

DEMO, P. **Participação é conquista: noções de política social e participativa.** 4ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional: teoria da constituição: as constituições do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MARCHAIS, Georges. **O Desafio democrático.** Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. **Temas de direito constitucional.** Cuiabá: Edições FESMP, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia.** Lisboa: Gradiva, 1998.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **O que é Democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

VENOSA, Roberto. **Organização e a panacéia participativa ou participação e a panacéia organizacional?** Rio de Janeiro. FGV, Revista de Administração Pública, 8(4): 80 – 102, out/dez. 1974.

WEFFORT, Francisco C. **Por que Democracia?** São Paulo: Brasiliense, 1984.

COMO PODEMOS OBSERVAR O DIREITO CONSTITUCIONAL? O PAPEL DA PUBLICÍSTICA NA REPÚBLICA DE WEIMAR

HOW CAN WE OBSERVE CONSTITUTIONAL LAW? THE ROLE OF THE SCIENCE OF THE PUBLIC LAW IN THE REPUBLIC OF WEIMAR

Paulo Sávio Peixoto Maia

Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

Advogado

E-mail: paulosaviomaia@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A REPÚBLICA DE WEIMAR COMO “ACASO”; 3 A ASSIM-CHAMADA “LUTA PELO MÉTODO”; 4 CONCLUSÃO; 5 BIBLIOGRAFIA CITADA.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 WEIMAR RE-PUBLIC HOW A PERHAPS”; 3 A SO CALLED “FIGHT BY THE METHOD”; 4 CONCLUSION; 5 BIBLIOGRAPHY CITED.

Resumo: Durante todo o século XIX o princípio monárquico foi o grande referencial teórico do direito público alemão. Até o despontar da República de Weimar, ocasião em que, pela primeira vez, a Alemanha adotou uma Constituição com supremacia em relação ao resto do direito positivo. Logo em seguida, um forte debate se instalou no âmbito do direito constitucional alemão. Um debate que tinha como principal meta o de responder à seguinte pergunta: o que é uma Constituição? As respostas a essa pergunta mostram de forma clara essa curiosa característica do direito constitucional: a Constituição busca responder de que modo se dá a relação entre direito e política, mas o modo pelo qual isso acontece não é algo que possa ser obviamente inferido do texto constitucional. Ao contrário, essa relação depende de como os constitucionalistas descrevem a Constituição.

Palavras-Chave: Constituição. Alemanha. República de Weimar.

Abstract: During all the 19th Century the monarchical principle was the main

theoretical reference of German Public Law. Until the twilight of the Republic of Weimar, when German adopted a Constitution with supremacy in regard of the rest of the positive law. Immediately after this, and for the very first time, a strong debate has been established in German constitutional law. A debate that its main goal was to answer the question “What is a Constitution?” The answers to that question show in a clear way that curious character of the constitutional law – the Constitution seeks to respond in what way occurs the relationship between law and politics, nevertheless the way this happens is not something that could be obviously infer of the constitutional text. Contrariwise, this relation depends on how the constitutionalists describe the Constitution.

Keywords: Constitution. Germany. Republic of Weimar.

1 INTRODUÇÃO

É possível notar, na bibliografia especializada, uma tendência no sentido de situar o surgimento do direito constitucional em tempos longínquos, como na Antiguidade greco-romana (DOGLIANI, 1994, pp. 33-110) (FIORAVANTI, 2001, p. 15-33) (McILWAIN, 1947, p. 23-66), ou mesmo na experiência institucional da Cidade-Estado de Veneza (POCOCK, 1975) (GORDON, 2002, p. 129-165). Em sua maioria, os autores que esposam essa premissa metodológica são muito cômicos de que há uma diferença entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno. Pondo a questão de forma mais direta: mesmo identificando influências que remontam a um passado relativamente distante, os constitucionalistas admitem que a ligação com o passado não seja tão direta, que há eventos históricos que demarcam uma diferença com o passado ao mesmo instante em que tais acontecimentos são responsáveis pela confecção daquilo que se chama “constitucionalismo moderno”.

Sem dúvida alguma, o ponto de partida do constitucionalismo moderno é o assim-chamado “período de reflexão constitucional norte-americano” (STOURZH, 1988, p. 45). Expressão que designa a sucessão de eventos situados entre 1763 e 1803, ou seja, desde as primeiras revoltas até a prolação do memorável voto do juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, passando pelos fatos históricos que deram ensejo à independência (1776) e ao surgimento da Constituição, após a Convenção da Filadélfia (1787) (DIPPEL, 1977). Na referida decisão de Marshall aparece claramente que a

Constituição é uma norma superior, que exige que o direito emanado da Legislatura guarde consonância em relação a ela (WOOD, 1999, p. 805-809) (GARRATY, 1988, p. 7-19). Surge assim uma norma que trata de servir, por um lado, de base ao poder estatal ao mesmo tempo em que submete o poder a um degrau normativo que lhe é superior, e que é ocupado pela própria Constituição (GOYARD-FABRE, 2002, p. 103). Uma norma que divide o ordenamento jurídico em direito constitucional e direito infra-constitucional.

