

A FUNDAÇÃO DO IMPÉRIO ALEMÃO HÁ 150 ANOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA¹

Christian Waldhoff

Professor de Direito Público e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade Humboldt de Berlim/Alemanha.

Resumo: O artigo aborda os elementos essenciais da fundação do Império Alemão em 1871, sob a perspectiva histórica e jurídico-constitucional, em alusão à obra intitulada “História Constitucional da Alemanha – da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental”, publicada recentemente no Brasil pelos autores Ingo Wolfgang Sarlet e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. São tematizados os principais aspectos históricos e jurídicos que engendraram o Império Alemão sob a liderança de Otto von Bismarck, máxime na sua acepção de Estado Nacional, com a análise dos elementos que influenciaram a história subsequente alemã, com destaque para o surgimento da República, a partir da promulgação da Constituição de Weimar em 1919, e para o advento da Lei Fundamental de 1949 e a configuração atual do Estado e do federalismo alemão.

Palavras-chave: História Constitucional. Alemanha. Império. Federalismo. Estado Nacional.

Sumário: **1** Antigo Império – **2** Confederação Germânica – **3** Confederação da Alemanha do Norte e fundação do Estado federativo – **4** Fundação do Império – **5** Relativização da distinção entre federação de Estados/Estado federativo no presente – A União Europeia como associação de Estados – **6** A identidade do Estado alemão – **7** A disputa em torno do ocaso do Império Alemão em 1945 – **8** A questão da relação entre Estado e Constituição do ponto de vista da teoria constitucional e da dogmática jusconstitucional – **9** Efeito contínuo da Constituição de Bismarck e antítipos – Referências

É uma grande honra para mim poder apresentar hoje uma obra sobre a história constitucional da Alemanha escrita no Brasil por dois autores brasileiros.² São eles os professores Ingo Wolfgang Sarlet e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, conhecedores da história da Alemanha e do Direito Constitucional alemão, ligados à Alemanha tanto científica quanto mentalmente. A capa do livro mostra o prédio do *Reichstag* do ano de 1994 em seu estado atual e uma foto de uma sessão da Assembleia Nacional Constituinte em Weimar em 1919. O prédio conecta a

¹ Texto relativo à conferência ministrada, na forma de videoconferência, no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, em 17.08.2021, em parceria com a Escola de Humanidades da PUCRS, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS e Centro de Estudos Europeus e Alemães – CDEA. O texto foi acrescido de notas de rodapé, mantendo, contudo, a forma e conteúdo da versão apresentada oralmente.

² Veja SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Fênix, 2021.

época de seu surgimento – o Império de 1871 fundado por Bismarck – com a atualidade da República Federal da Alemanha e sua Lei Fundamental. O ano de 1919 liga essas duas épocas:³ o Estado Nacional alemão fundado em 1871 é democratizado por uma revolução em 1918 e se torna definitivamente um Estado constitucional por meio da Constituição de Weimar de 1919.⁴ Após a catástrofe do nacional-socialismo, em Bonn se retoma inicialmente Weimar e se funda o agora bem-sucedido Estado alemão da Lei Fundamental.

No que se segue irei tratar da fundação do Império, que celebra um jubileu em 2021, narrando a história prévia e descrevendo o pano de fundo e o desenvolvimento posterior.

Os jubileus da Constituição não param. Em 2019 a Constituição de Weimar esteve inteiramente em primeiro plano.⁵ Paralelamente a isso, foram celebrados os 70 anos da Lei Fundamental. Em 2021, a fundação do Império alemão e a criação da Constituição imperial fazem 150 anos:⁶ em 18 de janeiro de 1871 – que mais tarde passou a ser chamado de dia da fundação do Império – na Galeria dos Espelhos do Castelo de Versalhes, o rei prussiano Guilherme I foi proclamado imperador alemão pelos monarcas e dinastas alemães. Quase todas as estudantes e todos os estudantes de Direito conhecem o quadro do pintor da corte Anton von Werner, que até hoje é regularmente reproduzido nos livros escolares de História. A Constituição imperial se seguiu em 16 de abril de 1871. Ainda hoje o Tribunal Constitucional Federal retoma, principalmente na interpretação das definições das competências federais da Lei Fundamental, os respectivos conceitos da Constituição imperial de 1871.⁷

O Império de 1871 foi muitas coisas ao mesmo tempo: Estado federativo, Estado constitucional, Estado imperial, Estado da hegemonia prussiana, Estado de poder e militar, mas principalmente um Estado nacional. Não posso fazer aqui uma avaliação abrangente do Império; o fato de que entre 1871 e 1918 tenham ocorrido modernizações na economia e sociedade cujos efeitos são impressionantes até na atualidade só pode ser evocado aqui como lembrete.⁸

³ Quanto à história do Parlamento de Weimar, v. AUSTERMANN, Philipp. *Der Weimarer Reichstag*, 2020.

⁴ Um panorama dessa questão se encontra em WALDHOFF, Christian. *Weimar als Argument. Juristische Schulung*, p. 737 ss., 2017.

⁵ DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian. *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, 2018; DI FABIO, Udo. *Die Weimarer Verfassung – Aufbruch und Scheitern*, 2018; GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung: Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, 2018; DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (ed.). *Weimars Verfassung: Eine Bilanz nach 100 Jahren*, 2020.

⁶ Quanto a isso, v., p. ex., WEGENER, Bernhard. *Glanz und Elend der Reichsverfassung von 1871. Jura*, p. 347 ss., 2021; WALDHOFF, Christian. *Vom Bismarckreich zu den "Reichsbürgern". Juristische Schulung*, p. 289 ss., 2021.

