencionada teoria “dualista” do Estado de Jellinek, que sustenta que o Estado e o Direito são duas realidades distintas (embora interdependentes), ao contrário do que construiu a “Escola de Viena” a partir da mesma teoria (criação sintetizada na obra *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen), que identifica o Estado com seu ordenamento jurídico¹⁴.

Ao contrário do positivismo jurídico, partidário de uma “teoria formal da Constituição”, os adeptos de uma “teoria material da Constituição”, como Rudolf Smend e Carl Schmitt¹⁵, ao estudarem esse Documento Político, o fazem de forma a observarem a interação existente entre texto constitucional e realidade constitucional subjacente (SMEND, 1985, p. 130 e ss.).

V. A INFLUÊNCIA DE RUDOLF SMEND NA DOUTRINA E NA PRÁTICA CONSTITUCIONAIS DA ALEMANHA PÓS-1945

Pablo Lucas Verdú (1987, p. 139 e ss.) afirma que “durante o parêntesis nacional-socialista, o influxo da *Integrationslehre* [Teoria da Integração] desaparece. Coisa

¹⁴ Ver também: Kelsen (2003, p. 59).

¹⁵ Muito embora, como muito bem ressaltado por Bonavides (2008, p. 178), em rigor, o “decisionismo de Schmitt” seja “mais formalista do que material, não se prestando pois a fundamentar uma teoria material da Constituição, apesar de haver ele partido da realidade e não da norma, ressaltando sobretudo o lado político das Constituições”.

lógica, devido às firmes convicções morais, religiosas e sócio-políticas de seu autor, que, como indica Häberle, “se opôs, ao lado de Kaufmann, Kelsen e Heller, ao regime hitleriano”.

Brage Camazano afirma que após a subida de Hitler ao poder, houve intentos de aplicar a “teoria da integração”, de Smend, para justificar e legitimar o nazismo, mas este não participou “nem direta, nem indireta, nem passiva, nem ativamente” e tais intentos não chegaram, de qualquer maneira, a um “bom porto” (SMEND, 2005, p. XXXV).

Contudo, “[p]assado o ominoso regime nacional-socialista, ressurge a *Integrationslehre*” com a publicação de dois breves artigos onde Smend sintetiza seus pontos de vista, “que, junto com a obra anterior, acham eco suficiente na doutrina posterior a 1945”. Urgia superar o período vivenciado sob a dominação hitleriana, afastando com vigor os métodos jurídicos adotados pelo regime.

Peter Badura *apud* Pablo Lucas Verdú (1987, p. 142) coloca Konrad Hesse, Horst Ehmke, Peter Häberle e Friedrich Müller entre os autores que “aceitam” a “Teoria da Integração” como “fundamento de seus correspondentes pensamentos”. Verdú enumera diversos outros autores alemães e de outras nacionalidades que reconhecem a importância do trabalho de Smend, como Reinhold Zippelius e o austríaco Félix Ermacora, por exemplo.

Para o último, alguns elementos de referida teoria aparecem, “já isoladamente, já cristalizados”, nas “posições sobre a interpretação das normas constitucionais e em suas mutações [*transmutações*, para Verdú], na força normativa da Constituição, na concretização e realização desta, segundo Konrad Hesse”.

Com efeito, na obra fundamental de Konrad Hesse, “um de seus mais destacados discípulos”, que, aliás, tomou posse como juiz da Corte Constitucional alemã poucos meses depois

da morte de Smend, ocorrida em 05 de julho de 1975¹⁶, este (1998, p. 28) “considera o conceito material de Constituição mantido pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional alemão] e cita o conceito de Constituição desenvolvido por Smend” (Verdú). Ademais, noutra obra (1991, p. 14), menciona que “[q]uanto à crítica ao Formalismo e ao Positivismo, o necessário foi dito já à Época de Weimar, principalmente por E. Kaufmann, R. Smend, H. Heller e G. Holstein”. Além disso, no texto a que Hesse atribuiu o nome da obra fundamental de Smend, “Constituição e Direito Constitucional”, contido no “Temas Fundamentais de Direito Constitucional”¹⁷, o autor enumera, entre as “tarefas fundamentais da Constituição” a “integração”, afirmando que o nascimento e a existência do Estado “ficam condicionados ao êxito do processo de integração estatal, no que acertadamente se contempla um elemento fundamental de sua essência”, remetendo à obra de Smend (nota de rodapé n.º 6).