O Continente logo foi tocado por essas idéias. A França conheceu uma Revolução, em 1789, que deu à luz uma maneira de se limitar o poder que também era totalmente inovadora. Um constitucionalismo que pode ser adjetivado como moderno, pois de modo pioneiro apregou que “qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”¹, conforme se lê no artigo 16 da francesa Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, de 26 de agosto de 1789. Surge, por isso, o conceito de Estado de Direito, conquanto um Estado sem separação dos poderes e que não garante direitos aos indivíduos, não pode ser qualificado como “de Direito” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991). Na busca por concretizar a separação dos poderes, publicou-se a famosa Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas” (MANNORI; SORDI, 2003, p. 76). E é bem coerente que, nesse cenário de distinção direito/política, jurisdição/administração e jurisdição/legislação, a primeira cátedra de droit constitutionnel seja criada no ano universitário de 1789-1790, na Faculdade de Direito de Nancy, na França (MESTRE, 2003, p. 467).

O direito constitucional, é bem de ver, deve a sua aparição ao constitucionalismo moderno. Em termos históricos, o direito constitucional é relativamente novo porque também é uma invenção nova essa Constituição moderna, a Constituição em sentido formal, essa norma de qualidade normativa superior que é resposta à

¹ “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”. Fonte utilizada: (DUVERGER, 1996, p. 18).

necessidade, igualmente inédita, de fornecer um relacionamento adequado entre direito e política (LUHMANN, 1996, p. 83-128). Daí, o direito constitucional tem a difícil missão de propor de que modo “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 225).

Esse problema desembarcou em solo alemão logo no final do século XVIII. A esse tempo, como é cediço, a Alemanha não tinha uma Constituição em sentido formal. Mas não foi por causa disso que o problema de se conseguir um Estado limitado pelo Direito deixou de ser colocado. O constitucionalista francês Olivier Jouanjan (2001, p. 7) percebe que o vocábulo *Rechtsstaat* é utilizado logo em 1798, e com a efetiva preocupação de se limitar o poder. Daí pra frente, a história constitucional alemã, no século XIX, se resume a um inventário de tentativas, por parte dos séquitos do poder monárquico, de se limitar o impacto do constitucionalismo moderno: de impedir a todo custo que uma Constituição seja promulgada com base na soberania popular, e assim se coloque como medida de conformidade para o poder do Estado. O assim-chamado princípio monárquico era o centro e o vértice do direito público alemão. Toda instituição estatal era reconduzida ao poder monárquico. O Estado,² até por isso, era concebido como uma unidade de poder incontrastável, mas nunca como um ordenamento jurídico (HUMMEL, 2002, p. 74).

Pode-se dizer que os partidários do princípio monárquico foram bem sucedidos nessa empresa. Até que o improvável aconteceu: com o fim da I Guerra Mundial, a Alemanha vira uma República. Com isso, surgiu uma Constituição promulgada com base na soberania popular, a célebre Constituição de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*, doravante WRV). Ato contínuo, instalou-se entre a publicística uma significativa controvérsia que perquiria qual deveria ser a função de uma Constituição em um Estado de Direito; uma querela que poderia ser resumida à seguinte

² Um dos episódios mais significativos, para a manutenção da supremacia do princípio monárquico em face das pretensões constitucionalistas dos liberais alemães foi o conflito constitucional prussiano, travado entre 1860 e 1866. Ao final, o Conde Otto von Bismarck impôs a sua visão de que questões constitucionais são meramente questões de poder. Cf., para o assunto: (CALDWELL, 1997, p. 19) e (MANCA, 1995).

indagação: qual o papel do direito constitucional em um Estado de Direito? Examinaremos esses passos nos itens seguintes.

2 A REPÚBLICA DE WEIMAR COMO “ACASO”

A herança semântica do constitucionalismo alemão do século XIX consistia em um pesado fardo para a jovem República de Weimar, que emergia das cinzas do Império de Bismarck ao término da Primeira Guerra Mundial. Necessário ressaltar que a Alemanha não era propriamente um feudo quando a República de Weimar teve seu início. Ao contrário, possuía um dos maiores parques industriais do mundo, cujo aparecimento não foi considerado como algo incompatível com a manutenção de uma ordem nobiliárquica, que de forma singular agregou interesses de financistas, de industriais e da nobreza Junker prussiana (KEMP, 1987, p. 132-138). Mas isso não se deu por obra de um caprichoso espírito do tempo, mas pela errante improbabilidade da evolução (LUHMANN, 1992, p. 279-283). A essa atitude um tanto ambígua, mas também oportunista frente à modernidade, que aceita as vantagens de uma economia de mercado – que para atingir seu grau máximo de eficácia necessita da igualdade formal entre pessoas, o que implicaria na supressão de estamentos (Stände) sociais – sem que, no entanto, a contrapartida do reconhecimento de direitos fundamentais aconteça de forma decisiva, Jeffrey Herf (1993, p. 13-29) denominou de modernismo reacionário.