⁷ Exemplarmente em BVerfGE 61, 149 (174 ss.) – Lei da Responsabilidade do Estado.

⁸ NIPPERDEY, Thomas. *Deutsche Geschichte 1866-1918*. 1998, v. 2, p. 80.

Para a história do federalismo na Alemanha e, por conseguinte, para a compreensão do Estado federativo da Lei Fundamental, os eventos que tiveram lugar em 1867/1871 são de importância central.⁹ Isso será mostrado no que se segue com base em uma breve história de seu desenvolvimento.

1 Antigo Império

A constituição na Europa central, aquilo que mais tarde será designado como “alemão” ou “Alemanha”, não é tão simples de apreender como o desenvolvimento que ocorreu nos Estados ocidentais França, Inglaterra ou Espanha. Esses países tinham percorrido uma trajetória mais ou menos contínua da Idade Média até o século XIX. Na Europa central existiu desde aproximadamente 900 até 1806 o – mais tarde assim chamado – Sacro Império Romano-Germânico.¹⁰ Em 1806, o imperador Francisco II renunciou à coroa de imperador e dissolveu o Império – que, de qualquer modo, ameaçava perder sua função por causa de Napoleão.¹¹ Fala-se atualmente do “Antigo Império” para distingui-lo do (segundo) Império, o de Bismarck, de 1871. Esse Antigo Império nunca foi, ele próprio, um Estado na acepção moderna do termo, e sim uma estrutura – de difícil classificação – de numerosos territórios de grandes, médias e pequenas dimensões, tendo (desde 1356) os sete principados eleitorais bem como um rei alemão eleito – que geralmente também era imperador – à frente.¹² Em especial, esse império não se enquadra na distinção moderna entre Federação de Estados e Estado Federativo. A mais famosa formulação para descrever o Antigo Império do ponto de vista do Direito Público é do teórico do Direito Natural Samuel Pufendorf: em 1667, ele escreveu que o Império é um “*monstrum simile*”, um monstro de difícil compreensão.¹³ Apesar disso, o fato de tal estrutura federativa ter existido durante 900 anos foi essencial para que posteriormente toda formação de um Estado central na Alemanha só pudesse ocorrer de modo federativo. No início do século XIX, a Inglaterra, França e Espanha já eram Estados nacionais e tinham uma organização

⁹ Uma exposição completa se encontra em FUNK, Albert. *Kleine Geschichte des Föderalismus: Vom Fürstenbund zur Bundesrepublik*, 2010.

¹⁰ Quanto ao nome do Antigo Império, v. WILLOWEIT, Dietmar; SCHLINKER, Steffen. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 8. ed. 2019, §9, 2 s.

¹¹ Cf., p. ex., FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 18. ed. 2019, §6.

¹² Outra opinião em SCHMIDT, Georg. *Geschichte des Alten Reiches*, 1999; em contraposição a ela, STOLLBERG-RIELINGER, Barbara. *Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation*. 6. ed. 2018.

¹³ Em seu texto “De statu imperii”, escrito sob o pseudônimo de Severinus de Monzambano; quanto a isso, v., p. ex., WILLOWEIT; SCHLINKER, 2019 (*supra* nota 10), §22, 15; quanto a Pufendorf (1632-1694), KLEINHEYER, Gerhard; SCHRÖDER, Jan. *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*. 5. ed. 2008, p. 349 ss.

centralizada. A principal diferença para com o desenvolvimento na esfera alemã consistiu em que desde a Idade Média tardia e o início da Idade Moderna o Estado moderno começou a se formar em nível territorial: Brandemburgo-Prússia, Baviera, Württemberg, etc. se tornaram Estados territoriais modernos em um processo de duração mais longa.¹⁴ O próprio Império manteve sua singularidade e irregularidade de difícil descrição.

2 Confederação Germânica

O reordenamento da Europa ocorreu, após a vitória definitiva sobre Napoleão, no Congresso de Viena em 1815. Nenhuma das grandes potências (Inglaterra, França, Rússia) tinha interesse em que no continente se formasse centralmente mais um Estado nacional moderno, mais uma grande potência. Também as principais potências alemãs, a Áustria e a Prússia, perseguiram seus próprios interesses, que àquela altura de modo algum consistiam na formação de um Estado nacional alemão. O resultado disso foi uma federação estatal sem muita coesão, a Confederação Germânica. Os Atos Federais de 1815 e os Atos Finais de Viena de 1820 são os tratados (de Direito Internacional) da fundação dessa confederação. Confederação de Estados significava que os Estados-membros mantinham, em princípio, sua soberania – também em termos de Direito Internacional – e podiam celebrar alianças com potências estrangeiras. É neles que se concentrava o poder estatal.

3 Confederação da Alemanha do Norte e fundação do Estado federativo

Após a revolução malsucedida de 1848/1849, que constituiu um malogro da fundação de um Estado nacional ou Estado federativo democrático, as tensões entre as duas principais potências da Confederação Germânica, a Áustria e a Prússia, aumentaram continuamente.¹⁵ O ensejo para uma confrontação bélica foi a administração conjunta de Schleswig e Holstein após a Guerra dos Ducados ou Guerra Dinamarquesa de 1864. A Prússia invadiu por conta própria partes do território que deveria ser administrado pela Áustria; depois que se tinha resolvido recorrer à “execução da confederação” [direito de intervenção militar em caso de violação

¹⁴ REINHARD, Wolfgang. *Geschichte der Staatsgewalt*, 1999, p. 52 ss.

