

**CEM ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DE WEIMAR
(1919-2019)**

QUARTIER LATIN

GILBERTO BERCOVICI

COORDENADOR

**CEM ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DE WEIMAR
(1919-2019)**

Airton Cerqueira-Leite Seelaender
Alessandro Octaviani
Alysson Leandro Mascaro
André Ramos Tavares
Antônio José Avelãs Nunes
Ari Solon
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Bernardo Ferreira
Carlos Miguel Herrera
Carlos Petit
Chris Thornhill
Clarice Seixas Duarte
Cristiano Paixão
Daniel Francisco Nagao Menezes
David Salomon
Dimitri Dimoulis
Enzo Bello
Ester Gammardella Rizzi
Fábio Sampaio Mascarenhas
Filomeno Moraes
Friedrich Müller
Geraldo Miniuci
Gilberto Bercovici
Gustavo Capela
Heinz Mohnhaupt

Ingo Wolfgang Sarlet
Irene Patrícia Nohara
José Augusto Fontoura Costa
José Tadeu De Chiara
Leticia Vita
Luís Fernando Massonetto
Luiz Felipe Brandão Osório
Marcelo A. Cattoni de Oliveira
Martonio Mont'Alverne B. Lima
Mário André Machado Cabral
Mario G. Losano
Maurizio Fioravanti
Michael Stolleis
Milene Chavez Bercovici
Oliver Eberl
Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Pietro Costa
Raquel Machado
Rene José Keller
Ricardo Spindola
Roberto Bueno
Rodrigo Oliveira Salgado
Sebastián Martín
Walquíria Domingues Leão Rêgo
William E. Scheurman

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2019
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

SUMÁRIO

Introdução, 15

Gilberto Bercovici

Constituição Democrática, Pluralismo e História: Anotações ao Feuerbach de Radbruch, 21

Airton Cerqueira-Leite Seelaender

O Marxismo e Weimar, 53

Alysson Leandro Mascaro

Da Segunda Internacional a Weimar.....	54
Marxismo e Weimar ao Tempo	60
De Weimar ao Nazismo: Balanços Marxistas.....	70

A Defesa da Constituição de Weimar, 83

André Ramos Tavares

1. As Razões deste Ensaio	83
2. O Contexto Constitutivo de Weimar	86
2.1. O Artigo 48 da Constituição de Weimar.....	89
2.1.1. Bases para o Artigo 48	90
2.2. As Primeiras Defesas de Weimar.....	91
3. O Artigo 48 como Determinante do Defensor Constitucional	92
3.1. A Suposta Legitimidade Democrática do Chefe do Reich.....	92
3.2. O Artigo 48 Suspende a Constituição	94
4. A Política e os Tribunais	95
4.1. Esclarecimentos	95
4.2. O Tribunal Supremo do <i>Reich</i> como Defensor da Constituição de Weimar.....	96
4.3. A Ascensão do Terceiro Reich: A Contribuição Política Indefensável dos Tribunais.....	100
5. A Retomada da Proposta de Kelsen com a Derrota do Eixo	102
5.1. O Tribunal como <i>Herr</i> da Constituição?.....	103

**A República de Weimar e a Constituição
de Weimar, Cem Anos Depois, 107**

Antônio José Avelãs Nunes

Atenas em Weimar: Kelsen, Schmitt e os Gregos, 135

Ari Marcelo Solon e Ricardo Spindola

1. Introdução: Weimar e Atenas	135
2. <i>Gigantomachie</i> – A Luta de Gigantes pela “Pureza” na Crise da Modernidade.....	139
3. O Debate Kelsen-Schmitt Lido através da Grécia	149
3.1. O Expressionismo Reacionário de Schmitt	154
3.2. O Classicismo Revolucionário de Kelsen.....	157
4. Conclusão: <i>Nomos, Nomizomena, Nomizetai</i>	159

**“O Mais Claro Suicídio da História Constitucional”:
Carl Schmitt Confronta a Constituição de Weimar, 165**

Bernardo Ferreira

Estado de Direito, Lei e Parlamentarismo.....	170
O Sistema de Legalidade do Estado Legislativo	178
O Colapso do Sistema de Legalidade.....	190
Bibliografia	199
Textos de Carl Schmitt.....	199
Textos secundários.....	199

**Constituição e Socialdemocracia em Weimar:
Por uma Periodização, 201**

Carlos Miguel Herrera

A Improvisação Jurídica	205
O Otimismo Social	209
A Defensiva Institucional.....	213

**Democracia y Derecho Mercantil: Texto y
Contextos de Joaquín Garrigues, *Nuevos Hechos,
Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas (1933)*, 219**

Carlos Petit

A Constituição de Weimar como uma Constituição Militar, 243

Chris Thornhill

Introdução	243
A Constituição de Weimar e a Dialética do <i>Soldat-Citoyen</i>	249
O Regresso do <i>Soldat</i>	265
Conclusão	270

***Bildung* Tupiniquim: A Constituição de Weimar e a Disciplina Constitucional da Educação Brasileira, 273**

Clarice Seixas Duarte e Fábio Sampaio Mascarenhas

1. A Constituição de Weimar e a Educação	273
2. Estado e Educação no Brasil: Um Panorama das Constituições Brasileiras a partir de 1930	278
3. A Educação na Constituição de 1988	292

Crise Constitucional na Experiência de Weimar (1919-1933), 299

Cristiano Paixão e Paulo Sávio N. Peixoto Maia

Introdução	299
1. Identificação e Narrativa das Crises	300
2. Unidade do Estado como Objetivo, Dissolução Pluralista como Diagnóstico	304
3. Crises Constitucionais, Radicalismo Político e Extremismo Narrativo	312
Conclusão	319

A República de Weimar Tropicalizada: As Aproximações de Francisco Campos e Carl Schmitt no Ataque ao Estado Social, 321

Daniel Francisco Nagao Menezes

Introdução	321
1. Intervenção na Sociedade	322
2. Da Estrutura Econômica	329
Considerações Finais	341

**Havia Positivistas na República de Weimar? Reflexões
sobre a Interpretação Constitucional na “Controvérsia
sobre Métodos e Tendências”, 345**

Dimitri Dimoulis

1. Weimar na Perspectiva dos Juspublicistas. A Controvérsia sobre Tendências	345
2. Berlim 1919. O que Pensam os Juspublicistas?	349
3. <i>Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer</i> : Palco da Controvérsia entre Positivistas e seus Críticos.....	354
4. Houve Interpretações Positivistas em Weimar? Dois Exemplos	358
4.1. No Silêncio da Constituição, os Juízes Podem Fiscalizar a Constitucionalidade das Leis?	358
4.2. O que Significa “Todos os Alemães São Iguais Perante a Lei” (Art. 109, I da Constituição de Weimar)?	365
5. Considerações Conclusivas	367

**Pós-Fascismo e Antifascismo no Brasil no
Centenário da República de Weimar (1919-2019), 369**

Enzo Bello, Gustavo Capela e Rene José Keller

1. Introdução	369
2. O Processo de Ascensão do Autoritarismo no Brasil (2013-2019): Lampejos de Weimar	373
3. O (Res)urgimento do Antifascismo e dos Antifas no Brasil	383
4. O Anti <i>Pós-Fascismo</i> : Possibilidades para Lidar com Assombrações.....	387
5. Conclusões (?): Pistas para um Futuro em Aberto à Luz dos Lampejos do Passado no Presente.....	389

**Qual é a Forma Jurídica da Nova Ordem Social?
Reflexões a partir da Obra de Otto Kirchheimer
sobre a Constituição de Weimar, 393**

Ester Gammardella Rizzi

1. Visão Geral: A Análise de Kirchheimer sobre a Constituição de Weimar..	395
2. Dicotomias Constitucionais: A Crítica	397
3. Interação entre Política e Realidade: O Direito como Meio	404
4. Ordem Constitucional Desfigurada: A Defesa	412
5. Conclusão: Qual é a Forma Jurídica da Nova Ordem Social?.....	425

**Max Weber, a Constituição de Weimar e o
Semipresidencialismo: Tragédia, Perigos e
Potencialidades de um Sistema de Governo, 431**

Filomeno Moraes e Raquel Machado

1. Introdução	431
2. O Poder Constituinte e a Constituição de Weimar	432
3. Max Weber como Teórico e como Analista de Conjuntura	433
4. Poder ou Dominação, Política, Políticos e Estado.....	436
5. Max Weber e o Semipresidencialismo da República de Weimar	438
6. A Herança Teórica de Max Weber e os Tempos Atuais.....	442
7. O Semipresidencialismo e o Brasil.....	444
8. Considerações Finais	446

Sobre a Constituição de Weimar e Sobre Constituições, 449

Friedrich Müller

O Debate de Weimar e as Origens do Direito Econômico, 457

Gilberto Bercovici

**Justus Wilhelm Hedemann e o Desenvolvimento
da Disciplina “Direito Econômico”, 471**

Heinz Mohnhaupt

1. Introdução: Elementos de uma Disciplina Científica	471
2. Jena como Centro do Direito Econômico.....	473
3. A Necessidade de uma Definição do “Direito Econômico”.....	478
4. Da Relação entre a Pandectística e a Economia Política no Século XIX	483
4.1. Perspectivas da Economia Política [Volkswirtschaftslehre]	486
4.2. Perspectivas da Ciência Jurídica.....	489
5. O Despertar do Primeiro Pós-Guerra: O Instituto de Jena	494
6. Os Temas do Direito Econômico e a Tentativa de Sistematização e Formação da Disciplina.....	497
7. Hedemann e o Direito Econômico no Nacional-Socialismo	504
8. Adendo: O Instituto de Direito Econômico em Berlim a partir de 1936	508
9. Conclusão	509

Algumas Notas sobre o Conteúdo e Significado dos Direitos e Deveres Fundamentais na Constituição de Weimar, 511

Ingo Wolfgang Sarlet e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

1. Introdução	511
2. Breve Mirada sobre o Conteúdo e Alcance do Catálogo de Direitos e Deveres Fundamentais da Constituição de Weimar	514
3. Considerações Finais	526

Sucumbência de Weimar e Heranças do Direito Administrativo Alemão sob a Influência de Forsthoff: Estatismo Autoritário, Neutralidade Administrativa e Subordinação Humana, 529

