

CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DE SEU CONCEITO; Distinção conceitual e sua aplicabilidade normativa.[\[1\]](#)

Pedro Henrique Holanda e Jailson Martins²

Ísis Boll Bastos³

Sumário:1- *Introdução*; 2- *A Constituição: sua teoria, sua noção* ;3 - *Canotilho e sua visão de Constituição*; 4- *A força normativa da Constituição numa visão de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale*; 4.1- *Conclusão entre os constitucionalistas Hesse e Lassale*; 5- *Considerações finais*.

Resumo: Ao se estudar a Constituição, será necessário apontar os caminhos, partindo da noção de Constituição, para que assim, se consiga formular uma distinção de seus conceitos. As teorias da democracia também serão postas em questão com base em Canotilho, já que para a formulação de uma Constituição, a democracia tem papel essencial. Será exposto também a aplicabilidade normativa e a eficácia da Constituição, descrita por Konrad Hesse, fazendo um confronto com a ideia sociológica de Ferdinand Lassale.

Palavras-chave: Constituição; Aplicabilidade normativa; Democracia.

1. INTRODUÇÃO:

Inicialmente a pesquisa tem toda importância de fazer críticas e reflexões sobre o conceito de Constituição contemporânea, fazer uma comparação com os diversos conceitos formulados e defendidos por constitucionalistas, em especial Konrad Hesse e o professor Canotilho.

Com base nos pensamentos de Canotilho, o segundo momento da pesquisa aborda conceitos históricos e modernos de Constituição, buscando uma aproximação com as teorias da democracia. Também em seu livro *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador* no qual buscava afastar de vez as dúvidas quanto à inquestionável aplicabilidade das normas ditas programáticas. Criando também novos conceitos em relação às teorias de constituição então existentes.

Na terceira parte com abordagem nas teorias de Hesse e tendo como base o seu livro *A força normativa da Constituição*, faz-se um confronto de ideias com Lassale na busca de um novo conceito de Constituição contemporânea. Hesse afirma que a Constituição tem que ser baseada no presente para a obtenção de eficácia e ainda destaca a chamada vontade de Constituição em que se verifica uma tendência do comportamento humano de acordo com a ordem constitucional estabelecida.

1. A CONSTITUIÇÃO: SUA TEORIA, SUA NOÇÃO

Ao falar sobre a Constituição, é preciso abordar na sua descendência, como ela pode ser formada, em que período ela deve ser formada, qual a prioridade principal. A partir da Teoria da Constituição, Noção de Constituição chegar à essência da Constituição e relacionar aos sentidos tradicionais, principais da Constituição.

A Constituição expressa os direitos do povo, na Constituição brasileira, por exemplo, no Art. 1º dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se por um Estado democrático de direito e possui cinco fundamentos (a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o processo jurídico). Sua principal prioridade é defender os direitos de cada um, formada para manter o equilíbrio da nação, intervir quando necessário e pertencer a um Estado democrático de direitos.

A *teoria da constituição*, para Uadi L. Bulos é o conjunto de categorias dogmático-científicas que possibilitam o estudo dos aparelhos conceituais e dos métodos de conhecimento da lei fundamental do Estado (p. 99).

Seu principal objetivo é esclarecer as dificuldades que são encontradas, oriundas da política estatal e do Direito Constitucional.

A teoria da Constituição ajuda, dá o suporte do porquê da Constituição, o que ela representa para o cenário público. Contou com a contribuição marcante, entre 1920 – 1930, de homens como Carl Schmitt, Hans Kelsen etc., para desenvolver a Teoria da Constituição com traços do constitucionalismo liberal, explicando temas econômicos, políticos e sociais.

Atualmente, Canotilho deu 3 (três) sentidos para a Teoria da Constituição em sua obra, *Direito Constitucional e teoria da constituição*: “(1) como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma Constituição nos momentos constitucionais; (2) como fonte de descoberta das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários modelos constitucionais; (3) como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais, procurando evitar que os seus prejuízos e pré-conceitos jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos e éticos afetem a racionalidade e razoabilidade indispensáveis à observação da rede de complexidade do estado de direito democrático-constitucional” (p. 1188-1189).

Na teoria da Constituição existem princípios desenvolvidos ao longo do tempo, como a noção de constituição. Uadi L. Bulos comenta, assim:

“*Constituição* é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder” (2011, p. 100).

Uadi L. Bulos ainda diz que a Constituição traduz por um conjunto de normas jurídicas que fundam os direitos, garantias, deveres do cidadão, funcionando como uma lei fundamental da sociedade. Caracteriza a noção plurívoca da Constituição.

