

ELEMENTOS DE TEORIA GERAL DO ESTADO: UM ENSAIO EM TRÊS ATOS

Data de submissão: 11/09/2023

Data de aceite: 01/11/2023

Larissa Michelle Perdigão-Nass

Universidade de Brasília, Brasília, DF
<http://lattes.cnpq.br/7519407254286495>

RESUMO: O presente texto nos brinda com uma viagem pela Teoria Geral do Estado, tratando de temas como: a relação entre conceitos de Filosofia das Ciências e uma possível associação com as gerações de constituições; uma discussão sobre um possível princípio monárquico a atravessar as constituições dos membros do Império Germânico no século XIX, seu impacto em outros impérios, como o japonês, e sua decadência ante a alvorada das ideias de Hans Kelsen; um debate sobre guardiães das constituições em Kelsen e Carl Schmitt e uma possível relação com constituições eficazes, ineficazes e ilegítimas, que constituem categorias próximas às sugeridas por Karl Loewenstein para compreender constituições nos Estados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Teoria Geral do Estado; princípios constitucionais.

ELEMENTS OF GENERAL THEORY OF THE STATE: AN ESSAY IN THREE ACTS

ABSTRACT: This text offers us a journey through the General Theory of the State, dealing with topics such as: the relationship between concepts of Philosophy of Sciences and a possible association with generations of constitutions; a discussion about a possible monarchical principle that permeated the constitutions of the members of the German Empire in the 19th century, its impact on other empires, such as the Japanese, and its decline in the face of the dawn of Hans Kelsen's ideas; a debate on guardians of constitutions in Kelsen and Carl Schmitt and a possible relationship with effective, ineffective and illegitimate constitutions, which constitute categories close to those suggested by Karl Loewenstein to understand constitutions in States.

KEYWORDS: Constitutional law; General Theory of the State; constitutional principles.

ATO 1: CIÊNCIAS, IDEOLOGIAS, PARADIGMAS, CONSTITUIÇÕES

Para discutirmos os paradigmas constitucionais e, antes disso, a concepção de paradigma em Thomas Kuhn, cabe, inicialmente, discutir concepções de ciência, ou seja, no plural. A visão kuhniana, afinal, é apenas uma de múltiplas concepções possíveis e aceitáveis de ciência.

Uma referência interessante é o documento “O que é ciência?” (2008), do professor Silvio Seno Chibeni, do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp. O professor Chibeni inicia seu texto explorando a concepção de senso comum de ciência, lembrando de seu caráter de autoridade e de superioridade ante outros sistemas de saber, e de sua concepção positivista, que Chibeni busca em autores do início do século XX, que se basearia em seis pressuposições, como a necessidade de basear-se em observações neutras, indutivas, numerosas, variadas e não contrapostas por contraevidências.

Chibeni prossegue opondo esta concepção positivista lógica com o posicionamento de Karl Popper, com ênfase ao falseacionismo. Mais: para Popper, a cientificidade de uma teoria estaria em sua refutabilidade. E é a partir deste ponto que podemos situar a forma como Popper relaciona a ciência à concepção de ideologia. Se a ciência está aberta e exige ser desmentida para se sustentar e avançar, ela é distinta de sistemas ideológicos. Religiões, por exemplo, não estão abertas, tampouco permitem ser desmentidas: baseiam-se na fé, não em fatos.

Mas o conceito de ideologia também deve ser discutido. Os sociólogos Siqueira e Mello (2015) definem ideologia como “um conjunto de valores, crenças e ações culturais que justificam ou procuram modificar um determinado status quo, servindo de base para movimentos sociais que desejam a manutenção ou a mudança”. Não é uma definição meramente descritiva. Também é normativa. Há um julgamento sobre se as ideias estão certas ou erradas, e que não cabe questionar no âmbito daquela ideologia sob o qual foi produzido. Em outras palavras, a ideologia não versa somente sobre como o mundo é, mas também sobre como deveria ser. Os mesmos sociólogos reconhecem que, na “atualidade, o centro das atenções não está mais no que a pessoa diz, mas o porquê ela diz”.

E é por isso que Popper não esgota o debate sobre a natureza da ciência. Como aponta Cameron (2018), para alguns críticos pós-modernos, até mesmo o ato de entrar em um laboratório significa participar de suposições ideológicas, o que afasta a possibilidade de a ciência não ser ideológica. Paul Feyerabend escreveu sobre a relação entre ciência e ideologia, deixando clara sua percepção de que a ciência está integralmente fundada em ideologia. Cameron (2018) ainda lembra que a ciência não é como a espada encrustada na pedra, disponível apenas às mãos do escolhido, mas, indistintamente, para os melhores e para os piores fins.