Irene Patrícia Nohara

Considerações Introdutórias	529
1. Contexto Histórico de Weimar e Ascensão do Nazismo	531
2. Ernst Forsthoff na Passagem por Weimar, pelo Nazismo e pela República Federal Alemã.....	533
3. Heranças das Noções Desenvolvidas por Forsthoff no Direito Administrativo Alemão	536
4. Universo Pós-Moderno, Ascensão Neoliberal e Ressurgimento do Conservadorismo: Subordinação Humana e Retorno do Viés Autoritário ao Estado	538
Considerações Finais	543

A Crise dentro da Crise: Direito Internacional e a Constituição de Weimar, 547

José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci

Introdução	547
1. Direito e Relações Internacionais na Constituição de Weimar	549
1.1. Regras de Direito Constitucional Internacional da Constituição de Weimar.....	550
1.2. De Fora para Dentro: O Direito Internacional e o Interno	553
1.3. Equilíbrio e Controle: Federalismo e Relações Exteriores	558
1.4. Despedidas e Esperanças: Ecos da Derrota.....	559
2. Perdas Efetivas: Territórios e Indenizações	563
2.1. As Perdas Territoriais.....	564
2.2. Compensações	568
Conclusões	576

A Atualidade de Weimar e o Estado de Sítio Banqueiro no Brasil, 579

José Tadeu de Chiara e Alessandro Octaviani

1. Estado de Exceção, Estado de Sítio: A Pista de Bercovici e Arantes 579
2. Capital Financeiro e Centralidade dos Bancos: A Pista de Hilferding 583
3. O Estado de Sítio Banqueiro Brasileiro: Concentração Bancária, Dívida Pública Interna e Desnutrição do Controle Jurídico 586

El Programa Social de la Constitución de Weimar: Hugo Sinzheimer en la Asamblea Nacional, 593

Leticia Vita

1. La Figura de Hugo Sinzheimer 594
2. La Asamblea Nacional de Weimar en Acción 597
3. La Propuesta de Sinzheimer en la Comisión Constitucional..... 600
4. Constitución Económica como Democracia Económica..... 603
5. Conclusiones..... 608

A Economia Política do Espaço em Weimar, 611

Luís Fernando Massonetto

- Introdução 611
1. Gênese da Questão Urbana: O Processo de Urbanização da Alemanha no Período Pré-Weimar 612
2. A Economia Política do Planejamento Urbano da Alemanha de Weimar 618
- Conclusão 625

Rapallo, uma Ponte entre Weimar e Moscou, 627

Luiz Felipe Brandão Osório

- Introdução 627
1. Contexto do Pós-Primeira Guerra Mundial 628
2. A Conferência de Gênova e o Tratado de Rapallo..... 631
3. A Costura de Rapallo e a Atuação Decisiva de Pachukanis 632
4. Os Ecos de Rapallo nas Relações Internacionais 634
5. Pachukanis, Teórico do Direito Internacional..... 636
- Conclusão 639

Justiça e Política – O Passado que ainda Desafia o Presente, 641

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima

Introdução	641
Ernst Fraenkel e o Estado Dual – Estado de Prerrogativa e Estado Normativo ...	645
Conclusão.....	655

A Primeira Guerra Mundial e o Direito Econômico: O Caminho para a “Normalização” em Weimar, 657

Mário André Machado Cabral

A República de Weimar e a Cidade Livre de Fiume: De Projetos Criativos a Resultados Autoritários, 665

Mario G. Losano

1. Weimar 1918 e Fiume 1919: A Ruptura com o Passado	665
2. A Europa de 2019 olha para 1919: Weimar às portas?	670
3. 1919-1923: Um Período de Cinco Anos de Transformações Radicais.....	675
4. A Crise da Democracia Parlamentar em Dois Escritos de Kelsen.....	677
5. 1919: D’Annunzio e Mussolini, a “Vitória Mutilada” e a Aventura de Fiume.....	680
6. 1919: Na Constituição de Fiume, “o Cravo Bolchevique Floresceu na Rosa Latina”.....	683
7. 1923: A Conclusão Dramática do Quinquênio do Pós-Guerra (e uma Reflexão sobre Hoje).....	687

Mortati em Weimar, 693

Maurizio Fioravanti

O Programa Social da Constituição de Weimar, 707

Michael Stolleis

Walther Rathenau e a Grande Empresa em Weimar, 729

Milene Chavez Bercovici

Notas Biográficas – A Experiência na Indústria e na Política em Tempos de Paz e Guerra.....	730
--	-----

A Economia de Guerra como Experiência de Planejamento	
Econômico e Ação da Grande Empresa	733
Rathenau e a Grande Empresa	738

**Crítica ao Parlamentarismo e à Democracia Social
na República de Weimar: Carl Schmitt e o Atual
Debate Pós-Democrático, 749**

Oliver Eberl e David Salomon

A Pós-Democracia como Conceito de Crise Política dos Nossos Dias	749
A Crítica Antidemocrática de Schmitt ao Parlamentarismo	753
Economia e Democracia em Schmitt	759
Relações de Legitimidade Pós-Democrática	764

**A Constituição de Weimar no Debate Constituinte
Italiano (1946-47): O Tema dos Direitos, 769**

Pietro Costa

1. Notas Introdutórias	769
2. Weimar na Itália: O Papel de Costantino Mortati	770
3. Weimar no Espelho da Assembleia Constituinte	779

**As Condições Histórico-Políticas do
Ataque à Constituição de Weimar, 787**

Roberto Bueno

Introdução	787
1. A Constituição de Weimar: Elaboração e Pressupostos	789
2. A Política e os Avanços Sociais na Constituição de Weimar	800
3. O Sistema em Xeque e a <i>Machtergreifung</i> : Brechas Constitucionais e Tempos de Exceção	809
Considerações Finais	821

**O que Restou de Frankfurt: A Transformação do
Planejamento Urbano sob a Constituição de Weimar, 825**

Rodrigo Oliveira Salgado

Introdução	825
1. A Industrialização e a Questão Urbana Pré-Weimar	826

2. Frankfurt e o Novo Planejamento Urbano.....	828
3. A Constituição de Weimar e as Consequências Urbanas.....	832
4. Mesmas Regras, Novos Fins: de Franz Adickes a Ernst May.....	836
Conclusões	842

Los Fundamentos Sociales, Políticos y Jurídicos del soziale Rechtsstaat: Oportunidad Actual de Hermann Heller (1891-1933), 845

Sebastián Martín

1. Introducción	845
2. Pluralismo Democrático vs. Doctrina Nacionalista y Liberalismo Tradicional	852
3. Ciudadanía Republicana, Legislación Democrática y Dialéctica Constitucional	863
4. La Verdad de la Alternativa Dictatorial	873
5. Actualidad de Hermann Heller en el Centenario de la Constitución de Weimar	876

República de Weimar: Orígenes Históricas, Destino e Tragédia, 881

Walquíria Domingues Leão Rêgo

Introdução	881
1. Conteúdos Sociais, Históricas e Políticos da Modernização Alemã	881
2. Guerras Camponesas e Raízes da Utopia Republicana.....	885
3. Tradição e Modernidade	888
4. Constituição, Memória e Sociedade.....	895
5. Colapso de Weimar	899

Donald Trump Encontra Carl Schmitt, 905

William E. Scheuerman

Populismo contra a democracia	907
Populismo e Liberalismo Econômico	912
Estado e Direito sob o Populismo?.....	918

Colaboradores, 923

HAVIA POSITIVISTAS NA REPÚBLICA DE WEIMAR? REFLEXÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA “CONTROVÉRSIA SOBRE MÉTODOS E TENDÊNCIAS”*

DIMITRI DIMOULIS

“Die rechtliche Kraft der Dezision ist etwas anderes als das Resultat der Begründung”.

(“A força jurídica da decisão é algo diverso do resultado de uma fundamentação”)

Carl Schmitt¹

1. WEIMAR NA PERSPECTIVA DOS JUSPUBLICISTAS. A CONTROVÉRSIA SOBRE TENDÊNCIAS

“Controvérsia sobre métodos e tendências” é uma tradução da locução alemã *Methoden- und Richtungsstreit*. É dessa forma que se designa o debate entre professores² de direito público de língua alemã que se desenvolveu entre as duas guerras mundiais sob a vigência da Constituição de Weimar. A menção a “métodos e tendências” caracteriza bem esse debate, pois não se discutiu apenas – nem principalmente – quais eram os melhores métodos para interpretar as normas constitucionais. Principal objeto da discussão foi a postura teórico-filosófica que o intérprete deve assumir perante o fenômeno constitucional e, por extensão, perante a realidade política e econômica e os “valores” sociais e nacionais.

* O texto deve-se à sugestão de temática feita pelo respeitado colega e caro amigo, Professor Gilberto Bercovici. O presente estudo é original, utilizando parte da pesquisa realizada para apresentação na conferência de constitucionalistas, organizada pela “Associação Científica Aristovoulos Manessis” em Vytina (Grécia) em 2013 sobre “República de Weimar, 80 anos após a sua abolição” (cf. a publicação: Dimitri DIMOULIS, *I syntagmatologi apo ti Vaimari stis meres mas. Me aformi ti diamahi peri método*, Theseis, 2013, pp. 83-113). Agradeço as observações do Prof. Philippos Vassilyoyannis e a leitura da Dra. Thais Cardoso.

1 Carl SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, Duncker & Humblot, 1934, p. 42.

2 Utilizamos o masculino, pois nenhuma mulher participou desse debate nem houve, ao que parece, docente de direito público em países de língua alemã antes da Professora Ilse Staff, docente da Universidade de Frankfurt desde 1965. Ver Ute SACKSOFSKY, “Kritische Vorreiterin und erste deutsche Staatsrechtslehrerin: Nachruf auf Ilse Staff (1928-2017)”, *Kritische Justiz*, vol. 51, 2018.

O termo *Richtungsstreit* foi utilizado, ao que parece, pela primeira vez por um dos protagonistas da discussão weimariana, Rudolf Smend (1882-1975), em artigo publicado de 1973³. Já Manfred Friedrich, estudioso do período, utilizou o termo *Methoden- und Richtungsstreit* em artigo de 1977 e em posterior estudo sistemático (1997). Friedrich sustentou que o debate dos juspublicistas de Weimar era algo mais amplo (*mehr als*) que uma divergência sobre métodos de interpretação, abrangendo a questão dos fundamentos e dos princípios a serem adotados pela disciplina (*Grundlagenstreit, Grundsatzdebatte*)⁴.