A Constituição possui três sentidos tradicionais, vistas por Uadi L. Bulos. A primeira é a Constituição sociológica, defendida por Ferdinand Lassale. Em que ele se apoiava nos *fatores reais do poder*, que para Lassale, designariam na força ativa de todas as leis da sociedade. Então, uma Constituição sem fatores reais de poder, seria uma mera folha de papel. Lassale complementa que uma Constituição boa é aquela que equivalesse à constituição real.

A segunda é a Constituição jurídica, defendida por Hans Kelsen. Kelsen analisou por outros sentidos, “aduziu que toda função do Estado é uma função de criação de normas jurídicas” (BULOS, p. 103). Em sua obra, *Teoria pura do direito*, Kelsen

demonstrou que as funções do Estado correspondem a um processo evolutivo e graduado de criação de normas jurídicas. Ele diz que há uma hierarquia dos diferentes graus do processo criador do Direito (KELSEN Apud BULOS).

A terceira, para finalizar, é a Constituição política, defendida por Carl Schmitt. Em que ele, se fundou no “decisionismo”. Para Schmitt, a Constituição é fruto de uma decisão política fundamental, oriunda do modo e a forma da unidade política. Para ele, só existiria noção Constituição, se Constituição se distinguisse de lei constitucional. “Para os adeptos desse pensamento, *Constituição* é o conjunto de normas que dizem respeito a uma decisão política fundamental” (BULOS, p. 104).

3- CANOTILHO E SUA VISÃO DE CONSTITUIÇÃO

José Gomes Canotilho é um importante jurista de Portugal que exerce enorme influência sobre o direito constitucional. Dentre suas obras, as que merecem destaque no decorrer da pesquisa são *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* e *Constituição Dirigente e a vinculação do legislador*.

Em sua obra *Constituição Dirigente*, Canotilho busca afastar as dúvidas quanto a inquestionável aplicabilidade das normas ditas programáticas. Segundo Jorge Miranda, as normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial - embora não único - o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vem a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo os tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, tem mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Ainda sobre as normas programáticas, o Professor José Afonso da Silva diz que são aquelas que traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, judiciário e administrativo) visando à realização dos fins sociais do Estado (Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 138).

Normas programáticas possuem eficácia não no momento de sua criação, mas em longo prazo. Necessitem de uma lei complementar ou ordinária que as regulamente. Ao contrário do que segue a linha de pensamento de alguns autores, as normas programáticas possuem sim efeito jurídico.

Canotilho em sua *Teoria da Constituição* aborda também as definições para Constituição histórica e moderna. Histórica se dá pelo conjunto de regras, escritas ou não, e de estruturas institucionais conformadora de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social (2006, p.53). A constituição moderna, também chamada por alguns de constituição ocidental, se entende pela ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político (2006, p.52).

Algumas das funções da constituição moderna é a garantia de direitos fundamentais e a organização do poder político, de forma a torna-lo limitado e moderado. É considerável se observar que tanto as constituições modernas, quanto as históricas, se adaptam a um determinado tempo e espaço e uma não substitui a outra ou tem maior importância.

Canotilho descreve também as teorias da democracia, nas quais cita a teoria democrático-pluralista, a teoria elitista e a teoria da democracia do ordo-liberalismo.

Na teoria pluralista da democracia, a chamada vontade democrática se origina das ideias, dos interesses e da exigência de grupos. Ou seja, neste modelo de democracia, os grupos têm influência direta nas decisões políticas. Porém, algumas críticas são encontradas a respeito desta teoria, já que nem todos os grupos teriam a mesma igualdade no processo de participação. No campo constitucional, Canotilho afirma que o pluralismo é também um elemento constitutivo da ordem constitucional (2006, p.1393).

Em sua teoria elitista, afirma que a democracia serve como método e aceita que é uma forma de exercer domínio.

No ordo liberalismo, o que prevalece é uma ordem econômica e social-liberal, ou a economia de livre mercado. O papel da Constituição nessa teoria é o de formar uma economia com vários lados, desde setores privados, até setores não capitalistas.

São destacadas também as teorias normativas da Democracia, chamadas também de teorias normativas constitucionais, nas quais estão presentes, a teoria liberal que afirma que a política é um meio para se atingir fins, o Estado tem o dever de está a serviço da sociedade, e servir aos fins coletivos e não mais aos interesses privados (2006, p.1396).

Na concepção republicana, a política tem a dimensão de constituir a formação da vontade democrática, ou seja, como define Canotilho, “a democracia é a auto-organização política da comunidade no seu conjunto” (2006, p.1397).