Thomas Kuhn é outro filósofo da ciência a se opor a Popper, argumentando que cientistas, muitas vezes, ignoram evidências que não se enquadram em suas teorias, ou, de

forma mais precisa, não se enquadram nos paradigmas vigentes. Max Planck apresentou sua solução quântica para a catástrofe do ultravioleta em dezembro de 1900 com a dor de ter de abandonar uma crença científica que lhe era extremamente cara: a de que a Segunda Lei da Termodinâmica era absoluta (BRITANNICA, 2023).

Fixemo-nos em explorar um pouco mais plenamente a ideia de paradigma em Kuhn. O físico Kuhn apresenta uma nova forma de compreender os fenômenos da ciência. Ele enxerga a ciência como uma área que passa por períodos de evolução contínua, estável e previsível, sim, como um olhar positivista poderia reconhecer facilmente. Porém, tais períodos seriam pontuados por revoluções científicas, ou seja, períodos em que a produção científica em determinada área da ciência é fortemente abalada por dados e descobertas que flagrantemente não concordam com as teorias vigentes. Durante os períodos de evolução, a pesquisa é baseada principalmente em uma ou mais realizações científicas anteriores que Kuhn chama de “paradigmas”. Ao contrário do que uma noção positivista poderia enxergar, uma área científica não permanece no mesmo paradigma por toda a sua trajetória de existência. Por mais que mudanças de paradigma, que Kuhn chama de “revoluções científicas”, sejam relativamente infrequentes, ou seja, às vezes, são necessárias várias gerações de cientistas para ocorrer, elas acontecem. A compreensão dos paradigmas e sua aceitação como forma pela qual a ciência se desenvolve têm sido reconhecidas cada vez mais pela comunidade científica, especialmente porque fornecem ferramentas para a resolução de problemas e para a previsão do desenvolvimento futuro da ciência.

Note-se, porém, que Thomas Kuhn se limita a tentar propor uma forma de olhar para o desenvolvimento histórico das ciências, especialmente as ciências naturais. Diz ele, em seu posfácio à obra “A Estrutura das Revoluções Científicas” (1998 [1967]), escrito em 1969, dois anos após a primeira edição da obra: “Embora o desenvolvimento científico possa assemelhar-se ao de outros domínios muito mais estreitamente do que o frequentemente suposto, possui também diferenças notáveis” (p.256). O que Kuhn busca é alertar quanto à limitação do desenvolvimento de outras áreas como marcadas por períodos alternados de evolução e de revolução, ainda que ele diga que “não gostaria de desencorajar suas tentativas de ampliar esta perspectiva” (p.255).

Não é preciso ir muito longe para encontrarmos autores a identificar que as ideias de Kuhn não são adequadas para a compreensão de suas áreas. Limitar-nos-emos, neste ensaio, a citar Eckberg e Hill Jr. (1979). Para aqueles autores, muitos sociólogos que tentaram aplicar o argumento de Kuhn na análise do status da sociologia compreenderam mal, ou se recusaram a aceitar, o significado central de seu conceito de paradigma. Uma crítica, que, talvez, possa ser estendida, mas não o faremos aqui, é a de que, em geral, aqueles que buscam estender as ideias de Kuhn concentram-se em aspectos menos importantes e mais gerais do conceito de paradigma, o que faz o argumento perder força. Outra crítica é a de que muitas áreas extracientíficas às quais busca-se aplicar as ideias

de Kuhn: a) carecem de uma tradição de resolução de quebra-cabeças bem definida; b) tendem a operar a partir de perspectivas amplas, que ocupam toda a extensão da disciplina; c) têm poucos ou nenhum “exemplar”, “artefato” ou construção”, que é uma realização da comunidade científica de determinada área, e não uma característica de seu objeto de pesquisa. Esta reflexão mereceria ser feita quando se busca aplicar o conceito kuhniano de paradigma, por exemplo, aos estilos ou padrões constitucionais mais comuns de certa época e região, especialmente porque constituições são mero objeto de pesquisa do Direito Constitucional como área do saber, não sendo, no mais dos casos, uma estrutura construída pela comunidade de pesquisadores da área.

Porém, para fins do presente ensaio, o pressuposto da aplicabilidade de Kuhn à situação já foi dado no próprio enunciado orientador dos estudantes. Mais do que isso: nossa referência para esta última parte do presente texto, que buscará dissertar sobre os paradigmas constitucionais, é um artigo de Menelick de Carvalho Netto (2002). O autor deixa muito claro que enxerga as tradições constitucionais como paradigmas kuhnianos. Por estas razões, adotaremos o mesmo pressuposto no presente ensaio.