A nossa tese é que se tratou de algo “menos” que um debate sobre os métodos de interpretação e aplicação do direito público. Os autores não tematizaram os métodos, mas discutiram temas gerais, entre eles a importância do direito natural, da moral e da política na aplicação do direito, refletindo também sobre o papel do jurista em um período politicamente conturbado. Tratou-se, como escreveu Stolleis, de “uma discussão geral sobre a posição do ramo”⁵.

É consensual que o debate entre juspublicistas em Weimar teve qualidade, intensidade e amplitude sem equivalente nos mais de dois séculos de constitucionalismo mundial. Isso explica o interesse dos pesquisadores até os nossos dias pelo debate weimariano, como atestam as dezenas de publicações utilizadas no presente estudo⁶.

-
- 3 Rudolf SMEND, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit” in Horst EHMKE et al. (orgs.), *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973. Trata-se de estudo unilateral, no limite da má-fé. Smend glorifica os antipositivistas como defensores dos direitos fundamentais em luta contra o “ultrapassado positivismo” que desprezaria esses direitos, sendo indiretamente acusado de cumplicidade com o regime nacional-socialista.
 - 4 Manfred FRIEDRICH, “Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, n. 2, 1977, pp. 165-166 e 325 e Manfred FRIEDRICH, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 325.
 - 5 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, C. H. Beck, 2002, p. 155.
 - 6 Extensa bibliografia em Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 154-155. Acrescentamos as seguintes obras em ordem cronológica: Dieter GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987, pp. 291-307 e 347-373; Oliver LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung: Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, München, Beck, 1994; Christoph GUSY (org.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 2000; Michael STOLLEIS, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre, ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart, Steiner, 2001; Manfred GANGL (org.), *Linke Juristen in der Weimarer Republik*, Frankfurt, Peter Lang, 2003; Christoph MÖLLERS, “Der Methodenstreit als politischer Generationenkonflikt: Ein Angebot zur Deutung der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Der Staat*, vol. 43, 2004; Martin SCHULTE, “Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre” in Stanley PAULSON & Michael STOLLEIS (orgs.), *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 2005, pp. 248-263; Stefan KORIOTH, “... soweit man nicht aus Wien ist” oder aus Berlin. Die Smend/Kelsen Kontroverse” in Stanley PAULSON & Michael STOLLEIS (orgs.), *Hans Kelsen cit.*, p. 318-332; Oliver LEPSIUS, “El Redescubrimiento de Weimar por parte de la Doctrina del Derecho Político de la República Federal Alemana”, <http://hc.rediris.es/09/articulos/pdf/14.pdf> (2008); Axel-Johannes KORB, *Kelsens Kritiker*, Tübingen, Mohr, 2010; Kathrin GROH, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik: Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*, Tübingen, Mohr, 2010; Ulrich

Retomar um século depois o estudo do direito constitucional de Weimar se justifica por duas razões. Primeiro, o estudo dos juspublicistas weimarianos no Brasil é superficial, apesar de termos constantes referências aos protagonistas desse debate. Com a importante exceção dos trabalhos de Gilberto Bercovici, não há estudos satisfatórios⁷. Consequência disso é que, no debate nacional, prevalece a impressão que, no período de Weimar, foram derrotadas as teses do positivismo jurídico, tendo triunfado teoricamente e politicamente teorias sociológicas e moralistas na interpretação constitucional. Nas últimas décadas, as referências de juspublicistas brasileiros ao debate de Weimar têm função legitimadora. Com constantes referências a Smend (muitas vezes amenizado e simplificado por Konrad Hesse e seus seguidores) e, em menor medida, a Schmitt e Heller, procura-se justificar a predominância atual das teorias neoconstitucionalistas (apelido fantasioso para o moralismo jurídico), assim como da abordagem instrumental-consequencialista, de inspiração sociológica ou econômica⁸.

A segunda justificativa do nosso estudo surge de um desafio de concretização que me foi lançado por Gilberto Bercovici. Dezenas de estudos apresentaram

SCHRÖDER & Antje von UNGERN-STERNBERG (orgs.), *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr, 2011; Manfred GANGL (org.), *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte: Diskurs- und Rezeptionsstrategien*, Baden-Baden, Nomos, 2011; Volker NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, Mohr, 2015; Christoph GUSY, *100 Jahre Weimarer Verfassung: Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen, Mohr, 2018 e Nikolaos VAGDOUTIS, *Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: A Riddle of Political Constitutionalism*, PhD thesis, University of Glasgow, 2018. Importantes textos de constitucionalistas do período de Weimar são publicados e comentados nas coletâneas: Hans-Joachim KOCH, “Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht” in Hans-Joachim KOCH (org.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977 e Arthur JACOBSON & Bernhard SCHLINK (orgs.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000.

7 Em particular Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue, 2004. Cf. seus estudos: “Carl Schmitt e a Constituição de Weimar”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n. 2, 2003; “Hans Kelsen e a Teoria da Constituição”, *Revista Direito e Desenvolvimento da Unicatólica*, vol. 1-1, 2018; “Carl Schmitt e a Crítica ao Estado Social”, *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 10, 2018. Muitos estudos publicados no Brasil se referem ao debate constitucional de Weimar, mas não contribuem ao tema, São vagos e não indicam a relevância das controvérsias para a tomada de decisões jurídica e para compreender a posição política de cada autor. Exemplos: Paulo Sávio Peixoto MAIA, “A ‘luta pelo método’ na República de Weimar”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* n. 3, 2004; Juliano BENVINDO, “A Integração e o Constitucionalismo Autoritário: A Experiência Alemã”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 50, 2009, pp. 61-89; Graziela Bacchi HORA, “Desenvolvimento da Hermenêutica Constitucional na Alemanha a partir de Weimar e sua Repercussão como Flexibilização dos Efeitos das Decisões em sede de Controle de Constitucionalidade”, *Revista Acadêmica*, vol. 85-2, 2013 e Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, *Contribuições para uma Teoria da Constituição*, Belo Horizonte, Arraes, 2017, pp. 15-49.

8 Dimitri DIMOULIS, *Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018, pp. 179-194. “Weimar” é também utilizada como argumento político contra os chamados extremismos e populismos, sugerindo que qualquer questionamento radical do sistema capitalista e da democracia representativa leva a catástrofes sociais como o nacional-socialismo. Exemplo: Edson FACHIN, “Tempos de Weimar”, *Valor Econômico*, 27-8-2019. Disponível em: <https://www.valor.com.br/opiniao/6386183/tempos-de-weimar>.

e comentaram o debate weimariano sobre opções filosóficas e políticas, mas devemos fazer a pergunta da *relevância prática*: o que significou *concretamente* ser ou não ser positivista em Weimar? Os positivistas interpretavam o direito de maneira distinta? Como, porque e em que medida?

Quem afirma ser juspositivista ou adversário do positivismo enfrenta a pergunta da *relevância prática* dessa afirmação. Falando a uma plateia de professores de direito público, Kelsen declarava em 1926: “eu sou *positivista*, ainda e apesar de tudo positivista”⁹. Além das declarações, o que importa é saber se o positivista deixa uma espécie de impressões digitais próprias na interpretação do direito, ou apenas discute sobre a compreensão geral do fenômeno jurídico.

Foi sustentado que a controvérsia sobre os métodos em Weimar *não* teve importância na prática, seguindo a maioria dos juristas a interpretar o direito público sem se preocupar com indagações teóricas¹⁰. Isso, inclusive, permitiu ao autor dizer que a preocupação com o método de interpretação não afeta em geral a prática jurídica que se preocuparia, pragmaticamente, apenas com a decisão e não com a maneira de decidir¹¹.

Caso os positivistas cheguem a conclusões interpretativas semelhantes à dos adeptos de outras correntes e se as tomadas de posição interpretativa pouco se relacionem com opções teóricas, devemos entender que a teoria do direito adotada por certo autor é irrelevante para fins de aplicação do direito. Se assim for, a interpretação jurídica dependerá de outros fatores, tais como a preferência política, o interesse financeiro ou o argumento da autoridade (seguir precedentes ou opiniões predominantes na doutrina). Essa afirmação não nos convence e pretendemos verificar em que medida os posicionamentos metodológicos em Weimar influenciaram a prática interpretativa. Em nossa compreensão, ser positivista (ou antipositivista) não constitui profissão de fé, escolha de certa “torcida” ou simples preferência filosófica.

Para oferecer algumas respostas a essas indagações, apresentaremos o contexto acadêmico (cap. 2) e as linhas centrais do debate (cap. 3). A seguir, formularemos as perguntas da relevância prática do positivismo na produção juspublicista de Weimar, examinando duas controvérsias interpretativas (cap. 4), sugerindo algumas conclusões (cap. 5).

9 Hans Kelsen, participação em “Aussprache über die vorhergehender Berichte” in *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927, p. 53.

10 Martin Schulte, “Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre” *cit.*, pp. 254-255.

11 Martin Schulte, “Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre” *cit.*, pp. 262-263.

2. BERLIM 1919. O QUE PENSAM OS JUSPUBLICISTAS?

Se um professor de direito público na Alemanha fosse perguntando em agosto de 1919, momento da adoção da Constituição de Weimar, quais são as linhas metodológicas seguidas pelos intérpretes e teóricos de sua disciplina naquele momento e país, o nosso interlocutor alemão provavelmente daria três respostas:

a. Continua forte a opção metodológica conhecida como positivismo juspublicista (*staatsrechtlicher Positivismus*)¹². Seu primeiro pilar é a eliminação de considerações políticas, históricas, sociais ou morais na interpretação e aplicação do direito. Conforme o imperativo formulado por Paul Laband (1838-1918) na introdução de suas exposições sistemáticas do direito público da monarquia alemã, não se deve misturar o direito com a política e, em geral, com o “não jurídico”¹³.