Tal conceito é produtivo porquanto não deixa esquecer que a Alemanha precisou esperar a promulgação da Constituição de Weimar para que privilégios nobiliárquicos que ainda datavam do antigo regime fossem definitivamente extintos, como exemplifica o fideicomisso (Constituição de Weimar, doravante WRV, art. 109, seção 3; art. 155, seção 2, 2ª parte) (STOLLEIS, 2004, p. 4-5). Aliás, essa Constituição já consistia, por si só, numa grande novidade, uma vez que foi a primeira Constituição alemã promulgada com esteio na soberania popular, e não no princípio monárquico – caso se excetue a Constituição de Paulskirche de 1848, que a rigor nunca teve vigência. As observações da sociedade tinham, agora, um novo início: a Alemanha era uma república. Inícios fazem diferença para as observações da sociedade; cabe entender, então, o aparelho

organizacional a partir do qual o sistema do direito operava; para tanto, faz-se preciso, ainda que minimamente, compreender o “início” da República Weimar.

Pensada inicialmente como uma válvula de escape para os conflitos sociais de então, a decisão do Reich de entrar na Primeira Guerra Mundial acabou por lhe proporcionar, de volta, mais problemas que soluções. Se no início da Guerra, em 1914, um entusiasmo coletivo fez com que 30 milhões de alemães doassem dinheiro para, assim, “encurtar a Guerra”, mediante a emissão dos créditos de guerra (RICHARD, 1988, p. 16), quando a derrota apontou no horizonte, em 1918, os quatro anos de privações econômicas foram cobrados, com juros, pelos cidadãos alemães. O desgaste institucional da monarquia foi imenso entre a população: custou-lhe a existência. Se, após a aprovação dos créditos de guerra, em 1914, Wilhelm II pôde ter declarado “eu não conheço partidos, eu só conheço alemães”, em 28 de outubro de 1918 ele foi obrigado a conhecê-los: por meio de duas leis ordinárias a Alemanha adota o parlamentarismo como sistema de governo, finalmente (LANCHESTER, 1985, p. 153, 154, 184-188). No dia seguinte, Wilhelm II, o último Hohenzollern, fugiu de Berlim em direção à sede do Comando Militar, em Spa; no mesmo dia, marinheiros se amotinaram em Kiel, fato que depois seria considerado como o início da “revolução alemã” (LANCHESTER, 1985, p. 196)³.

Sem o Imperador em Berlim, o príncipe Max von Baden, que à época ocupava a chancelaria do Reich, passou a exercer funções muito próximas às de um regente. Mas isso somente durou até 9 de novembro de 1918, quando von Baden anunciou a abdicação de Wilhelm II ao trono, a renúncia do príncipe herdeiro à sucessão e um projeto de lei que convocava uma assembléia constituinte. No mesmo dia von Baden disse ter aconselhado ao regente a nomeação de Friedrich Ebert, da SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands) como Chanceler (LANCHESTER, 1985, p. 197). A monarquia caiu.

Os juspublicistas da época podiam até não ser simpáticos ao novo regime que se instaurava sob os destroços do velho Reich,

3 Para maiores detalhes, Cf. (LOUREIRO, 2005).

todavia eles precisavam assumir o suposto que aquilo se tratava de uma república, e não de uma monarquia (STOLLEIS, 2004, p. 142). Quantas conseqüências para o direito público essa assunção inicial gerou. Como apontou Michael Stolleis (2004, p. 47), “tudo teve que ser repensado”, pois “o desaparecimento das monarquias, em particular, destruiu o ponto de referência intelectual e a legitimação interna de muitas instituições que se orientavam a partir da monarquia constitucional”. Por um século as operações do sistema do direito foram predominantemente descritas a partir do referente semântico princípio monárquico. O monarca foi construído como centro e vértice do Estado, a ponto de poder considerar os direitos fundamentais como bondosas concessões unilaterais; já o Parlamento era entendido como uma “simples comissão legislativa” (BARTHÉLEMY, 1905, p. 744-745). Entrementes, de uma hora para outra, com as leis de 28 de outubro de 1918 – mas principalmente com a proclamação da República de Weimar – a publicística perdeu o seu norte, o princípio monárquico, construído com vigor desde o Congresso de Viena (1820), uma vez que a Constituição de Weimar foi muito enfática em afirmar que “o Reich alemão é uma república. O poder do Estado emana do povo” (art. 1º)⁴.

À publicística se impôs a seguinte questão: como é possível observar a unidade do Estado em um Estado cujo ápice não é o monarca, mas o povo? Um problema que, por um lado, é muito hobbesiano, pois quer saber como unir a multidão em uma unidade chamada Estado (HOBBS, 1974, p.109)⁵; por outro, é muito hegeliano, porquanto parte do suposto de que sem um Estado que encarna um momento superior da eticidade, somente se tem o irracional, uma potência informe, o vulgus, mas não um *populus* (HEGEL, 1995, § 544, p. 316). Tal como no tempo do Reich de Bismarck, a unidade do Estado, continua a ser condição de possibilidade do direito constitucional: ao menos enquanto

4 Edição utilizada: “La Costituzione di Weimar dell’11 agosto 1919” (Reichsgesetzblatt, n. 152, p. 1383)”. Disponível em : (LANCHESTER, 2002, p. 189-230).