Para Carvalho Netto (2002), seriam três os paradigmas constitucionais. O primeiro, por óbvio, coincide com o surgimento dos princípios das constituições modernas, em contexto bastante estabelecido e devidamente contrastado por Neves (2009) em relação a formas e documentos jurídicos da Antiguidade, da época medieval e mesmo dos primeiros séculos após o Renascimento. Este último autor aponta para diversos fatores, como o sectarismo, a existência de castas de elegidos e de excluídos e a exclusão do monarca da obrigatoriedade de submissão às leis, como fatores a contrastar com os princípios constitucionais que se mantêm ao longo das revoluções kuhnianas no campo constitucional. Em outras palavras, as constituições, por princípio, não são determinadas por princípios religiosos, tratam a todos como dotados dos mesmos direitos – todos são sujeitos de direito – e não excluem ninguém, por mais poderoso que seja, da necessidade de submeter-se às condições constitucionais estabelecidas. Carvalho Netto ainda citará o sociólogo Niklas Luhmann para identificar uma característica adicional das constituições: a de clara diferenciação e de simultâneo acoplamento estrutural entre o Direito e a política.

Carvalho Netto (2002) chama o primeiro paradigma de Estado de Direito. Seu ponto central é o da liberdade geral: a possibilidade de fazer tudo, à exceção do que as leis, tão poucas quanto possível, não proibam. Estado mínimo, liberdades máximas. É sob esse princípio que começam a surgir as primeiras constituições, como nos Estados Unidos e na França. Mesmo países sem constituições são influenciadas pelo paradigma, como se vê, por exemplo, pela trajetória do Reino Unido do século XIX: respaldo político e jurídico ao liberalismo econômico extremo, à apropriação das terras comuns, ao protecionismo seletivo (*Corn Laws*), entre outros aspectos.

Um segundo paradigma emerge dos rescaldos da Primeira Guerra Mundial. Nele, reconhece-se que a liberdade não pode ser exercida pela ausência de leis, pois, nela,

passa a valer a lei do mais forte, mais rico, mais poderoso. A liberdade, nestes termos, compromete a igualdade. O paradigma constitucional de então passa a buscar a equidade, reconhecendo as diferenças e buscando atenuá-las tanto quanto possível por meio da proteção da parte mais fraca das relações. Leis passam de evitáveis para necessárias, à medida que cumprem o papel de reconhecer as diferenças das condições. Até mesmo a propriedade deixa de ter caráter absoluto e passa a depender do cumprimento e uma função social.

Nesse contexto, Carvalho Netto (2002) enxerga o primeiro paradigma como favorecedor do privado ante o público, enquanto o segundo sobrepõe a esfera pública sobre a privada. Porém, a partir de uma discussão bastante pertinente, ele lembra, por Hans Kelsen, que Direito público e Direito privado não são categorias ontológicas, e que isso vai se evidenciando com força em áreas como direito do consumidor, direito ambiental, ou na atuação de ONGs, de forma que há, cada vez mais, interesses difusos a escapar da dicotomia público/privado.

É nesse ponto que se identifica um novo paradigma, no qual o autor considera que nos encontramos. Neste paradigma, há um reconhecimento de que o Estado pode ser cooptado pelos interesses dos particulares, que pode atuar como empresário, da mesma forma que setores da sociedade civil podem ocupar espaços tradicionalmente reservados ao Estado. Trata-se de reconhecer as particularidades das situações, dos sujeitos, dos setores do Estado, o que implica reconhecer as esferas pública e privada como dimensões interdependentes.

A derivação evidenciada por Carvalho Netto (2002) deste último paradigma, com a qual encerramos o presente ensaio, é a necessidade de se assumir a natureza aberta e indeterminada de qualquer texto, o que inclui os textos constitucionais, para que se possa criar um conjunto de ferramentas efetivas para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa. Para o autor, tais ferramentas não podem se basear em textos supostamente neutros, dadas a unicidade e a irrepetibilidade das situações de aplicação. O que se constata, portanto, é que ainda há muito a ser construído no atual paradigma constitucional.

ATO 2: TEORIA GERAL DO ESTADO, MONARQUIAS CONSTITUCIONAIS, IDEIAS DE HANS KELSEN

Estudiosos voltam sua atenção à natureza e ao trabalho do Estado desde a Antiguidade. Por exemplo, Platão tratou do tema em *Político*. O tema amadureceu até a contemporaneidade, constituindo a Teoria Geral do Estado como uma disciplina autônoma. Porém, nenhuma das obras escritas sobre este tópico pode ser considerada um tratado definitivo sobre o assunto. Isto significa que é preciso visitar variados autores para termos um panorama mais amplo das visões concernentes ao Estado.