¹⁵ Quanto ao que se segue, v. WALDHOFF, 2021 (nota 6).

da Confederação por um Estado-membro], a Prússia abandonou a Confederação Germânica. A guerra entre Prússia e Áustria que se seguiu terminou rapidamente com a vitória prussiana na batalha de Königgrätz em 3 de julho de 1866. Com isso ficou livre o caminho encetado por Bismarck para um Estado nacional “alemão de pequenas dimensões” sob a liderança da Prússia e exclusão da Áustria. Em 1866, a Prússia anexou aliados importantes da Áustria, como Hanover ou o Eleitorado de Hesse. Em 1867, 15 Estados, inicialmente, se juntaram para formar a Confederação da Alemanha do Norte. Esta foi concebida desde o início como solução transitória. Os membros da Confederação assumiram o compromisso de elaborar uma Constituição federal, que, sob a influência decisiva de Bismarck, já antecipou elementos essenciais da Constituição imperial de 1871.

4 Fundação do Império

Para quebrar a resistência da França e dos Estados do sul da Alemanha à fundação de um Estado nacional, Bismarck, como primeiro-ministro prussiano, ministro prussiano de Relações Exteriores e chanceler da Confederação da Alemanha do Norte, aproveitou-se de tensões entre a Prússia e a França e conseguiu, em uma obra-prima de diplomacia, provocar a França para uma declaração de guerra.¹⁶

Os Estados do sul da Alemanha, Baviera, Württemberg e Baden participaram dessa guerra segundo as alianças de proteção e resistência celebradas com a Confederação do Norte da Alemanha; em conjunto, conseguiu-se derrotar o exército francês junto a Sedan em 2 de setembro, prender Napoleão III e, mais tarde, tomar Paris. A unificação alemã ocorreu, então, através dos chamados Tratados de Novembro, com os quais os Estados alemães que ainda estavam faltando aderiram, *de facto*, à Confederação do Norte da Alemanha. Os respectivos parlamentos territoriais aprovaram esses tratados. A Constituição foi emendada, entrando em vigor a partir de 1º de janeiro de 1871, e o Estado federativo então surgido foi chamado de “Império Alemão”. A Dieta Imperial da Confederação do Norte da Alemanha ofereceu a coroa de imperador a Guilherme I. A dominância da Prússia se evidenciou não só pelo fato de o rei prussiano assumir a presidência da confederação e receber o título de “imperador alemão”, mas também porque a data da proclamação do imperador, na Galeria dos Espelhos de Versalhes, foi marcada para 18 de janeiro de 1871, o dia da coroação do primeiro rei da Prússia.¹⁷

¹⁶ Quanto aos detalhes, v. WILLOWEIT; SCHLINKER, 2019 (nota 10), §34, 6; FROTSCHER; PIEROTH, 2019 (nota 11), 402 ss.

¹⁷ FROTSCHER; PIEROTH, 2019 (nota 11), 404.

Essa fundação de confederação e Estado nacional não constituía a continuação das ideias liberais e democráticas que desembocaram na Revolução de 1848, mas se deu, segundo uma conhecida palavra de Bismarck, por “sangue e ferro” como pura fundação efetuada por dinastas e como resultado de uma guerra. Embora os cidadãos pouco participassem politicamente, não se pode deixar de perceber que a criação do Estado correspondia ao forte movimento nacional a partir do início do século XIX e provocou entusiasmo em muitos. A historiografia nacional-liberal contemporânea começou a descrever a história da Prússia e até da Alemanha de modo geral como caminhada para esse triunfo e a desacreditar todos os eventos contrários – como, p. ex., a Paz da Westfália de 1648, assim como o Antigo Império em seu conjunto. A unificação nacional¹⁸ era, além do fato de que agora existia uma Constituição da Alemanha toda, o único objetivo da Revolução de 1848, que foi atingido cerca de 20 anos depois. Os resultados políticos foram condensados na Constituição do Império Alemão de 16 de abril de 1871, aprovada com maioria avassaladora pela Dieta Imperial, e ela entrou em vigor em 4 de maio do mesmo ano, depois do assentimento do Conselho Federal e de ser emitida e proclamada pelo imperador. Essa Constituição só foi varrida do mapa pela Revolução de Novembro de 1918.¹⁹

Com as designações “Império Alemão” e “imperador alemão” se retomou, com forte carga simbólica, uma terminologia tradicional com conotações positivas.²⁰ Mas o que quer dizer essa designação? Não havia qualquer continuidade em termos de Direito Público ou de política com o Antigo Império antes de 1806. Este tinha se referido ao Império Romano da Antiguidade Tardia e – como mostra o adjetivo “sacro” – incluído elementos sacros em sua legitimação.²¹ Por outro lado, quando após a guerra, em 1866, a Prússia anexou numerosas outras monarquias, princípios de legitimidade monárquica foram passados soberanamente para segundo plano em favor da política calcada no poder.

No preâmbulo da Constituição de 1871 fica claro que a fundação do Império foi, na prática, uma confederação de dinastas:

Sua Majestade o rei da Prússia, em nome da Confederação da Alemanha do Norte, de Sua Majestade o rei da Baviera, Sua Majestade o rei de Württemberg, Sua Alteza Real o grão-duque de Baden, Sua Alteza Real o

¹⁸ Quanto à ideia do Estado nacional no século XIX, v. DANN, Otto. *Nation und Nationalismus in Deutschland*, 1994.

¹⁹ WALDHOFF, 2017 (nota 4), p. 738.