O segundo pilar é a utilização do silogismo jurídico (A lei regulamenta as consequências da conduta X; Hans teve a conduta X; logo, deve ser aplicada a Hans a consequência jurídica prevista na lei). O silogismo jurídico como ferramenta insubstituível do trabalho jurídico tem como objetivo manter-se fiel aos mandamentos legais, cujas normas constituem a premissa maior do silogismo. Dessa maneira, o intérprete não corrige e muito menos substitui o legislador¹⁴. Nas suas aulas universitárias, Laband ensinava: “essa atividade do espírito se realiza conforme os princípios da lógica. O método jurídico é igual ao lógico”¹⁵.

É constatação comum que os positivistas do período monárquico não aprofundaram nas opções e nos problemas metodológicos. Enunciaram apenas o imperativo da neutralidade do jurista perante a política sem refletir sobre as formas que permitiriam alcançar a “pureza” jurídica nem sobre os métodos de interpretação que garantiriam fidelidade à vontade do legislador¹⁶.

b. Essa postura positivista foi criticada por muitos juristas da então nova geração (nascidos a finais do século XIX). Esses autores consideravam adequado inserir na interpretação jurídica argumentos éticos e/ou políticos e criticavam o positivismo juspublicista como formalista e insatisfatório. O denominador

12 O termo *Staatsrecht* (direito do Estado) designava em décadas passadas em alemão o que hoje se denomina *öffentliches Recht* (direito público).

13 Ver, entre muitos, Peter CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham, Duke University Press, 1997, p. 15.

14 Sobre essa característica do positivismo juspublicista, cf. Dieter GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft cit.*, pp. 349 e 369.

15 Paul LABAND, *Staatsrechtliche Vorlesungen (1872-1918)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 159.

16 Hans-Joachim KOCH, “Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht” *cit.*, pp. 61-63.

comum era a necessidade de tornar substancial, isto é, política e instruída por valores sociais a compreensão do Estado, logo da Constituição e do direito público em geral¹⁷. Entre os autores antipositivistas que começaram a se destacar no fim do período da Monarquia devem ser mencionados Heinrich Triepel (1868-1946)¹⁸ e os então mais jovens Erich Kaufmann (1880-1972)¹⁹, Rudolf Smend²⁰ e Carl Schmitt (1888-1985)²¹.

Mas houve também vigorosa crítica em sentido oposto. O nosso interlocutor muito provavelmente conheceria Hans Kelsen (1881-1973). Sua volumosa tese de livre docência sobre a teoria do Estado, aprovada pela Faculdade de direito da Universidade de Viena, tinha sido publicada na Alemanha pela “prestigiosa editora Mohr-Siebeck em 1911²². Ainda que o nosso professor não tivesse lido textos de Kelsen, provavelmente teria ouvido falar do autor através das resenhas que foram feitas em importantes revistas jurídicas da época²³.

Kelsen reexaminou os fundamentos do positivismo juspublicista e criticou seus adeptos em nome do imperativo de fazer uma teoria do Estado puramente jurídica “sem colorações políticas”. O jurista reconhecia sua dívida metodológica com Gerber, Laband e Jellinek²⁴, mas dedicava grande parte de suas obras teóricas para criticar os predecessores: em primeiro lugar, por superficialidade (pouco interesse pela definição do direito) e, em segundo, por inconseqüência teórica. Para Kelsen, apesar da proclamação inicial de fidelidade ao texto, o

17 Análise das tendências antipositivistas antes da República de Weimar em Stefan KORIOTH, “Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich. Anmerkungen zu frühen Arbeiten von Carl Schmitt, Rudolf Smend und Erich Kaufmann”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 117, n. 2, 1992, pp. 212-238 e Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts cit.*, pp. 169-183.

18 Heinrich TRIEPEL, “Die Kompetenzen des Bundestaats und die geschriebene Verfassung” in *Festgabe Paul Laband*, Tübingen, Mohr, 1908, vol. 2.

19 Erich KAUFMANN, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika. Eine rechtsvergleichende Studie über die Grundlagen des amerikanischen und deutschen Verfassungsrechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1908.

20 Rudolf SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916)* in Rudolf SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, pp. 39-59.

21 Carl SCHMITT, *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, Liebmann, 1912.

22 Reedição crítica em Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911)* in *Hans Kelsen Werke*, vols. 2-I e 2-II, Tübingen, Mohr, 2008.

23 Cf. as resenhas dos Professores Friedrich Caro, Rudolf Laun, Friedrich Tezner publicadas logo após a edição da obra de Kelsen (referências bibliográficas mencionadas pelos editores em Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre cit.*, pp. 922, 926 e 929).

24 Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925, p. VII.

“*labandismo*”²⁵ acabava introduzindo sub-repticiamente elementos políticos e psicológicos no intuito de legitimação do direito público e do Estado em geral.

Kelsen não aceita uma definição do direito na esfera do Ser como expressão da vontade do soberano nem através do fato da promulgação oficial e da aceitação social de uma norma. Para ele, o direito deve ser definido como um Dever ser específico, distinto de outras ordens normativas e independente da vontade de seus criadores²⁶. Enquanto a escola de Laband confundia a facticidade e a positividade-validade, Kelsen opera uma estrita separação dessas esferas, consistindo nisso a “pureza” de sua teoria²⁷.

c. A terceira resposta se baseia no fato de que a tarefa dos juspublicistas foi dificultada pela experiência constitucional na Alemanha. Desde a entrada em vigor da Constituição do Reich em 1871 até o fim da (Primeira) Guerra Mundial, houve contínuas tensões políticas que levaram a violações do texto constitucional. Isso se manifestou notadamente na relação entre o Executivo e o Legislativo, assim como nas relações entre o poder central e os Estados-membros (*Länder*)²⁸.

Os dispositivos constitucionais deixavam de ser aplicados para atender interesses políticos do governo federal e as normas inconstitucionais eram promulgadas e mantidas em vigor sem questionamentos jurídicos, já que os tribunais não fiscalizavam a constitucionalidade das leis federais. Os casos de violação da Constituição aumentaram nos anos da primeira Guerra Mundial sem que os doutrinadores “labandianos” criticassem tais ocorrências²⁹.

25 O termo *labandismo* foi utilizado por Heller em 1926 para criticar a visão positivista como afastamento da política e da vida social do direito. Heller considerava a obra de Kelsen como ápice do labandismo: “complementação consequente do programa do labandismo afastado da sociologia e do mundo” in Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1992, vol. 2, pp. 15-16. Já o próprio Kelsen escreveu, em correspondência endereçada a Renato Treves, que ele mesmo sempre discordou do “labandismo”. Cf. Christoph SCHÖNBERGER, “Hans Kelsens ‘Hauptprobleme der Staatsrechtslehre’”. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion” in *Hans Kelsen Werke*, vol. 2-1, Tübingen, Mohr, 2008, pp. 26-28 e Jo Eric Khusal MURKENS, *From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 23-24. Como observa Gilberto BERCOVICI, “Hans Kelsen e a Teoria da Constituição” *cit.*, p. 4, o principal alvo das críticas de Kelsen não era Laband, mas a teoria do Estado de Georg Jellinek, em parte psicológica e sociológica, em parte positivista no sentido tradicional. Mas isso não significa que Kelsen deixou de criticar Laband.

26 A mencionada livre docência de Kelsen, publicada em 1911, inclui extensas críticas a Laband e sua escola, em razão da compreensão subjetiva do Estado como expressão de vontade estampada nas leis. Cf. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre cit.*

27 Cf. as análises em estudo inicialmente publicado em 1920: Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)* in *Hans Kelsen Werke*, vol. 4, Tübingen, Mohr, 2013, pp. 354-366.

28 Sobre as tensões e violações da Constituição e a postura dos constitucionalistas até o fim da monarquia, cf. Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 57-65.

29 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 120-122. O autor menciona artigos de jornal e pareceres de juspublicistas que criticavam violações da Constituição. Mas as publicações científicas não incorporavam tais críticas.

Essa postura era, no fundo, antiliberal, pois não considerava juridicamente relevantes as violações dos direitos fundamentais. Entendia-se que os direitos fundamentais dependiam da lei que os concretizava, tese que tinha certa plausibilidade no período da Monarquia, uma vez que a Constituição garantia pouquíssimos direitos fundamentais. Dessa maneira, os positivistas legitimavam o sistema político e social, aceitando decisões que conflitavam com a Constituição³⁰. Após a entrada em vigor da Constituição de Weimar com seu extenso catálogo de direitos fundamentais, tornou-se muito problemática essa visão.

Em paralelo, os positivistas tomavam posição a favor do Legislativo, desejando limitar as competências do Monarca, do Executivo e do Judiciário. Do ponto de vista teórico, encontramos aqui o que nos parece ser a fundamental *aporia* da teoria de Laband e de seus seguidores. Quando escrevem que a suprema vontade do Estado é consubstanciada na “lei”, não respondem à seguinte pergunta: o que deve acontecer se a lei entrar em conflito com a Constituição? Se a Constituição prevalece, sua violação deve ser constatada em procedimentos especiais, gerando consequências jurídicas. Se nada ocorre juridicamente, então o legislador é o verdadeiro soberano. Os positivistas não se posicionavam, anulando, *de facto*, a supremacia constitucional.

Isso fez muitos autores se referir ao “positivismo da lei” (*Gesetzespositivismus*)³¹, ou ao “positivismo da vontade estatal” (*Staatswillenspositivismus*)³². Essas visões, centradas no Estado e tendendo a identificar o direito com o poder, se contrapõem a um positivismo que descreve o sistema jurídico em sua totalidade e considera vinculantes apenas as normas inferiores que estejam de acordo com as superiores, conforme será exposto na obra de Kelsen (cf. a seguir cap. 4.1).

De qualquer maneira, na doutrina jurídica da monarquia e de Weimar predominava o silêncio perante as violações constitucionais, por razões externas, como a ideologia nacionalista, o conservadorismo político e até mesmo o medo de sanções contra quem criticava o poder político³³.

São indicativos da postura dos juspublicistas positivistas os escritos de Gerhard Anschütz (1867-1948) e Richard Thoma (1874-1957), ambos atuantes no período da Monarquia e mantendo sua atividade acadêmica no período de

30 Cf. Peter CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law cit.*, pp. 30-35.

31 Alessandro BARATTA, “Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer „naturechtlichen“ Apologie des Rechtspositivismus”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 54-3, 1968, pp. 346-347.