As variações de pensamentos dos autores da área incidem, por exemplo, sobre o grau de dominância do Estado sobre a liberdade civil; sobre o posicionamento do Estado como estrutura geradora de normas, ou como instrumento de aplicação de normas; direitos fundamentais, liberdades e princípios materiais de direito; democracia como princípio constitucional, como ideal constitucional ou como dogma; democracia direta ou representativa; separação de poderes e divisibilidade do poder do Estado; entre outros aspectos.

Porém, interessa-nos conduzir a discussão para o contexto político-jurídico em que surge a Teoria Geral do Estado. Como Carvalho Netto (1992) nos aponta, o contexto no qual esta área surge é a consolidação do Império Germânico, na década de 1870. Rezende (2017), que propõe uma leitura da obra citada, deixa isto mais claro, dando, inclusive, o contexto geral no qual o excerto disponibilizado se insere: Carvalho Netto investigaria a Teoria Geral do Direito Público como Teoria Geral do Estado na esteira da tentativa de reconstruir, historicamente, o instituto da sanção presidencial.

Mais do que isso: também no olhar de Rezende (2017), na obra de Carvalho Netto (1992) haveria uma teoria geral do direito público das monarquias alemãs, pois este último autor entenderia que, a despeito da variedade de constituições e de formas de governo dos estados a compor o Império Germânico, todas elas poderiam ser tratadas sob uma mesma ótica: a do *princípio monárquico*, um princípio central. Rezende (2017) também explica o que seria o princípio monárquico: a ideia de monopólio real do direito de exprimir a vontade do Estado, cujo corolário é o de que constituições são resultado de um gesto livre, unilateral, do monarca de limitar seu próprio poder. A origem dessas ideias, diga-se, estaria em Joseph Barthélemy, jurista francês que escreveu sobre o tema na primeira década do século XX.

Estas ideias parecem ter alguma relação com aquelas presentes na obra de Michel de L'Hospital, jurista do século XVI que foi chanceler da França, cargo de nomeação real cuja atribuição era a administração da Justiça. Como aponta Seewald (2007), no contexto das guerras religiosas e, até mesmo, da sua vivência pessoal no tema, L'Hospital propôs uma *doutrina da realeza (Lehre vom Königtum)*, que colocava um governante acima das partes, sendo as partes limitadas no direito de revolta contra esse governante, ainda que devam ser protegidas, mesmo que sejam uma minoria que pensa e age de forma diferente. A lei tem seu espaço na doutrina de L'Hospital, mas como instrumento a serviço da pacificação e da manutenção do poder real. Para finalizar, Seewald (2007) entende que L'Hospital forneceu a base prático-política para o estabelecimento do moderno Estado absolutista dos Bourbons.

Porém, como Barthélemy nos mostra com sua obra em 1905, as ideias de L'Hospital seguiram com grau de valor na análise da realidade das monarquias, mesmo que constitucionais. Afinal, para Barthélemy, ecoado por Carvalho Netto (1992), o que caracteriza as monarquias constitucionais do Império Germânico é que todas elas foram

outorgadas. Pouco importa, portanto, nesse contexto, se a Baviera tem um regime mais centralizado, absolutista, e Oldemburg é bem mais liberal. O fato é que, qualquer que seja a monarquia federada que seja tomada como referência, há uma só construção jurídica, com os mesmos princípios fundamentais.

Carvalho Netto (1992) segue sua defesa mostrando que, nas monarquias do Império Germânico, do princípio monárquico, preservado integralmente, derivaria uma regra básica: a de que, em casos em que a constituição monárquica é omissa, seria necessário recorrer ao direito anterior à constituição. Mas esse direito, em uma monarquia, é o do absolutismo. É isso o que Carvalho Netto (1992) associa a Paul Laband e Georg Jellinek: o princípio monárquico. Porém, como apontamos aqui, trata-se, afinal, de uma nova leitura, comunicante ou não, com a doutrina da realeza de L'Hospital.

O foco na região germânica e na segunda metade do século XIX acaba por nos remeter, além de Laband e Jellinek, às ideias do filósofo e jurista alemão Lorenz von Stein. Conservador como poucos, nas palavras do sociólogo e jurista russo Georges Gurvitch, tal como citado por Carvajalino (2013), von Stein defendia que o Estado e seu direito devem incumbir-se de limitar ao máximo o direito social, combatendo seus efeitos perniciosos. Von Stein também dizia que somente a soberania monárquica, que põe o Estado acima das classes sociais e realiza as reformas sociais necessárias, pode salvar o Estado de perder-se. Trata-se de ideias tanto afins àquelas de L'Hospital, que colocava o Direito a serviço da pacificação social, porém, com a manutenção do poder real, tanto quanto afins à regra mencionada por Carvalho Netto (1992) e derivada do princípio monárquico, de ausência de qualquer reconhecimento de poder vindo do povo, mesmo o mais ínfimo.