²⁰ WILLOWEIT; SCHLINKER, 2019 (nota 10), §34, 12; a designação “imperador da Alemanha” na acepção de um monarca do Império teria relativizado o caráter estatal próprio dos Estados da Confederação e foi evitada por essa razão.

²¹ Detalhes em *ib.*, §9, 1 ss.

grão-duque de Hesse e do Reno pelas partes do Grão-Ducado de Hesse situadas ao sul do Reno celebram uma aliança perpétua para a proteção do território da Confederação e do direito em vigor dentro dela, bem como para a promoção do bem-estar do povo alemão [...].

Ainda assim, a dimensão do Estado nacional fica visível na menção do “povo alemão”. Assim, a legitimidade dos dinastas se associou à influente ideia do Estado Nacional.²² Esse Estado, fundado pela primeira vez em 1867 e ampliado em 1871 para formar o Império, é o Estado em que vivemos atualmente e é constituído pela Lei Fundamental desde 1949.

5 Relativização da distinção entre federação de Estados/ Estado federativo no presente – A União Europeia como associação de Estados

A distinção e delimitação entre federação de Estados e Estado federativo parece plausível e até imperiosa. Entretanto, ela só existiu para uma determinada época histórica. Já tínhamos visto que o Antigo Império justamente não podia ser apreendido com essa distinção. Importante é que, na atualidade, a qualificação jurídica da União Europeia coloca problemas semelhantes: ela certamente não é (ainda) um Estado federativo, mas, com sua estrutura supranacional e suas competências entrementes amplas, já superou há muito o estágio de uma Federação de Estados. Em 1993, em sua decisão sobre o Tratado de Maastricht, o Tribunal Constitucional Federal encontrou a saída para evitar esse dilema pela introdução de uma nova terminologia e se referiu à União Europeia como uma “associação de Estados”.²³

6 A identidade do Estado alemão

A partir de 1871 o Estado alemão se chamou “Império Alemão”. Até a capitulação incondicional no fim da 2ª Guerra Mundial em maio de 1945, ninguém teria tido a ideia de duvidar da legitimidade desse Estado – mesmo que, em 1918, após a derrota na 1ª Guerra Mundial uma revolução tivesse feito desaparecer a monarquia e o fundamento da legitimidade do poder estatal tivesse sido transferido para

²² Quanto aos problemas de legitimação daí resultantes, v. *ib.*, §9, 1 ss.

²³ BVerfGE 89, 155 (181) – Maastricht.

o princípio da soberania do povo.²⁴ A Constituição de Weimar foi o resultado da revolução. Em contraposição a isso, o significado dos eventos de 1945 em termos de Direito Público e Internacional não estava claro inicialmente e foi controvertido durante muito tempo. Mais tarde se disseminou o discurso segundo o qual a República Federal da Alemanha seria “sucessora jurídica” do Império Alemão. Isso é, no mínimo, equívoco, pois – como se haverá de mostrar – a República Federal é o Estado que até 1945 se chamava Império Alemão. Caso se concorde, junto com a opinião bem predominante, com a tese da continuidade estatal, na Alemanha não teve lugar, desde 1867/1871, uma fundação de um Estado, mas ocorreram, mediante a criação de novas Constituições, várias reconstituições de um Estado que continuou a existir. Assim, o problema da continuidade estatal e da cesura jusconstitucional mostra ser um problema especificamente alemão.²⁵

7 A disputa em torno do ocaso do Império Alemão em 1945

A derrota militar da Alemanha foi selada com a capitulação incondicional das Forças Armadas em 7 e 8 de maio de 1945. Por meio da Declaração de Berlim de 5 de junho de 1945, as potências aliadas vencedoras assumiram o poder governamental supremo e abriram mão de uma anexação da Alemanha. A Conferência de Potsdam, em julho/agosto de 1945, reconheceu expressamente, no Acordo de Potsdam de 2 de agosto de 1945, a continuidade da existência do Estado alemão, mas estabeleceu um *status* especial para Berlim.²⁶ Também a Lei Fundamental – a Constituição alemã – partiu, ao que tudo indica, dessa situação jurídica. O preâmbulo, na versão original, continha expressamente um imperativo de reunificação, ao qual o Tribunal Constitucional Federal sempre atribuiu efetividade jurídica plena. Também o caráter da nova ordem estatal reconstituída pela Lei Fundamental foi visto explicitamente como transicional, e o Conselho Parlamentar formulou que se “agiu também por aqueles alemães cuja participação foi vedada”. Em 1955, o regime de ocupação foi desfeito com o Tratado da Alemanha, mas para a “Alemanha como um todo” continuaram a existir, até 1990, direitos das quatro potências aliadas vencedoras da 2ª Guerra Mundial. Isso se referia ao Estado “Império Alemão”, que, porém, não foi mais assim designado em documentos

²⁴ Cf. GEIGER, Rudolf. *Staatsrecht III*. 7. ed. 2018, p. 43.

²⁵ MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. 2000, p. 136 s.

²⁶ Quanto aos eventos e documentos, v. STOLLEIS, Michael. *Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 1. 3. ed. 2003, §7, 21 ss.

oficiais já desde os anos 1950. Os Aliados falavam de Estado em seu conjunto ou “Alemanha como um todo”.