32 Hauke BRUNKHORST, “Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus”, *Leviathan*, vol. 31, 2003, pp. 362-381.

33 Cf. os casos mencionados em Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 80 e 201.

Weimar. O comentário da Constituição de Weimar, publicado por Anschütz, assim como o comentário coletivo organizado por ambos³⁴, foram obras de sucesso editorial e prestígio acadêmico, inspiradas no liberalismo político, seguindo a maioria dos comentaristas a visão positivista da escola de Laband.

Essas obras são símbolo do positivismo juspublicista em dois sentidos. Primeiro, porque enfrentaram fortes críticas por parte dos antipositivistas que acusaram os autores de não entender o que é e como se aplica o direito constitucional. Seus comentários tratam o texto constitucional como um “Código Civil” disse Carl Schmitt em uma resenha altamente crítica ao positivismo de Anschütz³⁵. Franz Jerusalem (1883-1970) concluiu uma tediosa dissertação filosófica sobre a teoria do Estado com a afirmação crítica que “a ciência do direito público recebe suas concepções metodológicas fundamentais do direito civil”³⁶.

Anschütz e Thoma são símbolos do positivismo juspublicista em um segundo sentido. Suas análises ignoram propositalmente a realidade das violações à Constituição, apresentando comentários sem nexos com a realidade de aplicação das normas e silenciando sobre a situação política que paralisou o Parlamento e criou uma situação de guerra civil latente³⁷.

É sintomático que, no prefácio à 12ª edição de seu comentário, datada de abril 1929, Anschütz dedica seis das vinte e nove linhas às mudanças tipográficas da obra (formato e fontes). Mas nada diz sobre a realidade política e os riscos de a então iminente morte da Constituição de Weimar³⁸. Anschütz, acusa os antipositivistas de “confundir o direito com a política”³⁹, mas não percebe que o silêncio sobre as formas de aplicação e as sistemáticas violações da Constituição é uma postura política que endossa indiretamente as irregularidades.

Por fim, houve autores que passaram a justificar as violações da Constituição. Temos como exemplo os conceitos de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*⁴⁰) e do “direito constitucional não escrito” (*ungeschriebenes*

34 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 12ª ed., Berlin, Stilke, 1930; Gerhard ANSCHÜTZ & Richard THOMA (orgs.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts 1*, Tübingen, Mohr, 1930 e Gerhard ANSCHÜTZ & Richard THOMA (orgs.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts 2*, Tübingen, Mohr, 1932.

35 Carl SCHMITT, “Gerhard Anschütz: ‘Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919’”, *Juristische Wochenschrift*, vol. LV, n. 19, 1926, pp. 2.270-2.272.

36 Franz JERUSALEM, “Das Problem der Methode in der Staatslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1928, p. 194.

37 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 94-100.

38 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919 cit.*, p. V.

39 Gerhard ANSCHÜTZ, participação em “Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand” in *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 4*, 1928. p. 75.

40 Na tradição inaugurada por Georg JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, Häring, 1906.

*Verfassungsrecht*⁴¹), apresentados como fontes ocultas, mas eficientes, da normatividade constitucional.

3. VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER: PALCO DA CONTROVÉRSIA ENTRE POSITIVISTAS E SEUS CRÍTICOS

No momento da promulgação da Constituição de Weimar, havia aproximadamente 100 juristas de língua alemã que atuavam como docentes e/ou estudiosos do direito do Estado⁴². Em outubro de 1922, foi fundada a “Associação dos docentes alemães de direito do Estado” (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*), com a participação da metade desses juristas sob a presidência de Heinrich Triepel⁴³. A Associação funcionará no período de Weimar, tendo entre 80 e 90 membros docentes. Suas atividades foram suspensas após a ascensão dos nacional-socialistas ao poder, em 1933⁴⁴.

A Associação teve grande vitalidade e prestígio, reunindo-se uma vez por ano para ouvir conferências de seus membros sobre temas polêmicos e atuais. No primeiro encontro de 1922, foi apresentada a conferência de Richard Thoma sobre a justiça constitucional (cf. cap. 4.1). Nos demais encontros, eram discutidos dois temas, cada um tratado por dois professores com opiniões divergentes. Após o fim das conferências, seguia-se debate com intervenções críticas e respostas finais dos conferencistas. Esses encontros foram o palco principal da “controvérsia sobre métodos e tendências”⁴⁵.

41 Rudolf SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat cit.*

42 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 121 e 158.

43 Manfred FRIEDRICH, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft cit.*, p. 331 e Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, p. 158.

44 Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 158, 311-351. A Associação foi reconstituída após a Segunda Guerra Mundial, tendo atualmente mais de 800 membros (<https://www.vdstrl.de>) e mantendo os encontros anuais com publicação das conferências e dos debates (<https://www.degruyter.com/view/serial/16640>).

45 Apresentação detalhada dos congressos anuais e das controvérsias no período de Weimar em Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*, pp. 186-202 e Peter CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law cit.*, pp. 127-148. Publicação das conferências e dos debates em: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Der deutsche Föderalismus: Die Diktatur des Reichspräsidenten* (1924). Berlin: de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1), 1925; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Der Schutz des öffentlichen Rechts. Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts* (1925). Berlin: de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 2), 1926; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts* (1926). op. cit.; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (1927). op. cit.; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte* (1928). Berlin: de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 5), 1929; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Bundesstaatliche und*

Entre os numerosos membros da Associação, foram protagonistas quatro juristas que alcançaram projeção mundial: Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller (1891-1933) e Rudolf Smend⁴⁶. Junto a eles participaram dos debates da Associação e publicaram importantes estudos outros juspublicistas, em particular Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Heinrich Triepel, Rudolf Laun (1882-1975) e Axel Freytag-Loringhoven (1878-1942)⁴⁷. Mesmo havendo muitos positivistas, os ataques foram concentrados a Kelsen. Sua teoria era criticada como “normativismo”⁴⁸, “positivismo formalista”⁴⁹ ou “formalismo jurídico”⁵⁰, sendo que ele também incansavelmente atacava seus detratores.

No campo antipositivista, uma minoria de estudiosos invocava versões historicizadas do direito natural para combater o positivismo, como fez Erich Kaufmann⁵¹. A maioria dos autores adotava a tese da união entre o direito, a política e a moral, considerando necessária uma interpretação contextualizada e guiada por valores sociais.

Se a interpretação jurídica difere da imposição política de certa decisão, como disse Carl Schmitt na frase mencionada no início desse trabalho, e se o direito se diferencia do Estado, então o estudo do direito público deve levar em consideração essa dualidade e examinar os dois aspectos do poder estatal: o jurídico e o real-político. Essa era a proposta de Georg Jellinek⁵², conhecida

gliedstaatliche Rechtsordnung; Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt (1929). Berlin: de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 6), 1929-a; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. *Entwicklung und Reform des Beamtenrechts: Die Reform des Wahlrechts* (1931). Berlin: de Gruyter (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 7), 1932.

- 46 Peter CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law cit.*; David DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Clarendon Press, 1997 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente cit.*
- 47 Apresentação da obra e da atuação dos juspublicistas do período de Weimar em Manfred FRIEDRICH, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft cit.*, pp. 278-282, 337-376; Peter CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law cit.* e Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland cit.*
- 48 Carl SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.
- 49 Hermann HELLER, participação em “Aussprache über die vorhergehenden Berichte” in *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927, p. 57.
- 50 Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921, p. 79 e Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928) in Rudolf SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze cit.*, p. 124.
- 51 Afirmações do tipo: “crença a uma ordem suprapositiva que devemos realizar e na qual deve ter suas raízes qualquer ordem positiva”; “o Estado e a lei submetem-se ao direito” in Erich KAUFMANN, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung” in *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927, p. 3, 20. Cf. o estudo programático que exalta “a inesgotável profundidade metafísica e mística do espírito alemão” in Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie cit.*, p. 101.
- 52 Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1914, pp. 13-21.

como *Zwei-Seiten-Lehre*⁵³. A teoria de Jellinek não leva a um “impasse” como consideram alguns⁵⁴. Diversas disciplinas e premissas podem permitir diversas leituras de qualquer fenômeno ou instituição. Não se trata de “impasse”, mas de complementaridade.

É menos conhecido que a sugestão de dupla abordagem do Estado encontra-se no próprio Laband. Em suas aulas, dizia que a interpretação lógica do direito como único método aceitável “não significa em hipótese alguma rejeitar a importância que apresenta a pesquisa histórica da evolução do direito e a conexão (*Zusammenhang*) do direito com as relações políticas e sociais para uma compreensão mais profunda da feição do direito”⁵⁵.

Mas o que ocorre quando o jurista mistura considerações dessas duas ordens, fazendo uma interpretação do direito com base em determinações decorrentes de considerações “políticas e sociais”? Como vimos, o “labandismo” rejeitava essa postura, mesmo quando, na prática, escolhas políticas influenciavam a interpretação. Os antipositivistas no período de Weimar fazem o passo decisivo: invocam as múltiplas determinações político-sociais e morais do direito para declarar a impossibilidade de uma abordagem meramente jurídica (ainda que essa seja apenas uma parte da compreensão do direito público). Para eles, o direito público é uma combinação de várias abordagens, conceitos e interesses. Esse é o ponto central de escritos programáticos de Triepel⁵⁶, Smend⁵⁷, Carl Bilfinger (1879-1958)⁵⁸ e Ernst von Hippel (1895-1984)⁵⁹.

Hermann Heller é o jurista que mais criticou Kelsen, considerando profundamente equivocada a identificação do direito com o Estado⁶⁰. Escreve que Kelsen fracassa duplamente ao propor uma teoria do Estado sem Estado e uma teoria do direito de cunho positivista sem exame dos conteúdos do direito positivo⁶¹. Na visão helleriana, o resultado da interpretação depende

53 Oliver LEPSIUS, “Die Zwei-Seiten-Lehre des Staates” in Andreas ANTER (org.), *Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

54 Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, *Contribuições para uma Teoria da Constituição cit.*, p. 14.

55 Paul LABAND, *Staatsrechtliche Vorlesungen cit.*, p. 159.

56 Heinrich TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, Berlin, de Gruyter, 1927.

57 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 119-136, 186, 190, 233-239.

58 Carl BILFINGER, “Betrachtungen über politisches Recht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. I-1, 1929.