A História, como se sabe, entrecruza-se em suas histórias. Lorenz von Stein foi um notório consultor dos japoneses durante o início da era Meiji. Como mostra Matsui (2018), na década de 1880, a última da vida de von Stein, as visitas de juristas japoneses a Viena, em cuja universidade von Stein lecionava, eram tão frequentes que, no Japão, este fenômeno é denominado “peregrinação Stein”. Isto ocorre porque a década de 1880 é a década de redação da Constituição Meiji. Tal como as constituições germânicas da época, a Constituição Meiji é mais uma constituição monárquica e outorgada (em 1889), ou seja, também segue o princípio monárquico, ainda que, provavelmente, não tenha sido citada por Barthélemy. Mais do que isso: em 1881, o plano do governo Meiji para sua constituição teve definido como modelo de Estado, precisamente, o Império Germânico e seu sistema que, embora caracterizado como monarquia constitucional, como apontam Laband e Jellinek pelo seu princípio monárquico, deixa a porta aberta ao absolutismo quando convém ao líder. Um último destaque: Carvalho Netto (1992), usando como base o trabalho de Georg Meyer, lista diversos epítetos majestáticos de diversas constituições do Império Germânico. A Constituição Meiji também tem o seu, no Artigo 3: “O Imperador é sagrado e inviolável” (JAPÃO, 2004).

Portanto, como mostra Carvalho Netto (1992), Jellinek e Laband, cada um à sua

maneira, deixam claro que o princípio monárquico pressupõe uma só cabeça, e que essa cabeça é a do monarca. Igualmente, estabelece que, em monarquias constitucionais, enquanto ao parlamento são atribuídas apenas as funções expressamente concedidas pela constituição, ao monarca cabe, além das delegações que a constituição outorgada lhe autoconcede, todas aquelas em que a constituição é omissa. Mais do que isso: para ambos os autores, o que os parlamentos das monarquias constitucionais fazem seriam apenas proposições de Direito, enquanto somente o monarca faria prescrições de Direito.

Porém, como o próprio Carvalho Netto (1992) bem coloca, doutrinas bem-sucedidas, como é o caso do princípio monárquico, não são verdades absolutas, mas apenas constituem retratos razoavelmente verossímeis, ou modelos úteis, da realidade de um período histórico, ou seja, temporalmente limitado. O princípio monárquico cai como doutrina, especialmente com as constituições de Querétaro e de Weimar, assim como com a formação da República Socialista Federativa Soviética da Rússia. Portanto, cai junto a Teoria Geral do Estado clássica, que, tomando Carvalho Netto (1992) como referência, havia nascido justamente quando da unificação alemã na década de 1870.

Uma das doutrinas que ocupa seu lugar é a Teoria do Estado de Hans Kelsen. Mas, antes, vale examinarmos o pensamento de Kelsen, como na sua Teoria Pura do Direito. Ali, Kelsen tenta examinar o Direito de forma independente da moral e dos fatos. Na sua teoria, uma norma jurídica tem sua validade derivada de outra norma jurídica, e não de seu comportamento factual, tampouco de sua conformidade com a moralidade. Essa forma de entendimento exige regressões sucessivas de normas, até um primeiro padrão normativo, cuja validade não foi estabelecida dessa forma, por não haver quaisquer normas a ele antecedentes. Kelsen simplesmente assume a validade dessa primeira norma, dando-lhe o nome de *norma fundamental* (*Grundnorm*). Explica-se. Hans Kelsen considera que uma ciência precisa conceber seu objeto de forma unificada e sistêmica, para poder estudá-lo. Ao entender que as normas jurídicas têm validade apoiando-se umas nas outras, ele eleva o direito positivo à categoria de ciência. Ou seja, Kelsen busca desenvolver uma ciência do direito positivo, pura porque esvaziada de qualquer direito natural.