5 Trata-se do célebre Cap. XVII do Leviathan. Já no De Cive, Hobbes expressou tal diferença de modo bem direto: “Em último lugar, constitui um grande perigo para o governo civil, em especial o monárquico, que não se faça suficiente distinção entre o que é um povo e o que é uma multidão. O povo é uno, tendo uma só vontade, e a ele pode atribuir-se uma ação; mas nada disso se pode dizer de uma multidão. Em qualquer governo é o povo quem governa. Pois até nas monarquias é o povo quem manda (porque nesse caso o povo diz sua vontade através da vontade de um homem), ao passo que a multidão é o mesmo que os cidadãos, isto é, os súditos.” (HOBBS, 1998, p. 189-190).

problema (SCHLINK; JACOBSON, 2002, p. 20).

No sentido de fornecer-lhe uma resposta a tal problema, os juristas não poderiam fazer de conta que a Constituição de Weimar não existia: ela tinha que ser levada em consideração. Mas uma Constituição não é um dado auto-evidente. Na modernidade ela realiza o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política, mas saber como isso ocorre depende de observações de segunda ordem realizadas a partir do texto, mas que, até por isso, transcendem ao texto escrito (MAIA, 2007, p. 75-87). Assim, a Constituição de Weimar foi descrita a partir de como se entendia o relacionamento entre direito e política. As soluções para tanto, fornecidas pelo “laboratório Weimar”, foram inúmeras. A busca pela melhor descrição de uma ordem constitucional baseada na soberania popular em um tempo de democracia de massas deu luz a uma fábrica de idéias das mais ricas que a história constitucional dá notícia (FROSINI, 1996, p. 96-97) (BERCOVICI, 2004, p. 25-50).

3 A ASSIM-CHAMADA “LUTA PELO MÉTODO”

Costuma-se denominar Methodenstreit, “luta pelo método”, a esse imenso e interessante confronto, ocorrido na República de Weimar, entre observações que propunham como deveria acontecer o relacionamento entre direito e política (KORIOTH, 2002, p. 49). À primeira vista, nada disso parece ser realmente novo, afinal, o referente semântico Rechtsstaat, durante o século XIX, foi muitas vezes selecionado justamente no sentido de descrever um sistema do direito que tem sua contrafactividade levada em conta pela política (Cf. HUMMEL, 2001, p. 128) (GOZZI, 2006, p. 319-321). A rigor, a novidade é o surgimento inédito, no âmbito alemão, da supremacia constitucional (FRIEDRICH, 1928, p. 190).

Ao contrário da Constituição de 1871, a Constituição de Weimar possui superioridade jurídica em relação à legislação ordinária, uma vez que estipula processo diferenciado de emenda (art. 76(1) WRV). Não se limita, também, a traçar obrigações aos cidadãos, porquanto possuía um catálogo de direitos fundamentais, (a exemplo da Constituição de Paulskirche). Apenas para citar

dois exemplos. Eram temas inéditos para o direito alemão. Uma Constituição apoiada na soberania popular, com rigidez formal frente às demais normas estatais, consiste em imenso ônus para uma ciência do direito público que tem como grande herança do século XIX aquela de descrever os problemas-limite entre direito e política como meras “questões de poder” (Machtfragen), em detrimento de sua dimensão constitucional.

Já que direitos fundamentais, sob a égide democrática, não podem ser considerados uma concessão graciosa do monarca, surge um problema para além da função básica dos direitos fundamentais de limite ao poder. A ordem constitucional de Weimar expressa – conjuntamente com a sua coetânea, a Constituição do México de 1917⁶ – um deslocamento semântico da noção de direitos fundamentais: agora eles traduzem, também, meios juridicamente aptos para se requerer que o sistema da política adote certas programações decisórias (DE GIORGI, 1998, p. 109-110) (LUHMANN, 1997, p. 47-52) (o que não garante ao direito que isso aconteça, pois a política possui a sua própria autopoiese, para bem e para mal). Quando contextualizado historicamente, pode-se ver o porquê dessa oscilação semântica: o Estado deveria compensar a imensa exclusão social herdada pelo liberalismo econômico do Oitocentos (PINTO, 2003, p. 40). E, dessa forma, “o desafio que se colocava ao Estado em termos de direitos fundamentais era, sem dúvida alguma, imenso, transformar aquela massa de desvalidos, antes vista como sociedade civil, em cidadãos” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 149).

A novidade de Weimar desprovia os observadores de “aspectos peculiares”⁷ muito caros ao constitucionalismo monárquico. Porém, isso não se deu mediante decreto da assembléia constituinte de Weimar. Algumas semânticas-chave do Oitocentos foram esque-

6 Devo reconhecer meu débito para com os Professores Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Filomeno Morais, que chamaram a minha atenção para isso. A rigor, é bem de ver, a Constituição do México, em muitos aspectos, é bem mais progressista – no que toca à implementação de direitos fundamentais – do que a Constituição de Weimar. Para um futuro próximo, abordaremos a questão de modo mais elaborado.