59 Ernst von HIPPEL, “Über Objektivität im öffentlichen Recht”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1927. Um texto repleto de ironias endereçadas aos positivistas que teriam medo de deixar o “bosque das normas” e entrar na “selva” da política (p. 397).

60 Sobre as múltiplas controvérsias entre ambos, envolvendo também ironias e ofensas, cf. Christoph MÜLLER, “Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen” in Christoph MÜLLER & Ilse STAFF (orgs.), *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985 e Axel-Johannes KORB, *Kelsens Kritiker cit.*

61 Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, 2ª ed., vol. 2, p. 23.

de considerações políticas, sendo ato de vontade que expressa a dialética entre princípios morais e relações sociais fáticas e incorpora conflitos sociais que se espelham na aplicação do direito⁶². Por isso, afirma que a interpretação depende de “princípios fundamentais éticos do direito (*sittliche Rechtsgrundsätze*) que embasam as normas jurídicas vigentes”⁶³. Em resumo, o Dever ser depende do Ser social, a ciência jurídica é uma ciência da realidade social (*Wirklichkeitswissenschaft*)⁶⁴ e o Estado expressa a unidade de ação e de decisão política⁶⁵.

De maneira teoricamente não muito diversa, apesar da abissal diferença política entre ambos, Carl Schmitt apresenta o positivismo como teoria profundamente ingênua e absolutamente inútil. Para tanto, recorre a frases do tipo: “pão é aquilo que tem direito de receber o detentor de um cupom de pão em virtude de seu cupom de pão”⁶⁶. Ou ainda: “algo vale, quando vale e porque vale. Isso é ‘positivismo’”⁶⁷. Schmitt defende uma abordagem substancial com base no “pensamento concreto e construtivo” (*konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken*)⁶⁸ e define a Constituição como “unidade política de um povo”⁶⁹, rejeitando a tese da separação positivista⁷⁰.

Ao Estado são dadas variadas definições pelos teóricos de Weimar⁷¹, mas todos concordam que o positivismo kelseniano “puro” é o maior equívoco. Sua abordagem, dirá Max Wenzel (1882-1967) nos debates da Associação dos juspublicistas, “afasta o direito do poder, da função, da efetiva contribuição”⁷². Ou, segundo, Smend, Kelsen, atinge o “ponto zero” da teoria do Estado, chagando a um “impasse sem finalidade e sem objetivo”⁷³. Enquanto Kelsen formula uma tese que beira o escândalo: “o Estado é um conjunto de regras que regem a

62 Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, 1ª ed., 1971, vol. 2, pp. 72, 373-374, 421-427; Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, 1ª ed., 1971, Vol. 3, p. 332 e Hermann HELLER, “Schlusswort – Aussprache über die vorstehenden Berichte” in *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 4*, 1928, pp. 203-204.

63 Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, 1ª ed., vol. 3, p. 332.

64 Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, 1ª ed., vol. 3, p. 137.

65 Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften cit.*, 1ª ed., vol. 2, pp. 92-94, 425.

66 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 143.

67 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, p. 9.

68 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 3-41 e Carl SCHMITT, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens cit., p. 43 e *passim*.

69 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 3, 10, 23.

70 Carl SCHMITT, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens cit., p. 65. Mais radicalis ainda as propostas de Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 119-136, 186, 190, 233-239.

71 Dieter GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft cit.*, p. 304. Detalhadamente Oliver LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung cit.* e Jo Eric Khusal MURKENS, *From Empire to Union cit.*, pp. 9-97.

72 Max WENSEL, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung” in *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 4*, 1928, p. 147.

73 Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 124.

conduta humana⁷⁴, seus adversários fazem o que Volker Neumann denominou *Kelsen-bashing*⁷⁵.

4. HOUVE INTERPRETAÇÕES POSITIVISTAS EM WEIMAR? DOIS EXEMPLOS

Retomando a indagação inicial, podemos agora examinar se a hostilidade de importantes juristas de Weimar em relação ao positivismo tinha repercussão prática, fazendo com que, em questões concretas, a interpretação positivista se diferenciasse daquela de seus adversários. Verificaremos isso em duas controvérsias⁷⁶.

4.1. NO SILÊNCIO DA CONSTITUIÇÃO, OS JUÍZES PODEM FISCALIZAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS?

No século XIX, nem a Constituição dos EUA, nem a da Grécia ou da Noruega tinham previsão sobre a possibilidade de o Judiciário verificar a conformidade de uma lei ordinária com a Constituição. Mesmo assim, os tribunais superiores desses países se declararam competentes para realizar esse controle. Argumento básico foi a supremacia da Constituição que deve ser garantida, em última instância, pelo Judiciário. Ao fazer isso, os tribunais introduziram uma nova dimensão na separação de poderes e criaram um novo tipo de processo judicial⁷⁷.

Havia justificativa para o reconhecimento de tal competência no ordenamento constitucional weimariano que também silenciava a respeito? A essa pergunta foram dadas múltiplas respostas⁷⁸. Destacamos cinco posições argumentativas.

74 Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr, 1928, p. 126.

75 Volker Neumann, *Carl Schmitt als Jurist cit.*, pp. 15-16.

76 Outra importante controvérsia que envolveu os positivistas de Weimar são as condições de reforma constitucional. Apresentação em Gilberto Bercovici, *Constituição e Estado de Exceção Permanente cit.*, pp. 140-148 e Christoph Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung cit.*, pp. 275-297.

77 Dados históricos e reflexões sobre as circunstâncias de afirmação dessa competência e de criação judicial do processo constitucional (autocriação) em Dimitri Dimoulis & Soraya Lunardi, *Curso de Processo Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 57-70, 76-81, 260-271. Até hoje, o controle judicial de constitucionalidade permanece criação judicial nos EUA e na Noruega sem base normativa.

78 Há uma longa série de estudos sobre esse debate. Exemplos: Helge Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Göttingen, Schwartz, 1984; Michael Stolleis, "Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic", *Ratio Juris*, vol. 16, n. 2, 2003; Olivier Beaud & Pasquale Pasquino (orgs.), *La Controverse sur le "Gardien de la Constitution" et la Justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas, 2007; Renaud Baumert, "Une "Vision Morale" de la Justice Constitutionnelle sous la République de Weimar", *Jus Politicum*, n.º 4, 2010 e Robert

a. Richard Thoma, positivista de prestígio, apresentou conferência sobre o tema na já mencionada primeira reunião da Associação dos juspublicistas em 1922⁷⁹. Sua resposta é dada em três passos.

Inicialmente, Thoma constata que os juristas alemães que tratam do controle judicial estão divididos. Há argumentos de ambos os lados, sem que nenhum seja conclusivo, como mostra justamente a continuação da controvérsia. Alguns insistem na necessidade de limitar a onipotência do Parlamento e preservar o texto constitucional. Outros invocam o argumento da segurança jurídica na aplicação das leis e a tradição judicial alemã de não realizar controle material da constitucionalidade (mas apenas atestar a regularidade do processo de criação da lei)⁸⁰. Esses argumentos contrastantes indicam que é impossível a “dedução lógica” de uma resposta mediante interpretação das normas vigentes⁸¹.

A seguir, Thoma diz que diante do silêncio normativo, as respostas dos juristas devem ser dadas com base em ponderações de interesse subjetivas e considerações políticas: “com base na vontade e não na lógica”⁸². Lembremos que, na visão labandiana, a lógica dedutiva era considerada fundamento da interpretação jurídica.

Por fim, Thoma nega o controle judicial porque a Constituição oferece outras garantias de preservação de suas normas. Se o Congresso (*Reichstag*) aprovar uma lei que parece inconstitucional, pode ser convocado referendo, a pedido de certo número de eleitores, do Senado (*Reichsrat*) ou do Chefe de Estado (*Reichspräsident*). Se agora todos os órgãos políticos decidissem violar a Constituição aprovando propositalmente leis inconstitucionais, estaríamos diante da formação de uma “quadrilha”. E contra ela nada poderiam fazer os tribunais⁸³.

b. Ao negar o controle judicial do conteúdo das leis, Thoma seguia a opinião unânime dos juspublicistas da monarquia, assim como a jurisprudência uniforme. Foi o que constatou Gerhard Anschütz, seu colega e co-autor, concordando com o posicionamento de Thoma⁸⁴.

van Ooyen, “Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel-Kelsen-Schmitt-Leibholz” in Robert van Ooyen & Martin Möllers (orgs.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2015. Aqui destacamos dois pontos que não são adequadamente tratados nesses estudos. A contribuição de Thoma e a defesa do sistema estadunidense por Triepel.

79 Richard Thoma, “Das richterliche Prüfungsrecht”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 43, 1922, pp. 267-286.

80 Richard Thoma, “Das richterliche Prüfungsrecht” *cit.*, pp. 272-274.

81 Richard Thoma, “Das richterliche Prüfungsrecht” *cit.*, p. 270.

82 Richard Thoma, “Das richterliche Prüfungsrecht” *cit.*, p. 272.

83 Richard Thoma, “Das richterliche Prüfungsrecht” *cit.*, pp. 275-276.

84 Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919 cit.*, pp. 324-325.

Contudo, Anschütz problematizou a opção de Thoma de sugerir uma solução com base em considerações políticas sobre as relações entre autoridades estatais. Anschütz considerou que o certo seria ter negado o controle judicial mediante argumentos de direito positivo, como a natureza do ato de promulgação das leis que se impõe aos tribunais. Por isso, chamou a abordagem de Thoma de “novo método argumentativo” (*neue Argumentationsmethode*) e criticou-o como “relativamente fraco” e “carregado de subjetivismo”⁸⁵.

c. Em 1928, o tema voltou a ser debatido na Associação dos juspublicistas, dessa vez com conferências fortemente contrastantes de Triepel e Kelsen. Em 1925, o Superior Tribunal do Império (*Reichsgericht*) tinha decidido que os tribunais alemães podiam verificar a constitucionalidade material das leis, contrariando uma longa linha jurisprudencial (ainda que, na prática, não foi realizado tal controle)⁸⁶. Isso dava ao tema atualidade e forte carga polêmica.

A conferência do declarado antipositivista Triepel é centrada no risco de atuação política dos tribunais⁸⁷. Isso lhe faz rejeitar o controle judicial por uma corte constitucional. Triepel entendia a política como um conjunto de questões de interesse comum que são decididas pelo Estado. Tal decisão cabe às autoridades que possuem legitimação política e não aos tribunais.