Entre os discípulos de Smend não se pode deixar de citar o chinês Hsü Dau-Lin, autor de festejado estudo sobre as mudanças constitucionais, publicado originariamente na Alemanha, em 1932, e traduzido ao espanhol por Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Nele, Dau-Lin (1998, p. 29 e ss.) pontifica que foi Paul Laband quem criou a expressão, muito embora não tenha ofertado “uma definição detalhada do conceito”. Georg Jellinek, a seu turno, “logrou só pouco a pouco introduzir o conceito na doutrina”. O último (1991, p. 07) conceitua num só parágrafo mutação e reforma da Constituição, de modo a aparentemente deixar fixada de início a diferenciação entre os conceitos. Vejamos:

Por reforma da Constituição entendo a

¹⁶ Conforme relata Joaquín Brage Camazano em seu “Estudo Preliminar” in Smend (2005, p. XI).

¹⁷ Onde o texto sobre “A Força Normativa da Constituição” foi republicado, juntamente com outros textos que são “alguns dos mais importantes” do autor (Gilmar Mendes, na “Apresentação” de referida obra).

modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa indene seu texto, sem alterá-lo formalmente, que se produz por fatos que não têm que estar acompanhados pela intenção, ou consciência de tal mutação.

Para Dau-Lin (1998, p. 29-31), mutações constitucionais são “incongruência[s] que existe[m] entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro”, ao que acrescenta:

Se o problema da mutação da Constituição se lastreia na relação entre a Constituição escrita [texto constitucional] e a situação constitucional real, é dizer, entre normas e realidade no campo do direito constitucional – a mutação constitucional é a relação incorreta entre ambas – então se podem diferenciar quatro classes da mutação da Constituição:

1. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;
2. Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; [caso da “Constitucionalização Simbólica”, teorizada por Marcelo Neves.]
3. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição;
4. Mutação da Constituição mediante sua interpretação.

Sobre a influência de Smend na “concepção dos direitos fundamentais como ordem de valores”, Gavara de Cara (1994, p. 83) sustenta que “as teses de Smend influenciaram nas

formulações de Josef M. Wintrich (posteriormente Presidente do Tribunal Constitucional alemão)” e, sobretudo, no “comentário da Lei Fundamental de Bonn realizado na primeira edição por von Mangoldt e, na segunda edição”, por Friedrich Klein, sendo esta “mais influente em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional [...]”.

Ressalta Gavara de Cara que tais obras constituíram o ponto de partida das discussões posteriores, sendo ambas “de grande influência para o Tribunal Constitucional alemão”, de modo que na sentença Lüth se argumenta “diretamente” no sentido de se considerarem “os direitos fundamentais como ordem de valores objetivos, com base no referido comentário”.

Em que pesem as críticas de Ernst Forsthoff de que uma “argumentação com base num sistema de valores significava o abandono da positividade do Direito”, de acordo com Gavara de Cara,

A influência de R. Smend deve situar-se no intento de vincular critérios normativos e não normativos (filosóficos, sociológicos, de pensamento político) à interpretação dos direitos fundamentais. Smend trata de situar a interpretação dos direitos fundamentais em um contexto não estritamente jurídico.

Joaquín Brage Camazano relata que, após a Segunda Guerra Mundial, se teve o cuidado de fazer com que só ascendessem ao Tribunal Constitucional alemão as “personalidades do direito” que haviam se declarado explicitamente contrárias ao regime nacional-socialista, o que “produziu seus frutos na jurisprudência constitucional” (SMEND, 2005, p. XXXVII e ss.)

O principal desses frutos é a assunção, pela Corte Constitucional, de “metodologia científico-espiritual de interpretação da Constituição”. Para tanto, desempenharam um papel fundamental magistrados como Leibholz (juiz da 2.^a

Turma), Drath (juiz da 1.^a Turma) e Wintrich, este Presidente da Corte e Relator do caso Lüth, que compartilhavam a visão de Smend.

Na realidade, já a partir da sentença proferida em 23 de outubro de 1952 (vale ressaltar que a Corte Constitucional alemã foi instalada no ano de 1951) sobre a proibição de um partido político, o Partido Socialista do Império¹⁸, em que o Tribunal enfrenta a vedação constitucional aos partidos contrários à “ordem liberal democrática” e entende que isso é uma referência aos “valores fundamentais supremos do Estado constitucional, baseados nas ideias de liberdade e democracia”, entre outras questões, é que se reconhece o rumo que a jurisprudência daquela Corte ia tomando nesse sentido. Interessante ressaltar que essa postura surtiu efeito até mesmo na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, além de ter sido adotada em outras “jurisdições constitucionais”.