Na teoria do Direito Público (da Alemanha Ocidental) se impôs rapidamente a concepção de que o Estado alemão não tinha acabado como tal.²⁷ Com isso, as potências vencedoras e de ocupação estavam vinculadas a um determinado marco jurídico (do Direito Internacional). Disso também dependiam as margens de manobra alemãs do pós-guerra. Ao mesmo tempo, só assim se podia assumir responsabilidade pelos horríveis acontecimentos precedentes – desde dívidas financeiras, passando por questões de indenização, até responsabilidade moral. O mais importante adversário dessa concepção – mas em grande parte sem ressonância na Alemanha – foi Hans Kelsen, exilado nos Estados Unidos.²⁸ Na própria República Federal da Alemanha, a ideia do ocaso do Império foi defendida, p. ex., pelo teórico marxista do Direito Público Wolfgang Abendroth²⁹ ou por Hans Nawiasky,³⁰ discípulo bávaro de Kelsen. O Tribunal Constitucional Federal também sempre defendeu a tese de que os eventos de 1945 não haviam acarretado o ocaso do Estado.³¹ Isso foi detalhado na decisão sobre o Tratado Básico [sobre as relações entre a República Federal de Alemanha e a República Democrática Alemã] de 1973:

A Lei Fundamental – não apenas uma tese da teoria do Direito Internacional e do Direito Público! – pressupõe que o Império Alemão continuou existindo depois do colapso de 1945 e não acabou nem com a capitulação, nem com o exercício de poder estatal estrangeiro na Alemanha por parte das potências de ocupação aliadas, nem mais tarde; isso se depreende do Preâmbulo, do Art. 16, Art. 23, Art. 116 e Art. 146 da Lei Fundamental. Isso também corresponde à jurisprudência constante do Tribunal Constitucional Federal, à qual a Câmara se atém. O Império Alemão continua existindo [...], continua tendo capacidade jurídica, mas, como Estado em seu conjunto, não tem, ele próprio, capacidade de ação por falta de organização, especialmente por falta de órgãos institucionalizados.³²

²⁷ Quanto à discussão, v. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*: Band 4. 2012, p. 32 ss.

²⁸ *American Journal of International Law*, v. 39, p. 518 ss., 1945.

²⁹ *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 13, 1955, p. 59 ss., no debate. ³⁰ *Ib.*, p. 64 ss.

³¹ BVerfGE 2, 277; 3, 319; 5, 126; 6, 338; visão abrangente da jurisprudência relevante se encontra em GRIGOLEIT, Klaus Joachim. *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage*, 2004.

³² BVerfGE 36, 1 (16); as normas da Lei Fundamental às quais se faz referência no texto são aquelas vigentes até as emendas constitucionais feitas em conexão com a reunificação.

8 A questão da relação entre Estado e Constituição do ponto de vista da teoria constitucional e da dogmática jusconstitucional

Por trás das controvérsias descritas se encontra também a questão fundamental acerca da relação entre Estado e Constituição. Quem estuda Direito deve ter se dado conta, já no início do curso, que às vezes se fala de Direito Público, outras de Direito Constitucional. Alguns manuais e obras de referência colocam no título o “Estado”,³³ outras a “Constituição”.³⁴ Isso tem a ver, na maioria dos casos, com convicções dos autores ou editores. A teoria proveniente do século XIX, tendencialmente estatista, pressupõe o Estado, que, eventualmente, é “constituído” por uma Constituição. Segundo ela, o Estado tem um “*prae*” [uma anterioridade]. Também em formulações de estilo proverbial como “A Constituição como ordem jurídica fundamental *do Estado*”³⁵ se expressa uma relação específica. As duas posições históricas mais conhecidas são de Georg Jellinek e Hans Kelsen. Não posso expor isso aqui.³⁶ Na atualidade se pode mencionar Josef Isensee como expoente da perspectiva mais estatista. Ele inicia sua contribuição determinante afirmando programaticamente que “também o Estado constitucional é Estado”.³⁷ A posição contrária – que se apoia em Rudolf Smend, e não em Kelsen – é encarnada, na República Federal da Alemanha, por Konrad Hesse, por exemplo.³⁸

9 Efeito contínuo da Constituição de Bismarck e antítipos

O jubileu da fundação do Império será aqui também o ensejo para examinarmos estruturas, instituições, figuras jurídicas e formas de pensamento que continuam atuantes desde a criação do Império. Iremos constatar que carregamos, consciente ou inconscientemente, alguns “fardos” do Império até o presente e que, em outras áreas, ocorreu um afastamento deliberado e explícito.

³³ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 5 v. 1977 ss.; ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12 v. 3. ed., 2003 ss.; BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 7. ed. 2018.

³⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. 1995; BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. ed. 1994; HERDEGEN, Matthias; MASING, Johannes; POSCHER, Ralf; GÄRDITZ, Klaus (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021.

³⁵ Esse é o título da tese de pós-doutorado do teórico suíço do Direito Público Werner Kâgi; itálico só neste caso.

³⁶ Detalhes em MÖLLERS, 2000 (nota 25), p. 12 ss., 36 ss.

³⁷ ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. 2. 3. ed. 2004, §15, 1.

³⁸ HESSE, 1995 (nota 34), 6: aqui o Estado é apresentado como função da Constituição.