Relativizando sua tese básica, o autor se declara a favor de duas formas de controle judicial. Primeiro, em casos de responsabilização de órgãos estatais, tendo o Judiciário a garantia da imparcialidade que permite julgá-los. Segundo, no âmbito do controle difuso e incidental de constitucionalidade, no modelo dos Estados Unidos. Para Triepel, se os tribunais verificassem a constitucionalidade apenas em casos concretos sem anular a lei e (no caso do sistema jurídico da Europa continental) sem formação de precedentes, haveria uma garantia adicional de tutela da Constituição, sem que fosse realizado um controle judicial sistemático e com efeitos vinculantes para todos. Isso minimizaria os riscos para a soberania política do Parlamento.

A tese de Triepel é particularmente importante para a história das ideias jurídicas. Na Europa predominava, até a segunda guerra mundial, a opinião que o controle judicial de constitucionalidade é desaconselhável em razão do risco de atuação política dos juízes e de subversão da separação de poderes e da própria democracia. Eram absolutamente minoritários os autores que

85 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919 cit.*, p. 325.

86 REICHERICHT, Quinta Câmara Cível, decisão de 4 de novembro de 1925, V 621/24. Disponível em: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/eea44882-34ce-4600-b145-77ab22939a5e>.

87 Heinrich TRIEPEL, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” in *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5, 1929, pp. 2-29.

argumentavam a favor do controle judicial e mesmo eles rejeitavam o modelo do controle difuso, considerado fatal para a segurança jurídica e a unidade do direito. Caso fosse admitido, o controle judicial deveria ser confiado a um único ator de alto prestígio e qualificação jurídica, resolvendo as controvérsias sobre a constitucionalidade de maneira célere e definitiva⁸⁸.

Essa foi a tese de Georg Jellinek em publicação de 1885 sobre a necessidade de criar uma Corte constitucional, evitando os perigos do controle difuso⁸⁹. Sua tese foi aceita por juspositivistas de Weimar que consideravam que o controle judicial só poderia ser admitido sob duas condições. Primeiro, após regulamentação legal, segundo, sendo exercido por uma única autoridade: “*centralizado* mediante lei, isto é, concedido *exclusivamente* a um tribunal superior com competência para todo o território”⁹⁰.

Já Triepel compartilhava as ressalvas da opinião dominante sobre o controle judicial, mas rejeitava como demasiadamente político o controle concentrado que Jellinek e seus seguidores preferiam. No debate que seguiu a apresentação, Adolf Merkl (1890-1970) disse que Triepel se limitou a fazer uma polêmica contra a jurisdição constitucional⁹¹. Isso não é correto. Triepel rejeitou o modelo kelseniano defendido por Merkl, mas fez uma defesa quase inédita na Alemanha do controle difuso⁹².

A palestra de Triepel faz surgir um segundo problema que, ao que sabemos, não foi ainda discutido. A doutrina e jurisprudência constitucional das últimas décadas, começando pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, costuma denominar de *processo objetivo* a forma processual utilizada para fiscalizar a constitucionalidade das leis mediante ação específica e normalmente decidida por corte constitucional com competência exclusiva para tanto. Esse processo é denominado objetivo por razões processuais, entre as quais a mais importante é a ausência de partes e o questionamento abstrato (em tese) da lei⁹³.

88 Referências aos poucos adeptos do controle judicial, quase todos a favor do controle concentrado, em Herbert HALLER, *Die Prüfung von Gesetzen*, Wien, Springer, 1979, pp. 14-39.

89 Georg JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Hölder, 1885.

90 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919 cit.*, p. 327, citando vários autores.

91 Adolf MERKL, participação em “Aussprache über die Berichte zum ersten Beratungsgegenstand” in *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5, 1929, p. 98.

92 Volker Neumann considera que Triepel foi o primeiro jurista alemão a defender o controle difuso em escritos de 1919 e 1920. Cf. Volker NEUMANN, “Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre”, *Humboldt Forum Recht*, 2012, p. 13. Na verdade, o sistema estadunidense foi recomendado para a Alemanha por Robert von Mohl em 1829 (referências em Herbert HALLER, *Die Prüfung von Gesetzen cit.*, pp. 9-14).

93 Minucioso levantamento das características do processo objetivo em Soraya LUNARDI, *Teoria do Processo Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 107-181.

Triepel, por sua vez, denomina de processo objetivo (*objektives Verfahren*)⁹⁴ o controle de constitucionalidade difuso e incidental no modelo dos EUA. Em sua opinião, esse oferece objetividade apenas o processo comum, conduzido e decidido por juízes ordinários, técnicos e neutros, enquanto a Corte constitucional seria altamente politizada e, logo, carregada de subjetividade. Assim sendo, Triepel introduz o termo “processo objetivo” para designar o que hoje é tido como processo subjetivo (partes, litígio).

Essa inversão terminológica esconde um deslocamento no objeto. No atual debate, é relevante o objeto do processo. Quando se trata apenas de verificar a conformidade constitucional de uma norma e não de resolver conflitos entre partes, o processo promete celeridade em razão da ausência de fase probatória e de recursos, assim como em razão da participação limitada de interessados. Triepel não considera relevante o objeto do processo e as regras aplicáveis, mas as características dos julgadores, confiando na objetividade do juiz ordinário.

O fato de Triepel ter criado um termo que terá grande relevância no debate moderno, dando-lhe significado oposto ao atual e que não foi compreendido no Brasil. Gilmar Mendes, em publicações amplamente difundidas, alegou que Triepel propugnava pelo processo objetivo, dando ao termo o sentido moderno⁹⁵. Outros autores seguiram essa leitura, apresentando Triepel como partidário do controle concentrado⁹⁶. Temos um caso exemplar de incompreensões que surgem na recepção da doutrina estrangeira.

Em uma avaliação de conjunto, Triepel faz uma defesa da soberania política do Parlamento, seguindo a visão dos positivistas, mas, ao mesmo tempo, sugere uma inovação institucional sem base normativa, seguindo o espírito antipositivista.

d. Logo após a exposição de Triepel, Hans Kelsen fez a primeira defesa sistemática do controle judicial de constitucionalidade material das leis⁹⁷. Em 1928, Kelsen era docente universitário de renome, um dos principais redatores da Constituição austríaca de 1920 (“Lei constitucional federal”) e juiz da Corte

94 Heinrich TRIEPEL, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” *cit.*, pp. 26-27. Em outras passagens denomina o processo de controle de constitucionalidade nos EUA “o mais objetivo possível”: “beim objektivsten Verfahren”, “die objektivste [Verfahrensart]” (pp. 16, 27).

95 Gilmar Ferreira MENDES, *Controle Abstrato de Constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 467, retomando tese apresentada em 1990.

96 Juliano Taveira BERNARDES, *Controle Abstrato de Constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 286, nota 104.

97 Hans KELSEN, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” in *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5, 1929, pp. 30-84.

constitucional da Áustria, referência mundial da jurisdição constitucional concentrada⁹⁸.

Em sua exposição, Kelsen, surpreendentemente, não se refere à experiência austríaca, nem à própria atuação forense. Examina o direito dos Estados constitucionais abstratamente e apresenta como necessário o controle judicial da conformidade constitucional das leis, afirmando que somente assim pode ser garantida a supremacia constitucional face ao legislador ordinário.

Para Kelsen, o ordenamento jurídico que não permite o controle judicial autoriza, logicamente, a edição de leis que contrariem previsões materiais e procedimentais da Constituição. Em tal situação, as leis inconstitucionais possuem validade exatamente como as constitucionais. Isso significa equiparar o legislador ordinário ao titular do poder constituinte reformador. A consequência prática é que a Constituição deixa de ser plenamente vinculante, podendo o legislador ordinário contrariá-la, por assim dizer com a permissão da própria Constituição.

Kelsen diz que no passado, em particular nas monarquias, havia razões políticas para impedir o controle de constitucionalidade das leis que desautorizaria o próprio rei. Mas, do ponto de vista técnico, não há dificuldade em realizar tal controle, podendo a conformidade das leis ser verificada exatamente como se verifica a legalidade dos decretos.

O jurista reforça sua defesa do controle judicial, dizendo que é particularmente aconselhável nas democracias porque permite proteger os direitos das minorias, sendo um contrapeso à vontade da maioria. Igual significado possui em Estados federais, permitindo que sejam preservadas as competências de cada ente, mesmo contra a vontade do poder central. Por ser a constituição de Weimar uma das mais generosas da época em tema de direitos fundamentais e por organizar um Estado federal com fortes competências dos Estados-membros a conferência de Kelsen era um apelo para o reconhecimento do controle de constitucionalidade, mesmo sem mudança forma da Constituição.

e. Uma posição praticamente oposta foi assumida por Carl Schmitt que abordou o tema de maneira radical e simplificadora em escrito de 1929⁹⁹. Discutindo a eventualidade de o Supremo Tribunal sob a Constituição de Weimar (*Reichsgericht*) realizar controle de constitucionalidade, Schmitt recorreu a comparações e ironias para considerar tal atuação “absurda”, pois a justiça

98 Referências em Horst DREIER, “Hans Kelsen (1881-1973): ‘Jurist des Jahrhunderts?’” in Helmut HEINRICHS et al. (orgs.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, Beck, 1993, pp. 705-708.

99 Carl SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” (1929) in Carl SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

deixaria de atuar na sua função típica e exerceria atividade política, contrariando o Parlamento¹⁰⁰. Se isso fosse aceito, adotando o exemplo austríaco, os tribunais seriam os verdadeiros legisladores, decidindo em última instância sobre as leis do país e destruindo os fundamentos do Estado de direito estruturado com base na separação de poderes. E concluía: “parece-me problemático combater o abuso da forma legislativa com o abuso da forma judicial”¹⁰¹.

* * *

Uma leitura política da controvérsia sobre o controle judicial insistiria na “pré-compreensão” de dois grupos de juspublicistas de Weimar. A maioria dos positivistas era republicana por opção política e também em razão da adoção da teoria “labandiana” que exaltava a importância da legislação e considerava o juiz mero aplicador da lei.