7 “Os aspectos peculiares” do sistema do direito são definidos pela pena erudita de Raffaele De Giorgi (2006, p. 62) como os “próprios estados, os próprios conceitos, ou seja, aquelas aquisições evolutivas que constituem fósseis guias, sedimentos, que a memória trata como temas no seu contínuo oscilar entre esquecer e recordar”. Tomo a liberdade de não traduzir *Eingenwerte* pela sua tradução literal, “valores peculiares”, para não incitar um paralelo com a axiologia constitucional, afinal, os *Werte* a que faz menção a teoria do sistema são estados comunicativos, e não “valores” emanados de um ethos.

cidas pela memória do direito porque o tempo Weimar não aceitava a sua seleção, ou, sendo mais direto: porque os problemas que a sociedade apresentava eram totalmente diversos daqueles que ensejaram o aparecimento do constitucionalismo Reich und Kaiser da Alemanha do século XIX. Quando a novidade do regime de Weimar é associada às sérias questões sociais que desafiavam a sua existência, percebe-se então o porquê do aspecto *mezzo* agônico *mezzo* bélico assumido pela *Methodenstreit* de Weimar: “a intensidade apaixonada do debate tinha alguma coisa a ver com a profunda insegurança engendrada precisamente por tais questões” (STOLLEIS, 2004, p. 143).

Em notável ruptura epistemológica com o labandismo, a teoria do direito público foi então profundamente “politizada”, porquanto assumiu a função de um “oráculo ao qual era possível se valer em busca de socorro”, na feliz definição, não sem ironia, de Michael Stolleis (2004, p. 143). Um autor como Heinrich Triepel é uma fonte histórica que manifesta essa nova postura, quando afirma que “uma compreensão total das normas de Direito Público (*Staatsrecht*) é absolutamente impossível sem a inclusão do político”, sendo o político “tudo aquilo que se referia às finalidades do Estado ou à sua delimitação em respeito às finalidades individuais” (TRIEPEL, 1974, p. 53)⁸.

Considerando a existência inquestionável de uma Constituição em sentido moderno na República de Weimar, que busca estabelecer a forma da comunicação entre direito e política, deve-se perceber que quando os juristas de Weimar debatiam, na *Methodenstreit*, sobre como deveria acontecer a comunicação entre direito e política, eles efetuavam, ao fim e ao cabo, uma observação de segunda ordem sobre a Constituição⁹. A um primeiro exame, pode parecer que o surgimento da supremacia constitucional tenha

8 Cuida-se de uma conferência proferida por Triepel quando de sua investidura no cargo de Reitor da Universidade Friedrich Wilhelm de Berlim, em 1926. Conquanto o seu principal alvo fosse o positivismo “logicista”, o labandismo, a Teoria Pura do Direito de Kelsen acabou por ser colocada na mesma vala (até pelo fato de que, à época, Kelsen era tido como o grande herdeiro de Laband). Cf. a preciosa análise histórica dessa intervenção no âmbito da “luta pelo método” em: (HERRERA, 2002, p. 87-112).

9 Entre os autores da época, foi talvez Herman Heller aquele que percebeu com mais clareza a competição de semânticas, de descrições que procuravam ser a “melhor” observação acerca da Constituição, a *Methodenstreit*, em suma. Cf. (HELLER, 2004). Assim, Heller identifica, em tal obra, “idéias monárquicas” (p. 17-44), “idéias democráticas” (pp. 45-70), “idéias liberais” (p. 71-90), “idéias nacionais” (p. 91-116) e “idéias socialistas” (p. 117-153).

tornado a referência Rechtsstaat obsoleta. Ainda mais quando se atenta para o fato de que Rechtsstaat não aparece em nenhuma oportunidade ao longo do texto da Constituição de Weimar (GUSY, 2001, p. 332). Mas não é o caso. A noção de Rechtsstaat continuou a exercer seu protagonismo na organização da comunicação da sociedade. Agora, por Weimar ser uma república e com uma Constituição positivada, “todos aceitavam o Rechtsstaat como uma evidência e não o discutiam mais. Preferia-se discutir as conseqüências concretas do princípio” (GUSY, 2001, p. 333).

Com efeito, a Methodenstreit pode ser observada a partir de tais premissas, que são mais bem percebidas quando exemplificadas.

Nessa senda, um Gerhard Anschütz tinha uma interpretação muito difundida do princípio da igualdade. Ele afirmou que essa questão em nada mudou entre 1850 e 1919, uma vez que, segundo ele acreditava, o princípio da igualdade, previsto pela Constituição de Weimar, deveria ser interpretado do mesmo modo que o art. 4^a da Constituição Prussiana de 1850 – aquela Constituição outorgada por Friedrich Wilhelm IV após a Restauração que esmagou o movimento constitucionalista (HUMMEL, 2002, p. 225). O referido art. 4^o dizia que todos os prussianos são iguais perante a lei. Só que o “perante” significa, advoga Anschütz, em face da lei (angesichts des Gesetzes). Ou seja: o Legislativo define o quão iguais são as pessoas, pois isso seria um livre entendimento soberano (JOUANJAN, 1992, p. 86-87). Olivier Jouanjan (2001, p. 46), de forma muito apropriada, percebeu que isso também é um conceito de Rechtsstaat que se traduz pelo seguinte imperativo: “manter o conceito positivista e formalista no contexto democrático”. Ou seja, manter o mesmo entendimento do direito público monárquico no século XIX em uma república que se assenta na soberania popular. É claro que isso não deixa de ser uma postura em relação à Constituição: qual seja a de negá-la.