Ernst-Wolfgang Böckenförde (2006, p. 214 e ss.) configura o caráter de “valor objetivo” dos direitos fundamentais através de duas fases: a) inicialmente, os direitos fundamentais são formulados como ordem ou sistema de valores com pretensão de validade em todos os âmbitos do Direito (tal fase tem início com a sentença Lüth); b) num segundo momento, os direitos fundamentais são interpretados como princípios que estabelecem valores objetivos, o que implica que o aspecto individual do direito fundamental pode delimitar-se em função de seu conteúdo objetivo (esta fase se inicia com a sentença acerca da “taxação do matrimônio” (*BVerfGE [Decisões do Tribunal Constitucional Federal] 6,55 (72)*)).

A título de fecho, vale consignar a lição de Pieroth e Schlink (2008, p. 14) acerca da “evolução dos direitos fundamentais na vigência da Lei Fundamental” de Bonn:

¹⁸

Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE*) (2,1).

Por via da instituição do recurso constitucional [...] e da jurisprudência exaustiva do Tribunal Constitucional Federal, que na lista dos direitos fundamentais encontrou mesmo direitos fundamentais complementares, como a autodeterminação informacional [...], os direitos fundamentais da Lei Fundamental ganharam uma *enorme importância*. Eles influenciam (não obstante eventual resistência) a legislação e a jurisprudência, a teoria e a prática em todas as áreas do direito e, de modo diferente do que na vigência da Constituição Imperial de Weimar, mesmo na área do direito privado. Os direitos fundamentais contribuíram decisivamente para a liberdade do Estado e da sociedade da República Federal da Alemanha.

VI. CONCLUSÃO

Sob pena de se incorrer em anacronismo, não se deve promover um acrítico “retorno à Smend” (“*Zuruch zu Smend!*”, nas palavras de ordem de alguns juristas alemães da atualidade).

Entretanto, é conveniente que se realce o significativo papel desempenhado pelo autor na formação e no desenvolvimento do Direito Constitucional.

Notadamente num quadro de aprofundamento progressivo dos influxos de aludida disciplina sobre o Direito Internacional, o que faz com que a “ordem de valores” representada pelos direitos fundamentais contidos nas mais diversas Constituições estatais (Smend) converta-se, a pouco e pouco, na “ordem de valores” dos direitos humanos (que, como é cediço, não são positivados), passando a ser reconhecida e compartilhada por parcela cada vez mais significativa da

humanidade, o contato com a doutrina smendiana pode lançar novas e proveitosas luzes sobre o fenômeno.

Este o propósito do presente trabalho.



VII. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali. In: NICOLETTI, Michele e BRINO, Omar (a cura di). Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Traduzione italiana di Omar Brino, Massimiliano Tomba, Francesco Ghia et alii. Milano: Giuffrè, 2006;
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003;
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009;
- _____. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Fundamental e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 103-194;
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2008;
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994;
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. 6. impres. Coimbra: Almedina, 2007;
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008;
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991;
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998;
- _____. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009;
- JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991;
- _____. *Teoría General del Estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000;
- KELSEN, Hans. *O Estado como Integração: um confronto de princípio*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São

- Paulo: Martins Fontes, 2003;
- MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005;
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007;
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;
- _____. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. São Paulo: RT, 2007;
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008;
- PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos – Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007A;
- _____. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007B;
- RENAN, Joseph Ernest. *O que é uma nação?* Conferência realizada na Sorbonne, em 11 de março de 1882. Tradução de Glaydson José da Silva. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~aulas/VOLUME01/ernest.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2010;
- ROCA, Javier García. “Sobre la Teoría Constitucional de Rudolf Smend (A propósito del libro de Pablo Lucas Verdú *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*)” in *Revistas de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos, n.

- 59, p. 269-276, Enero/Marzo 1988;
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009;
- SCHMITT, Carl. *La Tiranía de los Valores*. Prólogo de Jorge E. Dotti. Buenos Aires: Hydra, 2009;
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985;
- _____. Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciência y de Cátedra como Derecho Fundamental y Sobre el Tribunal Constitucional Alemán. Traducción y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano. México: IIJ/UNAM, 2005;
- TÖNNIES, Ferdinand. “Comunidade e Sociedade. Textos selecionados”. In: MIRANDA, Orlando de (org.). *Para Ler Ferdinand Tönnies*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995, p. 231/352;
- VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar: La teoria constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987.