

Os significados da Constituição: contrapontos e articulações entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, e suas contribuições para se repensar as estruturas do constitucionalismo dirigente no Brasil

The meanings of the Constitution: counterpoints and joints between Ferdinand Lassalle and Konrad Hesse, and their contributions to rethink the structures of constitutionalism driven in Brazil

Antonio Renato Cardoso da Cunha

Doutorando em Direito pela UGF/RJ; Mestre em Direito pela UCAM/RJ; Especialista em Administração Pública pela EBAPE/FGV; Especialista em Direito Administrativo pela UNESA/RJ; Graduado em Direito; Professor Universitário.

Raphael Cabral Teixeira

Mestrando em Direito pela UFRJ. Especialista em Direito Tributário e MBA em Gestão Financeira, Controladoria e Auditoria, ambos os cursos pela FGV/RJ. Graduado em Direito e Administração de Empresas. Advogado e Professor universitário.

RESUMO

O presente texto objetiva delimitar os momentos históricos em que foram realizadas a palestra de Ferdinand Lassalle, que resultou na obra "Que é uma Constituição", e a palestra de Konrad Hesse, que resultou na obra "A Força Normativa da Constituição". Busca-se, através dessa análise histórica, entender os conceitos e significados de Constituição trazidos pelos autores nessas duas obras, e o entendimento de que as reflexões de Konrad Hesse não refutam as idéias de Lassalle de forma categórica e definitiva, mas sim as relativiza, trazendo-as uma nova realidade, que ajuda a repensar as estruturas fundantes do constitucionalismo dirigente do Brasil.

Palavras-Chave: Constituição. Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. Significados da Constituição e o constitucionalismo dirigente do Brasil.

ABSTRACT

This paper aims to delineate the historical moments in which they were held the discussion by Ferdinand Lassalle, which resulted in the book "What is a Constitution" and the discussion by Konrad Hesse, which resulted in the book "The Normative Force of the Constitution." Seeks, through this historical analysis, understand the concept and meanings of the Constitution brought by both authors in these two works, and the understanding that there flexions of Konrad Hesse does not refute the ideas of Lassalle category call y and definitively, but relativizes it, bringing them a new reality that helps to think the structures of Brazil's leading constitutionalism.

Keywords: Constitution. Ferdinand Lassalle and Konrad Hesse. Meaning of the Constitution and the Brazil's leading constitutionalism.

MOMENTO HISTÓRICO E INTRODUÇÃO

Ferdinand Lassalle nasceu em 11 de abril de 1825. Era advogado, socialista militante e foi contemporâneo de Karl Marx, com quem esteve em vários episódios da atuação de esquerda europeia. Estiveram juntos na Revolução Prussiana de 1848, que deu início à série de revoluções na Europa central e oriental, a que alguns chamam de “primavera dos povos”, assim como no momento de unificação alemã. Segundo dados históricos, Lassalle morreu em 1864, baleado por um homem, três dias depois de desafiá-lo em um duelo pela mão de uma moça, que ele andara cortejando, algo de práxis da época.

Lassalle viveu em um momento histórico de insurgência, iniciado por membros da burguesia e da nobreza contra os regimes governamentais autocráticos e contra a falta de representação política das classes médias, assim como pelo sofrimento da população diante de severas crises econômicas. O desenvolvimento industrial daquele momento e o conseqüente aumento desenfreado do proletariado sedimentou as classes sociais, e era pano de fundo para as principais revoluções, de caráter nacionalista, liberal e democrático. Membros da burguesia e da nobreza iniciaram seus clamores por governos constitucionais. Já os camponeses e proletariado buscavam romper os excessos das práticas capitalistas da época.

Traz-se o desenrolar histórico para o entendimento dessas revoluções a partir de 1830. Após o reinado de Luís XVIII e posterior reinado de Carlos X, aconteceram agitações internas graves. No governo de Carlos X foi publicada as “Ordenanças de Julho”, em 25 de julho de 1830, que dissolvia a câmara e reduzia o eleitorado, anulando as eleições e trazendo a permissão de se governar através de decretos, além de proibir a liberdade de imprensa. As “Ordenanças de Julho” deram início ao levantamento de barricadas em Paris e uma luta civil que culminou com a “Monarquia de Julho”. Com isso, o rei Carlos X parte para o exílio, e assume o seu primo Luís Filipe I, que era conhecido como “rei burguês”.