Já um Rudolf Smend utilizava-se de noções próprias à teologia protestante¹⁰ para se queixar do déficit de integração vivenciado

10 A definição de “Integração”, no Evangelisches Staatslexikon é impressionante: a integração é “o ponto de partida material para uma ética protestante do indivíduo no Estado. Esta deve tomar a frente do processo vital no qual a individualidade é solicitada a se empenhar na comunidade, em particular na comunidade estatal”. Cf. (SMEND, 1988, p. 288).

por Weimar. Um problema que não existia quando a Alemanha era uma monarquia, pois “o efeito integrador da monarquia atua através de um conjunto de valores essencialmente indiscutíveis, valores que ela mesma simboliza e representa, e por meio dos quais se legitima” (SMEND, 1985, p. 172). Nesse quadro, a crença em uma divindade terrena encontra na Constituição um equivalente, que passa a ser “a dinâmica vital mediante a qual se desenvolve a vida do Estado, quer dizer, seu processo de integração” (SMEND, 1985, p. 132). Os direitos fundamentais desenvolvem, nesse argumento, papel essencial, pois “representariam um sistema de valores concretos, que resumiria o sentido da vida estatal na Constituição” (BERCOVICI, 2004, p. 37). Novamente com Jouanjan (2001, p. 49), nota-se que tal postura axiológica procura “renovar a concepção material do Estado de Direito”. A Constituição é entendida como uma ordem concreta de valores. Que é o conceito de Constituição subjacente à postura atual do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht) de pretender ser o superego da sociedade alemã (MAUS, 2000).

Por seu turno, a contribuição teórica de Hermann Heller, busca “repensar o Estado de Direito social” (JOUANJAN, 2001, p. 49)¹¹. Por um lado, Heller não se contenta com a formalidade do Estado de Direito liberal, que teria como única finalidade a de garantir uma “segurança jurídica” apta a doar previsibilidade às relações capitalistas (HERRERA, 2001, p. 357-358). Por outro lado, Heller não deseja abolir o Estado de Direito de forma geral. Ele afirma: “aprovamos o Estado autoritário, tanto por motivos socialistas como político-nacionais” (HELLER, 1996, p. 70). O que em termos práticos significa “transformar o Estado liberal em um Estado socialista de direito, mas não eliminar o Estado de Direito em geral”, porquanto dever-se-ia manter a separação dos poderes e os direitos fundamentais (HELLER, 1996, p. 73-74), todavia, sob a égide de uma economia planificada estatalmente, que coletivize os meios de produção, submetendo-os à autoridade do Estado (BERCOVICI, 2004, p. 132).

Pois bem. Anschütz, Smend e Heller tematizam,

¹¹ A teoria do Estado de Herman Heller não recebeu, em solo nacional, a atenção que merece. Na tentativa de somar esforços para preencher essa lacuna, Cf. (BERCOVICI, 2006, p. 325-343).

respectivamente, o princípio da igualdade, a efetivação de direitos fundamentais e a “constituição econômica”¹² no âmbito da República de Weimar. Não seria nada absurdo apontar que, quando eles realizam suas considerações, debruçam-se sobre “conseqüências concretas” da noção de Estado de Direito (GUSY, 2001, p. 333), ao papel que o direito constitucional deve desempenhar em uma ordem democrática. E uma das mais célebres polêmicas da qual dá notícia o direito constitucional, a polêmica travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, pode muito bem ser entendida como um embate travado por dois conceitos de Constituição, de Estado de Direito; por dois entendimentos acerca do papel do direito constitucional em uma democracia de massas (MAIA, 2007, p. 144-364).

Kelsen era adepto de uma impositação formalista fortemente influenciada pelo neokantismo de Marburgo (CARRINO, 1992, pp. 170 e ss.). Para ele o ordenamento jurídico é composto de diversos graus, sendo que a Constituição é o mais elevado grau normativo do direito positivo de um Estado (KELSEN, 1934, p. 325). A grande tarefa que desafia o jurista não é outra: o Estado de Direito (Rechtsstaat) requer que o processo de individualização do direito, dos patamares mais abstratos até os mais concretos, como o contrato, a sentença e o ato administrativo, seja regular (KELSEN, 1988, p. 111). Ou seja, da passagem de uma norma jurídica determinante (bedingende Rechtssätze) para uma norma jurídica determinada (bedingte Rechtssätze), é necessário que o patamar normativo inferior observe os limites impostos deontologicamente pelo patamar normativo superior (MERKL, 1987, p. 37). Assim, o problema do jurista é fazer com que a nomogênese estatal mantenha a regularidade jurídica (Rechtsmaßigkeit) (LIMA, 2003, p. 204-205). Para essa tarefa um tribunal constitucional que se limita a verificar conflito de competências federais – como era a Corte Constitucional austríaca do tempo – seria um instrumento que poderia aperfeiçoar a nomogênese estatal, porquanto pode encarnar o papel de fiscalização da individualização do direito. Daí, um tribunal constitucional poderia ser o “garante da Constituição” (Garant der Verfassung) (PAULSON, 2003, p. 233).