Ao buscar construir um sistema de Teoria Geral do Estado, Kelsen acredita que seu trabalho segue a linha de conhecimento teórico do Estado dada por Laband e Jellinek, uma linha que supostamente tenderia a se afastar de uma chamada Metafísica do Estado e erige uma Teoria do Estado positiva, estritamente jurídica, não desfigurada politicamente. Porém, o próprio Kelsen identifica uma diferença fundamental para Jellinek. Este último sustenta uma teoria jurídica dualista, combinando teoria social e teoria jurídica do Estado, enquanto Kelsen mantém um ponto de vista monista, que implica, por exemplo, a coincidência entre norma jurídica e sujeito de direito, assim como a impossibilidade de o Estado violar o Direito. Ademais, Kelsen percebe distinguir-se de seu predecessor sobretudo por buscar um ponto de vista objetivo, enquanto Jellinek permanecia mais ligado a um ponto de vista subjetivo e político, tanto por não atribuir à norma um papel essencial, quanto por não associar ao Estado um conceito transcendental (KÖLN, 1956).

A ideia de monarquia constitucional de Barthélemy está mais próxima da ideia de monarquia absoluta em Kelsen, afinal, “a monarquia absoluta também tem uma constituição, pois todo Estado tem uma” (KELSEN, 1998 [1945], p.377). Além disso, o exemplo mais típico de monarquia constitucional trabalhado por Kelsen é o inglês, que, claramente, não apresenta o grau de absolutismo visto nas monarquias germânicas, além de ser um regime em que “nenhum ato do monarca é válido sem a ratificação de um ministro responsável” (KELSEN, 1998 [1945], p.429), o que vai contra a ideia de monarquia constitucional de Barthélemy, na qual o monarca pode atuar em tudo aquilo que sua constituição outorgada não lhe proíba. Nesse contexto, a monarquia absoluta de Kelsen é histórica e só haveria espaço, modernamente, para a monarquia constitucional, que ele compara à república presidencial, por serem, ambos, regimes tendentes à autocracia, diferentemente da república com governo de gabinete e da república com governo colegiado, nas quais o elemento democrático seria, para Kelsen, comparativamente mais forte.

ATO 3: GUARDIÃO EM KELSEN E SCHMITT, CLASSIFICAÇÕES DE LOEWENSTEIN

Nem todos os Estados têm constituições. Nos Estados que não têm constituições, costuma haver uma confiança na internalização das normas vigentes pelos servidores e cidadãos ante as restrições estabelecidas por tais normas, independentemente de seu posicionamento pessoal, seja político, religioso ou social. Em outros, há constituições, mas não há dispositivos de revisão desses documentos. Uma vez que os documentos escritos não se alteram com a mudança da sociedade, também se situam nessa posição de mera expectativa de cumprimento das normas como esperado em cada tempo histórico.

Em muitos outros Estados, vigoram sistemas e culturas judiciais com controle de constitucionalidade explícito. Mas como garantir que as respectivas constituições, ou seja, suas orientações institucionais, estruturais, de longo prazo, serão cumpridas ante os desejos e preferências políticas mais voláteis, imediatos, superficiais do governo de ocasião, dos servidores públicos ou dos cidadãos? Seguramente, não pelos juramentos à Constituição realizados em cerimônias meramente formais. Assim, muitos Estados adotam alguma forma de intervenção, execução e controle para garantir que serão cumpridas as normas constitucionais. E é sobre estes Estados, estes sistemas, que Hans Kelsen e Carl Schmitt refletem, debatem e postulam com rara profundidade e perspicácia, sendo, talvez, o debate mais marcante sobre o tema nos últimos 200 anos. Auxiliaram-nos na redação do presente ato, que trata desse tema, Górnisiewicz (2021) e Maia (2007).

O pano de fundo é a Alemanha, que ganhou a chamada Constituição de Weimar em 1919, subvertida por Adolf Hitler em 1933. É exatamente essa invocação do famoso Artigo 48, com a conseqüente suspensão da aplicabilidade de diversos dispositivos constitucionais feita por Hitler, que acaba sendo o principal cenário sob o qual discutem Kelsen e Schmitt.

O tema, portanto, era a natureza constitucional, com ênfase em indivíduos e instituições que poderiam ou deveriam aplicá-la, interpretá-la, guardá-la.

A posição de Kelsen (1998, 2013) deriva de sua própria teoria do direito. Nela, as normas legais constituem apenas autorizações gerais aos servidores para agir conforme os ditames do Estado, como molduras de um quadro que ainda está por ser pintado. Ou seja, em Kelsen (1998, 2013), nenhuma decisão de âmbito legal encerra-se na lei. Esta somente autoriza os agentes de Estado e lhes dá alguns limites de ação.