Em sua teoria deliberativa, Canotilho afirma que as pessoas governam a si mesmas e regem suas próprias leis. Há uma igualdade dos participantes no processo político. Ainda cita que a política serve para deliberar sobre a ordenação comunitária e não apenas para fortalecer aberturas processuais à prossecução de interesses privados ou à otimização de preferências subjetivas (2006, p.1398).

Na democracia discursiva, o que prevalece, são as formas de argumentar, a institucionalização de processos. É uma rede de discussão e negociação, que tem o fim de encontrar soluções para questões problemáticas, morais e éticas da sociedade (2006, p.1399).

A democracia corporatista vem a ser uma espécie de flexibilidade que o governo assume ao adotar um estilo negociador a fim de interesses. O Estado serve assim de mediador entre grupos de interesses econômicos, como dito por Canotilho (2006, p.1399).

Por fim, em sua teoria minimalista de democracia, também conhecida por democracia mínima, Canotilho diz que a democracia é diferente de todas as formas de governo autocrático, pois se caracteriza por um sistema de regras, primárias e fundamentais (Bobbio, 1995, p.3).

4- A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NUMA VISÃO DE KONRAD HESSE E FERDINAND LASSALE.

Ferdinand Lassale proferiu sua célebre conferência sobre a essência da Constituição , segundo ele questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. E que a constituição de um país expressa as relações de poder neles dominantes, o poder militar representado pelas forças armadas, o poder social representado pelos latifundiários, o poder econômico representado pelas indústrias e pelo grande capital e por último e não menos importante o poder intelectual representado pela consciência e cultura gerais.

Esses poderes chamados por Lassale de fatores reais de poder formaram a Constituição real de um país. Esse documento chamado de Constituição, a Constituição jurídica não passaria então pedaço de papel, sua capacidade de regular e motivar esta limitada a sua compatibilidade com a Constituição real. Em caso de conflito esse pedaço de papel terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominante no país.

Anos mais tardes na Alemanha pós-guerra o constitucionalista alemão Konrad Hesse contrapondo se ao posicionamento de Ferdinand Lassale lança as bases a teoria e a obra que se intitulou de “A força normativa da constituição” que vem colocar em pauta todo o conceito de Constituição.

Para Hesse a Constituição de um país não seria um subproduto das relações do dominante. Antes seria uma vontade de Constituição, existiria um condicionamento recíproco entre a lei fundamental e a realidade política social, subjacentes.

A Constituição se transformaria numa força ativa, fazendo estar presente na consciência geral e não apenas a vontade de poder, mas a vontade de constituição realizaria sua pretensão de eficácia desde que leve em conta sua realidade histórica. Através dessa contestação entre o ser e o dever ser se daria as possibilidades e os limites da força normativa da constituição logrando conferir forma e modificando a realidade.

Sobre a eficácia da Constituição, Hesse cita que:

Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação a realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia da Constituição das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas[2].

Era uma coisa lógica quanto mais intenção tivesse a vontade de Constituição, menos significantes seriam os limites e restrições impostas à força

normativa, não seria ela porém capaz de sucumbir esses limites aos quais deveria se conformar.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside em sua vigência, onde a pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização. Apesar disto, constitui um elemento autônomo em relação a estas condições (HESSE, P.14-15).

Hesse aceita a ideia inicialmente presente por Lassale de que a Constituição não é uma realidade apenas textual, formal ela tem um elemento político-social. Porém Hesse não aceita esse “divorcio” entre a constituição formal e a constituição real como a chamava Lassale. Hesse quer encontrar uma ponte entre o material e o formal entre o jurídico e o social.

Os juristas aliados do poder político afastam a Constituição da coletividade da sociedade, interpretando seus princípios de modo técnico de maneira em que o povo não encontraria suas origens na Constituição. Quando alguém invocava princípios relacionados, por exemplo, a liberdade aparecia um jurista para dizer que a liberdade que tratava a Constituição não era aquela que tratava do grito popular, mas uma liberdade técnica-jurídica que se conhecia pela vida acadêmica, que tem um sentido técnico.

A Constituição passou a ser um instrumento do governo e não mais a ordem fundamental da sociedade, passou a estar a serviço do poder para legitimar suas decisões e não como instrumento para a expressão dos anseios populares.