9.1 Cultura constitucional – O dia da fundação do Império de 18 de janeiro

Ainda que no Império o feriado nacional fosse tudo menos inequívoco – o “aniversário do imperador” concorria, p. ex., com o Dia de Sedan de 2 de setembro –, na prática o 18 de janeiro adquiriu importância destacada como dia de fundação do Império. Ele lembrava a proclamação do imperador em Versalhes. Em comparação com isso, a própria Constituição de Bismarck acabou ficando em segundo plano. Foi fatal que a valorização do dia da fundação do Império também tenha se mantido na República de Weimar e o dia 11 de agosto como dia da Constituição de Weimar não tenha conseguido, em última análise, impor-se sobre o primeiro.³⁹ Esse é um dos numerosos indícios da baixa aceitação dessa Constituição e de sua difícil posição na esfera política e na opinião pública. O teórico do Direito Público Rudolf Smend percebeu o vácuo mental deixado para trás pelo ocaso da monarquia e tentou, com sua teoria da integração, posicionar a Constituição no devido lugar: a Constituição e o Direito Constitucional deveriam não só integrar o povo em uma unidade estatal,⁴⁰ e sim torná-los perceptíveis como ponto de integração. Na República Federal da Alemanha, o prestígio da Lei Fundamental é extraordinário, e o patriotismo nacional tradicional foi parcialmente substituído ou pelo menos complementado por um “patriotismo constitucional”.⁴¹ A isso se acrescenta uma identificação de traços diversificados com a ideia europeia.

9.2 Estatalidade federativa/federalismo

9.2.1 A construção e seus efeitos subsequentes

Como se constatou acima, em 1867/1871 se criou pela primeira vez na Alemanha um Estado federativo moderno. Tanto naquela ocasião quanto atualmente, a opinião dominante descreve, nesse contexto, a qualidade estatal do Estado em seu conjunto e dos membros desse Estado.⁴² Sob a Constituição de Bismarck, o Estado central era o Império, e na Constituição imperial os Estados-membros eram chamados de “Estados da Federação”. Que em 1871 a construção

³⁹ POSCHER, Ralf. *Der Verfassungstag*, 1999.

⁴⁰ Como abordagem moderna sob a Lei Fundamental, posição semelhante em HESSE, 1995 (nota 34), 5 ss.

⁴¹ Posição nuançada sobre a cultura constitucional sob a Lei Fundamental se encontra em WALDHOFF, Christian. *Das andere Grundgesetz: Gedanken zur Verfassungskultur*, 2019.

⁴² Sob a Lei Fundamental, p. ex., BVerfGE 36, 342 (360 s.); posição crítica em MÖLLERS, 2000 (nota 25), p. 350 ss.

do Estado de Direito da nova forma organizacional tivesse se disseminado claramente ou mesmo fosse incontestável é uma crença equivocada. O caráter de “federação” do novo Estado desafiava para discussões – até hoje, em última análise. Especialmente teóricos bávaros do Direito Público com inclinação acentuadamente federalista viam a soberania do novo Estado federativo nos Estados-membros na época chamados de “Estados da Federação”,⁴³ e até mesmo o principal teórico dessa área do Império, Paul Laband, propôs a seguinte formulação: “O portador da soberania do Império são todos os membros do Império, e não o imperador [...] membros do Império não são os cidadãos enquanto indivíduos e todos eles em conjunto tampouco são portadores do poder imperial; os membros do Império são, antes, os distintos Estados [...]”.⁴⁴ Olhando retrospectivamente, em tal análise os elementos unitários como o imperador, dotado de competências consideráveis, e particularmente a Dieta Imperial ficam prejudicados.

9.2.2 A separação de legislação e execução – O federalismo executivo

Sob a Lei Fundamental, a estatalidade federativa é caracterizada como federalismo executivo. Com isso se expressa a ideia de que a prioridade das competências legislativas reside na Federação, mas das competências administrativas nos Estados. Essa divisão das competências faz com que – diferentemente do que o ponto de partida nos EUA, p. ex. – a distribuição das competências ocorra segundo funções estatais – legislação, administração, atividade jurisdicional; no modelo contrário, para determinadas áreas todas essas três funções estão nas mãos de um nível. Segundo a Constituição de 1871, inicialmente quase não havia competências administrativas do Império. Aliás, faltavam regras gerais sobre administração ou execução. Entretanto, órgãos ou autoridades imperiais só se desenvolveram, ao longo dos anos, ao lado da Constituição. Desde a fundação do Império até o presente, então, as competências legislativas do Estado central se ampliaram constantemente. Com isso, por meio da primeira criação do Estado federativo se fundamentou o modelo alemão do federalismo executivo.

⁴³ Pormenores em STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. v. 2. 1992, p. 365 ss.

⁴⁴ Cit. ap. FROTSCHER; PIEROTH, 2019 (nota 11), 445.

9.2.3 A Câmara Alta do Parlamento Federal

Com a Câmara Alta se criou, pela Constituição de Bismarck, a forma da participação dos Estados-membros na formação das políticas do Estado como um todo que também se encontra hoje na Lei Fundamental. A Câmara Alta do Parlamento Federal também deveria substituir a administração imperial que estava faltando. Aqui se encontra a linha da tradição decisiva para a dominância dos Executivos estaduais no Estado federativo existente até hoje. Consoante a concepção de Bismarck, a Câmara Alta deveria se tornar o centro de poder do novo Estado. Na prática estatal do Império, contudo, até 1914 os órgãos unitários constituídos pela Dieta e pelo imperador ascenderam, por várias razões, à condição de verdadeiros centros de poder. A construção da “Câmara dos Estados”, a participação dos Estados na definição da vontade política, especialmente na legislação da Federação, ainda fazia parte, no Conselho Parlamentar, das grandes questões controversas quando da formulação da Lei Fundamental. O “modelo de Senado” – orientado pelo Senado norte-americano, pela Câmara de Representantes dos Cantões Suíços e na Constituição alemã de 1849 – concorria com o modelo tradicional alemão da Câmara Alta do Parlamento Federal que onerava o Poder Executivo. Este modelo mal e mal pôde se impor após uma disputa acirrada.⁴⁵ A inclusão um tanto imperfeita da Câmara Alta do Parlamento Federal na concepção de democracia da Lei Fundamental tem sido criticada com frequência.⁴⁶