¹² Usualmente considerada como a previsão de tarefas, na forma constitucional, a serem efetivadas pelo Estado, ou seja “a expressão do econômico no plano político”, segundo: (BERCOVICI, 2004, p. 39). No Brasil, a difusão da abordagem da “constituição econômica” se deu, sobretudo, por obra de: (GRAU, 2000).

Por seu turno, Schmitt tem como premissa metodológica um conceito decisionista de direito. Em seus escritos, o jurista de Plettenberg sustenta que o ordenamento jurídico deve a sua existência a um fato anterior: à decisão emanada de alguém que é soberano (SCHMITT, 2001a, p. 182). Afinal, soberano é quem decide sobre o estado de exceção (“Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”) (SCHMITT, 1972, p. 33). É pela decisão que um povo adquire a sua identidade: quem é amigo, quem é inimigo. Sem decisões que traduzam “declarações de hostilidade” um povo não tem uma homogeneidade apta a caracterizá-lo enquanto tal (SCHMITT, 1992, p. 72). A Constituição, nesse marco, não seria uma mera norma jurídica, mas sim uma decisão (SCHMITT, 2001b, p. 45). E a manutenção das decisões políticas fundamentais, contidas na Constituição, não poderia ser conseguida por um tribunal constitucional. Para Schmitt, aqui a justiça não teria nada a ganhar e a política tudo a perder. Se o ordenamento jurídico deve a sua existência a um momento que lhe é, simultaneamente, anterior e externo, cabe àquele que pode decidir entre amigo/inimigo o papel de ser o guardião da Constituição (Hüter der Verfassung¹³) (BERCOVICI, 2003, p. 195-201).

É de se perceber, portanto, que muito antes de uma elegante troca de farpas, a polêmica Kelsen-Schmitt expressa um embate semântico entorno de conceitos de Constituição. Só que esse embate não foi uma mera discussão escolástica acerca de qual é o sexo dos anjos. Na verdade, encampar um ou outro conceito de Constituição acaba por ter consequências muito concretas. O que diz muito sobre o estatuto do direito constitucional.

4 CONCLUSÃO

O candente confronto de idéias travado quando da República de Weimar, no sentido de se precisar os contornos daquela que foi a primeira Constituição democrática da Alemanha, diz muito acerca da tessitura do direito constitucional. Porque diz muito acerca da Constituição.

A supremacia da Constituição, ou seja, as consequências de

¹³ Note a personificação que Schmitt impõe a este conceito

uma norma que pretende ser a medida de conformidade de todo o direito – uma norma portanto autológica, uma vez que divide todo o ordenamento em direito constitucional e direito infraconstitucional no mesmo lance em que se coloca do lado “direito constitucional” (LUHMANN, 1996, p. 89-90) – não é algo que se possa adjetivar de óbvio. A Constituição pretende estabelecer um acoplamento entre o direito e a política. Com isso, ambos os sistemas se beneficiam, por exemplo: o direito pode se valer do monopólio do uso da força física, titularizado pelo Estado; a política vê no direito um meio de se atingir a sua função de implementar decisões que vinculem a coletividade (CAMPILONGO, 2002).

O que a Methodenstreit demonstra é que a Constituição moderna não se reduz a um mero texto escrito; que a Constituição não consiste em uma máquina que trabalha automaticamente (TRIBE; DORF, 2007, p. 37). A função, os limites e as possibilidades de uma estrutura que realiza o acoplamento entre direito e política dependem fundamentalmente de como os constitucionalistas descrevem a Constituição. Muito antes de um simples “privilégio” concedido aos doutrinadores constitucionais, essa peculiaridade do direito constitucional adverte sobre os riscos envolvidos nesse ofício: quem se aventura a comentar a relação entre direito e política tem sempre que ter em mente que tal descrição tem que resultar em uma manutenção da diferença entre direito e política, tem que objetivar um fortalecimento do Estado de Direito. Em um país em que a democracia tem sérias dificuldades para se estabelecer sem golpes de Estado autocráticos, essa advertência é assaz pertinente. Aqui, não estamos a nos referir à Alemanha, mas à República Federativa do Brasil.

5. REFERÊNCIAS

BARTHÉLEMY, Joseph. “Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine: sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l’Empire”. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*. Tomo 22, 12º Ano. Paris: E. Brière, 1905.

BERCOVICI, Gilberto. “As possibilidades de uma Teoria do Estado”. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (orgs.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Conceito Editorial, 2006, p. 325-343.

BERCOVICI, Gilberto. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Nº 1. São Paulo: Editora Método; Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho de 2003, p. 195-201.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of the German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARRINO, Agostino. L’ordine delle norme: **Stato e diritto in Hans Kelsen**. 3ª ed. ampliada. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **“A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **“Controle de constitucionalidade e democracia”**. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DE GIORGI, Raffaele. “A memória do direito”. In: **Direito, tempo e memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. “Semântica da idéia de direito subjetivo”. In: **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DIPPEL, Horst. **Germany and the American Revolution 1770-1800: a sociohistorical investigation of late Eighteenth-Century political thinking**. Trad. Bernhard A. Uhlendorf. Williamsburg: Chapel Hill, 1977.