Apesar de uma boa expectativa, o reinado de Luís Filipe I e de seu ministro Guizot também gerou grandes insatisfações. No início de 1848 começaram a aparecer sinais de uma revolta popular. A necessidade de uma rebelião foi argumentada por adeptos ao sufrágio universal, e por aqueles que ansiavam por reformas sociais. Esses insurgentes tinham a liderança de Louis Blanc. Eram milhares de insatisfeitos, incluindo operários, artesãos, estudantes e a própria burguesia industrial, que descobriram que o melhor seria derrubar o governo do rei Luís Filipe I, junto com seus ministros e combater todo o sistema econômico da época, que fazia-os enriquecer às custas dos trabalhadores. Foi dado início a uma luta aberta que se estendeu por toda a cidade de Paris.

Quando soldados da Guarda Nacional, enviados pela realeza para reprimir os manifestantes, juntaram-se a eles, só restou a Luís Filipe abdicar o trono. Com isso o parlamento se dissolveu e nascia o que convençãoou-se chamar de “Segunda República. Foi a proclamação de uma república sem força e sem expressividade, que durou apenas até 1851, quando Luís Bonaparte retoma o poder, fazendo-se imperador.

Esses acontecimentos em Paris resultaram em várias insurreições contra o absolutismo por toda a Europa, sendo os principais os que aconteceram em Viena, Berlim, Itália e Prússia. Era a “primavera dos povos”, revoltas sociais contra a realeza e seu modo de governo, que uma a uma foram sufocadas.

O que restou de consequência de todas essas revoluções que eclodiram em vários países da Europa foi a percepção pela burguesia de que as revoluções eram de certa forma perigosas, e que seus anseios políticos poderiam ser alcançados mediante o sufrágio universal, o que evitaria novos conflitos acirrados. Esse movimento trouxe um claro e definido embate entre burguesia e proletariado, em lados diametricamente opostos, o que marcaria de forma profunda grande parte dos entraves políticos vindouros.

É certo portanto que as “Revoluções de 1848” na Europa não foram em vão. A revolução proletária, assim como a desenhava Lassalle e até Marx, não veio, mas o abalo do absolutismo que estaria caminhando para o seu fim, e o crescimento e reconhecimento da burguesia como classe, faziam nascer um novo cenário político europeu, trazendo a necessidade da segurança jurídica para seus contratos.

De toda essa conjuntura político-social faz-se a pergunta: a quem se dirigia Lassalle ao palestrar na conferência sobre a essência da Constituição, proferida em 1862 na cidade de Berlim? ¹

Em 1848, ano das várias insurreições européias, Berlim era a capital da Prússia, estado germânico poderoso, e importante centro cultural e industrial. Possuía várias fábricas, indústrias e serviços diversos, e, conseqüentemente, grande número de proletários.

Ora, sabendo-se que Lassalle era ativista da revolução socialista, evidentemente, ao proferir sua palestra, não se dirigiu às autoridades da monarquia, aos banqueiros, aos donos de indústrias, nem tampouco aos grandes proprietários da Prússia. Ao contrário, o formato do texto demonstra que ele claramente estava se dirigindo aos operários prussianos; a didática que permeia todo o texto faz o leitor perceber que seu discurso estava se dirigindo a um público que por óbvio não era familiarizado aos diálogos jurídicos.

O próprio Lassalle destacou essa sua intenção no segundo parágrafo do intróito, quando diz:

“Antes de entrar na matéria, porém, desejo esclarecer que a minha palestra terá um caráter estritamente científico; mas, mesmo assim, ou melhor, justamente por isso, não haverá entre vós uma única pessoa que possa deixar de acompanhar e compreender, do começo até o fim, o que vou expor.” (LASSALLE, 2003)

Resta claro portanto que, a plateia que Lassalle pretendia atingir e com sua palestra “A Essência da Constituição” era estritamente proletária. Objetiva um diálogo acessível até mesmo ao mais rude dos operários.