9.3 A legitimação do poder estatal e sistema de governo

O preâmbulo acima citado da Constituição imperial mostra o Império como federação de dinastas. Tanto no preâmbulo da Constituição de Weimar quanto da Lei Fundamental se menciona como fundamento de legitimação de suas ordens constitucionais o povo e, por conseguinte, o princípio da soberania do povo. Quão pouco a formação do Estado nacional estava em harmonia com a legitimação de governo monárquico de outros países ou Estados particulares ficou claro, quando da criação do Império, com a figura da “Presidência do Reich”, pois o imperador como chefe de Estado justamente não podia se apoiar na ideia de “governante pela graça de Deus”, cautelosamente secularizada no princípio monárquico, em relação à Alemanha como um todo. No Direito Público do constitucionalismo alemão do século XIX, as leis surgiam pela cooperação

⁴⁵ FELDKAMP, Michael F. *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*. 1998, p. 70 ss.

⁴⁶ Isso fica claro em MÖLLERS, Christoph. *Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat*. In: AULEHNER, Josef *et al.* (ed.). *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997, p. 81 ss.

do monarca com a representação do povo.⁴⁷ A construção do Império a partir do Estado federativo teve como consequência que as leis do Império surgissem pela cooperação da Câmara Alta do Parlamento Federal como representação dos monarcas dos Estados-membros e da Dieta Imperial. Sob a Constituição de Weimar, a posição forte do imperador teve continuidade, sob premissas democráticas, nas funções do presidente do Império, que, não sem razão, foi designado como “imperador substituto” ou “monarca republicano”.⁴⁸ O presidente do Império tinha sido expressamente concebido como contrapeso à Dieta Imperial. Em Bonn, em 1949, as experiências feitas durante a época de Weimar levaram, então, à figura do presidente da República Federal que reproduzia funções importantes, mas estava amplamente destituída de competências.

9.4 Direitos fundamentais

Diferentemente das Constituições dos Estados-membros do século XIX, a Constituição imperial não continha um catálogo de direitos fundamentais. Na elaboração da Constituição, Bismarck não deu valor a isso e a burguesia liberal ainda tinha na memória as experiências negativas feitas com a Constituição de 1849, em que se conseguiu enraizar um catálogo de direitos fundamentais com efeito irradiante, mas a obra em seu conjunto fracassou por causa da demora causada pelo extenso debate parlamentar. Tão somente o chamado “indigenato”, isto é, em linguagem moderna, a nacionalidade, foi elaborado como direito. A proteção por meio de direitos fundamentais era garantida pelas Constituições dos Estados-membros,⁴⁹ mas sobretudo pela legislação, pois no constitucionalismo o legislador ainda não estava vinculado aos direitos fundamentais, o que se expressa inequivocamente sob a Lei Fundamental.

9.5 Teoria do Direito Público

De forma temporalmente paralela à fundação do Império, o método da teoria do Direito Público como ciência que trata do Estado e da Constituição passou por uma mudança fundamental.⁵⁰ Antes disso se tinha buscado o que se chamava de método da ciência do Estado, que não trabalhava de modo jurídico-dogmático –

⁴⁷ GRIMM, Dieter. *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*. 1988, p. 116 ss.

⁴⁸ KIELMANSEGG, Peter Graf. Der Reichspräsident – ein republikanischer Monarch? In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (ed.). *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*. 2018, p. 219 ss.

⁴⁹ Uma compilação dessas leis se encontra em FROTSCHER; PIEROTH, 2019 (nota 11), 453.

⁵⁰ Detalhes em STOLLEIS, 1992 (nota 43), p. 330 ss.

como a ciência do Direito Civil há muito já o fazia –, mas tendia a de fato descrever o Estado e a administração pública para obter a partir disso regras gerais para uma ação estatal apropriada e eficaz. Provenientes, não por acaso, do Direito Privado, Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband e, para o Direito Administrativo, Otto Mayer fundamentaram a teoria do Direito Público e do Direito Administrativo sob premissas normativas. A metodologia da ciência do Estado foi substituída por uma metodologia genuinamente jurídica, e disciplina foi desenvolvida dogmaticamente a partir das normas da Constituição. Com isso, o questionamento passou da descrição para a questão de como se deve organizar a ação legítima. Sob o positivismo juspúblico que determinava o tratamento científico da Constituição do Império, pretendia-se, então, radicalizando a nova abordagem, excluir do labor jurídico todos os enfoques históricos, filosóficos e sociológicos e transferi-los para a nova disciplina da “Teoria Geral do Estado”. O principal manual de Direito Público era a obra “Direito Público do Império Alemão”, com vários volumes, de Laband, publicada em diversas edições a partir de 1876, e a nova disciplina é representada pela “Teoria Geral do Estado” de Georg Jellinek, lançada em 1900. Hoje em dia se está ciente de que esse positivismo juspúblico, por mais apolítico que pretendesse ser exteriormente, visava, em última análise, estabilizar o sistema do Império e também o estabilizou.⁵¹ Após a revolução de 1918 e sob a Constituição de Weimar, os teóricos do Direito Público se conscientizaram em grau crescente de que o novo Direito Público também exigia uma nova metodologia. Na famosa disputa dos “defensores do método e dos da direção” entre os chamados positivistas e antipositivistas na época de Weimar – um ponto culminante do Direito Público na Alemanha – se desenhou o afastamento desse ideal de ciência. Sob a Lei Fundamental predomina um enriquecimento metodologicamente controlado da dogmática do Direito Constitucional com percepções extrajurídicas.⁵²