DOGLIANI, Mario. **Introduzione al diritto costituzionale**. Bolonha: il Mulino, 1994.

DUVERGER, Maurice (org.). **Constitutions et documents politiques**. 14^a ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FRIEDRICH, Carl Joachim. “The issue of Judicial Review in Germany” (1928). In: **Political Science Quarterly**. Vol. 43, n^o 2. New York: Columbia University, junho de 1928.

FROSINI, Tommaso Edoardo. “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”. In: **Il Politico: Rivista Italiana di Scienze Politiche**. Ano LXI, n^o 1. Pavia: Università degli Studi di Pavia, janeiro-março de 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GARRATY, John. “The Case of the Missing Commissions”. In: GARRATY, John (org.). **Quarrels that have shaped the Constitution**. New York: Harper & Rom, 1988, p. 7-19.

GORDON, Scott. Controlling the State: **Constitutionalism from Ancient Athens to Today**. 2^a ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOZZI, Gustavo. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUSY, Christoph. “Le principe du Rechtsstaat dans la République de Weimar: crise de l’État de droit et crise de la science du droit public”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). **Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio III: a filosofia do Espírito (1830)**. Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

HELLER, Herman. “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana”. In: **El sentido de la política y otros ensayos**. Trad. Maximiliano Marcos. Valencia: Pre-Textos, 1996.

HELLER, Herman. **Las ideas políticas contemporáneas (1930)**. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Editorial Comares, 2004.

HERF, Jeffrey. **O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich**. Campinas: Unicamp; Editora Ensaio, 1993.

HERRERA, Carlos Miguel. “Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar”. In: KÉRVEGAN, Jean-François (org.). **Crise et pensée de la crise en droit: Weimar, sa république et ses juristes**. Paris: ENS Éditions, 2002, p. 87-112.

HERRERA, Carlos Miguel. “La social-démocratie et la notion d’État de droit à Weimar”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). **Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão**. Edição de Renato Janine

Ribeiro. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HUMMEL, Jacky. “État de droit, libéralisme et constitutionnalisme Durant le Vörmärz”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). **Figures de l’État de droit: Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

HUMMEL, Jacky. **Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

JOUANJAN, Olivier. “Présentation”. In: JOUANJAN, Olivier (org.). Figures de l’État de droit: **Le Rechtsstaat dans l’histoire intellectuelle et constitutionnelle de l’Allemagne**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

JOUANJAN, Olivier. **Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand**. Paris: Economica, 1992.

KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución: la Justicia Constitucional” (1928). In: **Escritos sobre la Democracia y el Socialismo**. Madrid: Editorial Debate, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado (1925)**. Trad. Luís Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Labor, 1934.

KEMP, Tom. **A revolução industrial na Europa do século XIX**. Lisboa: Edições 70, 1987.

KORIOTH, Stefan. “Prologue: The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany”. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). **Weimar: a Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002.

LANCHESTER, Fulco. **Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918**. Milano: Giuffrè, 1985.

LANCHESTER, Fulco. **Le Costituzione tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi**. Milano: Giuffrè, 2002.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. "Aguarda da Constituição em Hans Kelsen". In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Nº 1: Justiça Constitucional. São Paulo: Ed. Método; ESDC, janeiro-junho de 2003.

LOUREIRO, Isabel. **A Revolução Alemã (1918-1923)**. São Paulo: Unesp, 2005.

LUHMANN, Niklas. "La Costituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (orgs.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.

LUHMANN, Niklas. "The direction of evolution". In: HAFERKAMP, Hans. SMELSER, Neil J. (Orgs.). **Social Change and Modernity**. Berkeley: University of California Press, 1992, p. 275-291.

LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Ed. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, outubro de 2007 (dissertação de mestrado), 417 p.

MANCA, Anna Gianna. **La sfida delle reforme: Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)**. Bologna: il Mulino, 1995.

MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. "Giustizia e amministrazione". In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MAUS, Ingeborg. "Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'". In: **Revista Novos Estudos**. Trad. Martonio Mont'Alverne Lima e Paulo Albuquerque. Nº 58. São Paulo: Cebrap, novembro de 2000.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and**

modern. 2^a ed. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

MERKL, Adolf Julius. “Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931)”. In: **Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi**. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.

MESTRE, Jean-Louis. “Les emplois initiaux de l’expression ‘droit constitutionnel’”. In: **Revue Française de Droit Constitutionnel**. N° 55. Paris: Presses Universitaires de France, julho de 2003.

PAULSON, Stanley L. “Constitutional Review in the United States and Austria: notes on the Beginnings”. In: **Ratio Juris**. Vol. 16, n° 2. Oxford: Blackwell, junho de 2003.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. “Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (org.). In: **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

POCOCK, John G. A. **The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic Republican tradition**. Princeton: Princeton University Press, 1975.

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919-1923)**. Trad. Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. “Introduction – Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: SCHLINK, Bernhard. JACOBSON, Arthur J. (orgs.). **Weimar: a Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002.

SCHMITT, Carl. “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001a, p. 161-217.

SCHMITT, Carl. “Teologia Política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità” (1934, 2^a ed.). In: **Le categorie del “politico”**. Ed. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: il Mulino, 1972, p. 29-86.