Então na visão de Hesse, os juristas, intérpretes, hermeneutas deveriam estar ao lado do povo e não ao lado do poder, e desenvolver a Constituição aqueles que são seus verdadeiros titulares; os cidadãos. Então deveriam fazer compreender pela via hermenêutica, pela interpretação, os princípios de que se trata a Constituição como os anseios sociais como valores vivenciados pela coletividade. Assim fazendo daria a esses princípios de valores constitucionais a força normativa.

O desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende como dito, só do conteúdo da Constituição, mas também de sua práxis. A concepção de vontade de Constituição deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional. O comprovado respeito à Constituição é fundamental, sobretudo naquelas situações onde sua observância revela-se incômoda (exemplo: sacrifica-se um interesse, ou alguma vantagem justa em favor da preservação de um princípio constitucional) (HESSE, P.21-22).

Essa força normativa não tem um sentido técnico- jurídico, daquelas pirâmides do ordenamento jurídico sentido vinculante da norma, essa corrente tem sentido sociológico, está ligada a força normativa dos fatos, ou seja, da sociedade essa força se vincula naturalmente pelos valores que ela reconhece, ela tem um sentimento de obrigatoriedade ligado aquele valores que estão presente na consciência, pelo uso da razão para o bem social.

Então deveremos ver a Constituição como a ordem fundamental da sociedade e não como instrumento de governo, devemos interpretá-la a luz da sociedade não a luz dos interesses dos governantes, de modo a que a Constituição venha se tornar outra vez o escudo de defesa da sociedade a sua pauta de reivindicações.

4.1-CONCLUSÃO ENTRE OS CONSTITUCIONALISTAS HESSE E LASSALE.

Tivemos a oportunidade de estudar dois clássicos do direito Constitucional. Duas ideias distintas, advindas de dois homens distintos inseridos em duas realidades distintas. Procuraremos agora analisar ambas as concepções de Constituição, tentando desvendar conceitos constitucionais, tendo em vista o desenrolar histórico dos tempos e o papel da Constituição na atualidade.

Verifica-se que a Constituição não pode ser entendida meramente como um pedaço de papel sem real eficácia, como quis Lassale. A Constituição tem um papel fundamental tanto na preservação do status do cidadão quanto em sua transformação. Como diz Hesse, em seu livro *A força normativa da constituição (1991,p.19)*^[3] A Constituição não independe totalmente da realidade, mas tem uma vontade própria (limitada pela própria realidade), que uma vez inserida na consciência social, pode levar à transformação da nossa sociedade.

A Constituição não surge por um acaso. Ela se origina a partir de uma reunião de fatos e valores sociais. Acredita-se que ela tem origem numa força político-social. Isso fica mais evidente ainda em nossa sociedade atual, em que a esmagadora maioria dos países do mundo vive em regimes democráticos, onde o povo, através do exercício de sua soberania, produz a Constituição. Daí a obediência da vontade Constitucional, dita por Hesse que é a expressão, em última instância, da vontade do povo.

A Constituição, atualmente, pode ser tida como a representação palpável dos desígnios e adversidade de um povo. É a representação de sua História, do seu presente e do seu futuro. É o documento representativo da Cultura da nação.

Sabe-se que a Constituição não é mero reflexo da realidade. Tem uma função organizatória, que é a de dar a ideia de conjunto unitário e sólido à ordem jurídica. Não obstante, atua, acima de tudo, como agente transformador e limitador da realidade, impondo limites a ações arbitrárias e absolutas dos fatores reais de poder que visam retirar o mínimo ético existente no mundo em que vivemos.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Portanto, a pesquisa apresentou importantes conceitos acerca da Constituição, as principais teorias dos autores propostos, Canotilho e Hesse.

Partindo do pressuposto de Konrad Hesse, no qual defende a teoria da aplicabilidade normativa, enfatizando que a sociedade aspira uma vontade de Constituição, contrapondo-se em sua obra as das teorias sociológicas de Constituição para Lassale. Hesse discorda da teoria de que a Constituição sem aplicação na realidade é mera folha de papel, já que toda Constituição deve ser preservada por um devido fim.

Canotilho a partir de suas teorias cria novos conceitos para Constituição, utilizando de teorias da democracia, e também sobre sua Constituição dirigente, colocando a Constituição como centro do sistema que ordena toda a sociedade.

Referencial Bibliográfico:

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una constitución?** Trad. W. Roces. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946. (Retirado do livro de Bulos, referência a cima, a citação de Lassale).

[1]- Paper apresentado à disciplina de Teoria do Direito Constitucional, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB.

²- Alunos do 2º período do curso de Direito da UNDB.

³- Professora Me, orientadora.

[2] Força normativa da Constituição;p.15

[3] Força normativa da constituição.