Já os antipositivistas, em geral conservadores e hostis ao regime republicano-democrático, tinham razões para temer iniciativas “sociais” do legislador, realizando desapropriações nos termos da Constituição de Weimar ou criando uma legislação social para proteger os trabalhadores. Esse grupo tinha razões políticas para desconfiar do legislador e, ao mesmo tempo, a abordagem antipositivista permitia interpretações “livres”, justificando com considerações políticas a necessidade de tutela judicial dos direitos fundamentais e, notadamente, da propriedade.

Isso fez Volker Neumann¹⁰² afirmar que os positivistas eram contrários ao controle judicial e os antipositivistas argumentavam em seu favor. Mas essa divisão de campos não consegue explicar porque Kelsen, *princeps* dos positivistas weimarianos e ferrenho defensor da democracia representativa, defendia a fiscalização das leis pelo Judiciário. Por mais que sua obra procure limitar o poder da jurisdição constitucional, Kelsen é uma exceção entre os positivistas, adeptos da primazia legislativa que Neumann considerou “perturbadora” (*irritierend*)¹⁰³.

Ainda mais “perturbadora” nos parece a visão de Carl Schmitt. Seu antipositivismo, baseado na compreensão declaradamente política do direito constitucional, explica a hostilidade ao controle judicial. Mas seu notório antirepublicanismo deveria torná-lo adepto fervoroso dessa competência por ser capaz de frear maiorias parlamentares progressistas. Porque Carl Schmitt rejeitou tão categoricamente o controle judicial?

100 Carl SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” *cit.*, p. 74.

101 Carl SCHMITT, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” *cit.*, p. 100.

102 Volker NEUMANN, “Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre” *cit.*, pp. 161-162.

103 Volker NEUMANN, “Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre” *cit.*, p. 162.

Kelsen ignora a interpretação literal-sistemática e Carl Schmitt rejeita o controle judicial com a veemência típica de um positivista labandiano como Anschütz. Como explicar esse paradoxo? Parece-nos que a explicação está no fato que Kelsen privilegia uma leitura em nível de teoria do direito. Procura garantias efetivas da supremacia constitucional, considerando que o controle da constitucionalidade das leis em nada se diferencia do controle da legalidade da administração pública, sem levar em consideração elementos contextuais políticos.

Já Schmitt desconfia politicamente tanto do Parlamento como dos tribunais, em sua opinião muito legalistas, e considera como autêntico garantidor da ordem político-jurídica o chefe de Estado, capaz de expressar o espírito nacional e a unidade política sem “amarras” jurídicas e formalidades¹⁰⁴.

Kelsen opta pela solução que garante a unidade de seu edifício normativo; Schmitt considera os fins políticos mais relevantes do que qualquer argumento jurídico.

4.2. O QUE SIGNIFICA “TODOS OS ALEMÃES SÃO IGUAIS PERANTE A LEI” (ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR)?

A pergunta gerou, no período de Weimar, controvérsias semelhantes às que constatamos no exame do problema do controle judicial da constitucionalidade¹⁰⁵. A posição tradicional positivista era que o art. 109, I vincula apenas o Executivo e o Judiciário, impondo que a lei seja aplicada de maneira uniforme. Com base em uma abordagem literal, a igualdade “perante a lei” não obrigaria o legislador a tratar grupos e pessoas da mesma maneira e muito menos criar normas para amenizar desigualdades sociais.

Essa controvérsia teve também como palco principal o encontro da Associação dos juspublicistas. Representando os críticos do positivismo, Kaufmann fez em 1926 uma apaixonada defesa da tese que o legislador deve também respeitar o imperativo constitucional da igualdade (igualdade *da* lei e não somente igualdade perante a lei). Não encontrando fundamento normativo

104 Com efeito, em textos posteriores, Schmitt defenderá a ideia que, em regimes (semi)presidencialistas, o verdadeiro guardião da Constituição é o Chefe de Estado. Cf. Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931. pp. 156-159, provocando uma célebre polémica com Kelsen sobre a autoridade que deve garantir a integridade da Constituição, conceito que definem, aliás de maneira divergente. Sobre essa controvérsia, cf. Olivier BEAUD & Pasquale PASQUINO (orgs.), *La Controverse sur le “Gardien de la Constitution” et la Justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt cit.*

105 O debate foi apresentado e comentado na bibliografia brasileira por Francisco Campos em parecer de 1947, com algumas omissões e simplificações ditadas pelas finalidades do parecer. Cf. Francisco CAMPOS, “Igualdade de Todos perante a Lei”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 10, 1947, pp. 376-398, 414-417.

para tanto, Kaufmann recorreu a longas referências ao direito natural que importaria tratar todos os seres humanos da mesma maneira, assim como as normas de direito internacional público que, segundo sua leitura, imporiam o respeito da igualdade material¹⁰⁶.

A resposta foi dada por Nawiasky que, representando a opinião tradicional dos positivistas, fez um longo exercício de interpretação literal e sistemática da Constituição de Weimar, afirmando que o legislador não tinha a obrigação constitucional de respeitar o princípio da igualdade, salvo em situações específicas que analisou minuciosamente¹⁰⁷. Sua posição foi compartilhada pela maioria dos participantes do debate, assim como por obras doutrinárias influentes¹⁰⁸. Mesmo assim, houve divergências internas sobre a possibilidade de exigir que o legislador respeite o princípio da igualdade em certas situações¹⁰⁹. Refletindo sobre essas divergências em 1930, Otto Kirchheimer (1905-1965) escreveu: “A recepção do antigo princípio constitucional da igualdade perante a lei mostra o quão polissêmicas (*mehrdeutig*) são disposições constitucionais que parecem ser extremamente claras”¹¹⁰.

Positivistas republicanos tendiam a negar a vinculação do legislador pela igualdade, entendendo que as questões políticas devem se decidir no “jogo” democrático entre maioria e minoria.

Na esquerda do espectro político, juristas próximos à socialdemocracia poderiam considerar como bandeira de batalha a tese de que o legislador possui o dever constitucional de atenuar desigualdades sociais e abolir privilégios.

Por fim, juristas conservadores, em sua maioria antipositivistas, tinham motivos para admitir a vinculação do legislador pelo princípio da igualdade. Isso porque o Judiciário, extremamente conservador, tentaria frear iniciativas “socializantes” dos legisladores, em particular as desapropriações por motivos de interesse social. Aqui chama também atenção o fato de Carl Schmitt concordar

106 Erich KAUFMANN, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung” *cit.*, p. 2-24. Fundamentação detalhada em Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, Liebmann, 1925.

107 Hans NAWIASKY, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung” *in Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927, pp. 25-43.

108 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919* *cit.*, pp. 459-467. Cf. a discussão com amplas referências bibliográficas em Fritz STIER-SOMLO, “Artikel 109: Gleichheit vor dem Gesetz” *in* Hans-Carl NIPPERDEY (org.), *Die Grundrechte und die Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin, Hobbings, 1929, vol. 1, pp. 178-201.

109 Nawiasky identificou três posicionamentos diferentes no campo positivista. Cf. Hans NAWIASKY, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung” *cit.*, p. 62.

110 Otto KIRCHHEIMER, “Weimar – und was dann? Analyse einer Verfassung” (1930) *in* Otto KIRCHHEIMER, *Politik und Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1964, p. 35 (Tradução para o português *Direito e Práxis*, vol. 10, 2019, p. 1536).

no resultado com os positivistas, considerando que o art. 109, I apenas garante a igualdade perante a lei que deve tratar todos da mesma maneira¹¹¹.

Uma análise detida das posições pode mostrar que os positivistas consideram vinculante o texto e a tradição interpretativa, mas frequentemente seguem suas intuições políticas, assim como os antipositivistas não hesitam em utilizar argumentos textuais para fundamentar opções políticas¹¹².

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Ao nos perguntarmos se houve uma “impressão digital” juspositivista na interpretação de normas da Constituição de Weimar, devemos distinguir duas acepções do termo¹¹³. A abordagem que pode ser denominada de *positivismo da validade* considera necessário que o estudo do sistema jurídico, assim como sua interpretação e aplicação, separe-se plenamente da influência de outras ordens normativas (imperativos morais, políticos ou econômicos). Todos os positivistas de Weimar aceitavam o positivismo da validade, mesmo cedendo, na prática interpretativa, a tentações políticas que se tornavam mais fortes no contexto de polarização do período.

Já a abordagem do *positivismo da interpretação* considera decisivo o significado literal de uma norma, com base na compreensão de um locutor competente com conhecimentos jurídicos. Esse significado deve ser testado e, eventualmente, modificado mediante leitura sistemática das normas vigentes, relacionando dispositivos com a finalidade de preencher lacunas e resolver eventuais antinomias (contradições internas). Essa opção exclui qualquer argumento teleológico e consequencialista, considerando decisiva a vontade do legislador objetivada em normas vigentes.

Os exemplos que analisamos mostram que os positivistas de Weimar muitas vezes se afastavam da formulação do texto constitucional. Isso fica claro na postura de Kelsen perante o controle de constitucionalidade, assim como nas divergências dos positivistas sobre o direito à igualdade. Nesse debate não é possível estabelecer relações causais entre as interpretações dadas e a opção teórica do intérprete. Não houve linearidade nem previsibilidade. Mesmo assim, a atividade jurídica impõe seus padrões de coerência e racionalidade, havendo

111 Carl SCHMITT, *Verfassungslehre cit.*, pp. 154-155.

112 Analisamos isso em: Dimitri DIMOULIS, “O Quão Ambíguas São Normas Constitucionais que Parecem Tão Claras. Concepções sobre a Igualdade no Debate Juspublicista de Weimar”, 2020 (no prelo).

113 Cf. detalhadamente Dimitri DIMOULIS, *Positivismo Jurídico cit.*

certa correspondência entre a tese positivista e a opção pelo significado literal e sistemático do material normativo.

* * *

Weimar não é exceção à regra que a ciência do direito e o debate interpretativo não são puros, por mais que sejam balizados pela racionalidade jurídica e seu imperativo-promessa de previsibilidade. A falta de rigor metodológico pode ser criticada na perspectiva normativa do juspositivismo. Mas devemos reconhecer que o direito constitucional nunca alcançou autonomia em relação à política: “A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”¹¹⁴.

114 Gilberto BERCOVICI, “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição” in Claudio SOUZA NETO *et al.*, *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 131. O autor lembra que, segundo Heller, a Constituição é “uma forma aberta através da qual passa a vida” (p. 138).