Nesse contexto, Kelsen (1998, 2013) não enxergava diferença fundamental no trabalho de legisladores e no trabalho de juízes. Para ele, tanto a criação de leis dentro dos ditames constitucionais quanto a aplicação dessas leis também sob os mesmos ditames tinham essa característica de generalidade e, especialmente, tinham uma dimensão política inafastável. Sendo assim, o controle de constitucionalidade, de certa forma, era feito como rotina por qualquer parlamentar, por qualquer juiz. Porém, Kelsen (1998, 2013) preferia a centralização desse controle. Ele propôs a criação de um tribunal constitucional, à semelhança daquele que ele próprio contribuiu para implementar na Áustria na década de 1920 a partir de seu trabalho como docente da Universidade de Viena.

Para Schmitt (1996, 2011a, 2011b), a premissa de que a lei é mera moldura já era falsa. Seu entendimento era o de que a lei comum, infraconstitucional, ou determinava respostas suficientemente claras, ou poderia ser interpretada de forma bastante limitada, por meio de jurisprudências e teorias jurídicas preexistentes. Em outras palavras, muito pouco do direito comum estaria sujeito a interpretações tão flexíveis, tão sujeitas à ação e à intervenção políticas.

As normas constitucionais, por outro lado, seriam distintas. Estas, sim, para Schmitt (1996, 2011a, 2011b), seriam políticas, vagas, sujeitas a dissensos. Por esta razão, se fosse atribuída a um colegiado judicial a função de controle de constitucionalidade, esse colegiado estaria exercendo um papel político sem ter um mandato popular para isso. Na verdade, para Schmitt (1996, 2011a, 2011b), nem os parlamentares teriam o poder de controlar a Constituição, visto que, para ele, essencialmente, parlamentos devem ser somente órgãos consultivos, posto que são meros intermediários no contexto de uma democracia representativa, logo, indireta. Nesse contexto, Schmitt (1996, 2011a, 2011b) defende que a guarda constitucional seria uma função exclusiva de um poder executivo forte: o presidente, o Führer. Somente este falaria e ouviria diretamente as massas, servindo-lhes como Juiz Supremo.

Em suma, quem são os legítimos guardiães das Constituições? Ambos advogam por controles concentrados de constitucionalidade. Kelsen (1998, 2013), porém, defendeu tribunais constitucionais, enquanto Schmitt (1996, 2011a, 2011b) apelava pelo líder supremo, investido dos papéis de executor, legislador e julgador. Este posicionamento reflete, em parte, as posições políticas dos dois debatedores. Ambos, aliás, estiveram na linha de frente da História do Direito, tendo a oportunidade de observar de perto suas ideias em contextos concretos.

Loewenstein, como contemporâneo de Kelsen e Schmitt, também viveu estes eventos, embora não observando em ação suas próprias ideias. Como Kelsen, Loewenstein viu-se obrigado a deixar a Alemanha em 1933. Contribuiu em vários cargos públicos para o governo estadunidense. Foi, inclusive, no papel de representante do governo americano que Loewenstein teria acompanhado a prisão de Carl Schmitt em 1945 e a apreensão de sua biblioteca particular.

Desde os tempos de Loewenstein e até hoje, é um erro comum ignorar que a implementação constitucional efetiva envolve uma coordenação complexa de forças jurídicas e políticas, assim como ignorar como se dá essa coordenação, a que incentivos ela responde etc. Sua classificação de constituições, para além de dizer se existem ou não como documento único ou mesmo escrito, se são originárias ou derivadas, se são ideológicas ou utilitárias, buscou exatamente isso: integrar o quadro político-administrativo na análise das constituições. Daí surgem as classificações das constituições em olhar ontológico, nas categorias normativa, nominal ou semântica.

Depois de sugerir estas classificações, que poderíamos associar, respectiva e simplificada, a constituições eficazes, ineficazes e ilegítimas, Loewenstein (1964) põe-se a evidenciar os desafios que o constitucionalismo enfrenta na época em que ele escreve, por volta do início da década de 1960. Ele inicia tratando dos problemas das constituições eficazes, nas quais dispositivos pontuais seguem sendo ignorados ou desrespeitados por anos a fio. Ao fim dessa seção, ele reconhece que são problemas relativamente pequenos, que seus críticos poderiam dizer que a sua superação passaria por uma solução *pereat mundus fiat justitia*, de inconveniência prática evidente.

A seguir, ele começa a elencar os problemas reais, maiores, estruturantes. O primeiro é a erosão de uma consciência constitucional, tanto pelas sucessivas constituições ou reformas constitucionais, como na França da época, quanto pela crescente complexidade desses textos. Porém, ao citar os Estados Unidos como contraexemplo, Loewenstein (1964) lembra que o *New Deal* vivido à época não era uma conquista constitucional, ou seja, que as pequenas vitórias das classes mais baixas nos Estados Unidos não deveriam ser atribuídas à existência de uma constituição tão estável.