Neste ponto termina minha exposição da história constitucional alemã. Gostaria de retomar mais uma vez o início da minha palestra. Não é algo óbvio que no Brasil exista interesse pela história constitucional alemã. Isso é uma grande alegria para mim como alemão. Minha abordagem do Estado e da Constituição sempre foi fortemente histórico. Durante quatro anos fui membro da “Associação de História Constitucional”, em que, a cada dois anos, reúnem-se na Alemanha, para um congresso científico, juristas, historiadores e arquivistas que se ocupam com a história constitucional. Em novembro, por ocasião do próximo congresso, irei falar sobre o livro aqui apresentado. Desejo ao livro de Ingo Wolfgang Sarlet e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy uma ampla disseminação e muito sucesso!

⁵¹ OERTZEN, Peter von. *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974.

⁵² Como pontos de referência, v., p. ex., STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. v. 1. 2. ed. 1984, p. 20 ss.; HESSE, 1995 (nota 34), §2.

The founding of the German Empire 150 years ago and its significance for German constitutional history

Abstract: The article addresses the essential elements of the foundation of the German Empire in 1871 from a historical and legal-constitutional perspective in reference to the work entitled Constitutional History of Germany - from the Constitution of the Church of São Paulo to the German Basic Law, recently published in Brazil by the authors Ingo Wolfgang Sarlet and Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. The main historical and legal aspects that engendered the German Empire under Otto von Bismarck's leadership are discussed, especially in relation to the Nation State, with the analysis of the elements that influenced the subsequent German history, with emphasis on the emergence of the Republic from the promulgation of the Weimar Constitution in 1919, and the advent of the Basic Law of 1949 and the current configuration of the German State and federalism.

Keywords: Constitutional History. Germany. Empire. Federalism. Nation State.

Contents: **1** Ancient Empire – **2** Germanic Confederation – **3** North Germany Confederation and establishment of the federative state – **4** The establishment of the Empire – **5** Relativizing the distinction between federation of states and the present federative state – The European Union as an association of states – **6** The identity of the German state – **7** The dispute surrounding the fall of the German Empire in 1945 – **8** The issue of the relationship between state and constitution from the point of view of constitutional theory and constitutional dogmatics – **9** Continuous effect of the Bismarck constitution and anti-types – References

Referências

- AUSTERMANN, Philipp. *Der Weimarer Reichstag*, 2020.
- BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 7. ed. 2018.
- BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. ed. 1994.
- DI FABIO, Udo. *Die Weimarer Verfassung – Aufbruch und Scheitern*, 2018.
- DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (ed.). *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*. 2018.
- DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (ed.). *Weimars Verfassung: Eine Bilanz nach 100 Jahren*, 2020.
- FELDKAMP, Michael F. *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*. 1998.
- FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*. 18. ed. 2019.
- FUNK, Albert. *Kleine Geschichte des Föderalismus: Vom Fürstenbund zur Bundesrepublik*, 2010.
- GEIGER, Rudolf. *Staatsrecht III*. 7. ed. 2018.
- GRIGOLEIT, Klaus Joachim. *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage*, 2004.
- GRIMM, Dieter. *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*. 1988.
- GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung: Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, 2018.
- HERDEGEN, Matthias; MASING, Johannes; POSCHER, Ralf; GÄRDITZ, Klaus (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. 1995.
- ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. 2. 3. ed. 2004.

- ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12 v. 3. ed., 2003.
- KELSEN, Hans. The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals. *American Journal of International Law*, v. 39, p. 518 ss., 1945.
- KIELMANSEGG, Peter Graf. Der Reichspräsident – ein republikanischer Monarch? In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (ed.). *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*. 2018.
- KLEINHEYER, Gerhard; SCHRÖDER, Jan. *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*. 5. ed. 2008.
- MÖLLERS, Christoph. Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat. In: AULEHNER, Josef et al. (ed.). *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997.
- MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. 2000.
- NIPPERDEY, Thomas. *Deutsche Geschichte 1866-1918*. 1998.
- OERTZEN, Peter von. *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974.
- POSCHER, Ralf. *Der Verfassungstag*, 1999.
- REINHARD, Wolfgang. *Geschichte der Staatsgewalt*, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha: Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Fênix, 2021.
- SCHMIDT, Georg. *Geschichte des Alten Reiches*, 1999.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 5 v. 1977.
- STOLLBERG-RIELINGER, Barbara. *Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation*. 6. ed. 2018.
- STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. v. 2. 1992.
- STOLLEIS, Michael. Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*: Bd. 1. 3. ed. 2003.
- Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 13, 1955.
- WALDHOFF, Christian. *Das andere Grundgesetz: Gedanken zur Verfassungskultur*, 2019.
- WALDHOFF, Christian. Weimar als Argument. *Juristische Schulung*, p. 737 ss., 2017.
- WALDHOFF, Christian. Vom Bismarckreich zu den "Reichsbürgern". *Juristische Schulung*, p. 289 ss., 2021.
- WEGENER, Bernhard. Glanz und Elend der Reichsverfassung von 1871. *Jura*, p. 347 ss., 2021;
- WILLOWEIT, Dietmar; SCHLINKER, Steffen. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 8. ed. 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WALDHOFF, Christian. A fundação do Império Alemão há 150 anos e sua importância para a história constitucional da Alemanha. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 47-63, jul./dez. 2022.

Recebido em: 12.12.2022

Aprovado em: 02.01.2023

Cota convite