O segundo é a indiferença das massas ante as constituições, visto que estes instrumentos não reduzem as desigualdades sociais, não alimentam, não dão teto, educação ou saúde. Tampouco seriam as instituições constitucionais efetivas fiadoras dessas necessidades, pois seu funcionamento seria determinado, em grande parte, pelos interesses políticos e econômicos dos grupos mais poderosos daquela sociedade. As constituições seguem sendo escritas, reescritas, reformadas em quaisquer tipos de países, desde os mais democráticos aos mais ditatoriais, mas seu prestígio não para de decrescer.

Assim, a classificação de constituições proposta por Loewenstein (1964), no máximo, pode indicar quão próximo ou quão afastado está um texto constitucional do objetivo histórico maior de uma constituição, que é o de distribuir e limitar o poder. Mera

classificação não pode pretender ter o condão, como propõe a pergunta orientadora do presente ensaio, de “responder aos desafios do constitucionalismo”. Difícil, inclusive, chamar de teoria constitucional a proposta classificativa de Loewenstein (1964), embora, seguramente, ela contribua para o quadro teórico geral da área.

Registre-se, porém, que Loewenstein (1964), de forma perspicaz e ainda extremamente atual, encerra com o pessimismo da percepção de que as constituições não são, de forma alguma, proteções contra autocracias.

REFERÊNCIAS

BRITANNICA (Encyclopaedia). **Max Planck**: by Roger H. Stuewer. 2023. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Max-Planck>. Acesso em: 9 set.2023.

CAMERON, Blaise. **Ideology in Paul Feyerabend's Philosophy of Science**. 2018. Disponível em: https://research.library.mun.ca/13141/1/Humanities1_Cameron.pdf. Acesso em: 9 set.2023.

CARVAJALINO Guerrero, Jinú. Solidaridad de intereses: la transformación del derecho social como dominación en Lorenz von Stein. **Revista de Estudios Sociales**, n.46, p.74-85, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.7440/res46.2013.08>. Acesso em: 9 set.2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista do TST**, Brasília, v.68, n.2, p.67-90, abr./jun.2002. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/51380>. Acesso em: 9 set.2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CHIBENI, Silvio Seni. **O que é ciência?** 2008. Disponível em: <https://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/ciencia.pdf>. Acesso em: 9 set.2023.

ECKBERG, Douglas Lee; HILL Jr., Lester. The Paradigm Concept and Sociology: a critical review. **American Sociological Review**, v.44, p.925-937, dez.1979. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2094717>. Acesso em: 9 set.2023.

GÓRNISIEWICZ, Arkadiusz. Dispute over the guardian of the Constitution: Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar case. **Politeja**, v.3, n.72, p.193-214, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12797/Politeja.18.2021.72.10>. Acesso em: 9 set.2023.

JAPÃO. National Diet Library. Birth of the Constitution of Japan. **The Constitution of the Empire of Japan**. Trad. Ito Miyoji. 2004. Disponível em: <https://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c02.html>. Acesso em: 9 set.2023.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1945].

KÖLN, Ernest von Hippel. El concepto de la teoría general del estado y el problema del estado de derecho. **Revista de Estudios Políticos**, n.90, p.3-34, 1956. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129132>. Acesso em: 9 set.2023.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=981941>. Acesso em: 9 set.2023.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1964.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. 2007. 418 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3525>. Acesso em: 5 set.2023.

MATSUI, Hiroe. **The making of Meiji Japan and Lorenz von Stein**. 2018. Disponível em: https://teapot.lib.ocha.ac.jp/record/41492/files/k_240_ji_yoshi_gai.pdf. Acesso em: 9 set.2023.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Wmf Martins Fontes Pod, 2009.

REZENDE, Gabriel. A máquina de Menelick. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v.9, n.2, p.183-195, maio/ago.2017. Disponível em: <http://doi.org/10.4013/rechtd.2017.92.09>. Acesso em: 9 set.2023.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o Direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2011b.

SEEWALD, Otfried. **Allgemeine Staatslehre**: skript. Passau: Universität Passau, 2007. Disponível em: https://www.jura.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/fakultaeten/jura/lehrstuehle/dederer/skript_staatslehre_07_seewald.pdf. Acesso em: 9 set.2023.

SIQUEIRA, Patrícia Amaral; MELLO, Thiago de. Ideologia: conceitos. **Globo Educação: Sociologia**. 2015. Disponível em: <http://educacao.globo.com/sociologia/assunto/conflitos-e-vida-em-sociedade/ideologia.html>. Acesso em: 9 set.2023.