Konrad Hesse por sua vez nasceu em Kaliningrado, Alemanha Oriental, em 29 de janeiro de 1919, quase cem anos após o nascimento de Lassalle. Hesse foi importante jurista alemão. Conterrâneo de Immanuel Kant, foi professor de Direito Público da Universidade de Freiburg, na Alemanha. Faleceu em 15 de março de 2005, tendo exercido durante doze anos (de 1975 até 1987) a função de Juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

O momento histórico em que viveu Hesse é outro, de pontuais diferenças em relação à Europa revolucionária dos anos de vida de Lassalle. A obra “A Força Normativa da Constituição” apresenta forte oposição às teses desenvolvidas por Ferdinand Lassalle. Essa obra de Hesse foi resultado de uma palestra proferida em aula inaugural da Universidade de Freiburg, em 1959. Cumpre assim, para enquadramento histórico, e no intuito de traçar um contraponto ao momento de Lassalle, pensar em como estava o mundo e, principalmente a Alemanha, em 1959.

Ao final da segunda guerra mundial, que culminou com a vitória dos Aliados, a Europa estava destruída em virtude dos grandes estragos advindos de bombardeios. A fome, o desemprego e o caos social abalavam as estruturas estáveis do sistema capitalista. Os alemães muitas vezes referem-se ao ano de 1945 como a Stunde Null (a hora zero), correlacionando o momento como o “quase-total colapso do país”.

Nas conferências de Yalta e Postdam, realizadas no mesmo ano de 1945, os aliados dividiram a flagelada Alemanha do Terceiro Reich em quatro áreas de ocupação militar. Em 1949, o medo do fortalecimento do “fantasma do comunismo” fez iniciar a junção de três áreas no lado oeste, que viriam a formar a República Federal da Alemanha (chamada de Alemanha Ocidental), enquanto que, a outra área ocupada pela União Soviética, formaria a República Democrática da Alemanha (chamada de Alemanha Oriental). Na mesma Berlim em que Lassalle proclamava há anos atrás sua palestra sobre a essência da constituição, estava em 1949 dividida por um muro. Deu-se início à Guerra Fria e seguiram-se fatos como a formação da Otan e do Pacto de Varsóvia. De um lado do mundo estavam os Estados Unidos e países aliados da Europa, e de outro a União Soviética e seus alguns países satélites espalhados.

¹ Trava-se uma discussão acerca da data e do local exatos em que Ferdinand Lassalle teria proferido sua palestra sobre a “Essência da Constituição”. O próprio Konrad Hesse (A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editoria Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 9. Tradução de: Die normative Kraft der Verfassung) afirma que a palestra sobre a essência da Constituição foi proferida por Lassalle em uma conferência proferida em 16 de abril de 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim. Já Aurélio Wander Bastos (em uma nota explicativa na edição brasileira de Über die Verfassung, traduzida como “A Essência da Constituição”, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985) diz tratar-se de uma conferência proferida em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia. Para esse artigo, levar-se-á como correto a data e local explícita dos por Konrad Hesse.

Portanto, a década de 50 inaugurou uma nova divisão política mundial: de um lado o fortalecimento de um novo império reacionário e intervencionista – os Estados Unidos. De outro, a União Soviética comunista, estatizada e governada com total rigidez pelos punhos de ferros de Stálin. No meio desse embate, cambaleava uma Europa destruída pela guerra, buscando forças para reconstruir-se, mas, de certa forma, limitada pela hegemonia mundial americana.

Caminhando por esse momento histórico em que Hesse começa a sedimentar seus pensamentos, vale ainda trazer importante pensamento de Luís Roberto Barroso sobre esse momento histórico. Nos dizeres dele:

*“Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da constituição.”*¹

Sendo assim, após essa análise rasa das diferenças desses dois momentos políticos e históricos, pode-se afirmar que, evidentemente, a Constituição a que se refere Konrad Hesse no ano de 1959, não tem exatamente a mesma acepção da Constituição a que se refere Ferdinand Lassalle no seu discurso em 1862. É certo também que, a aula inaugural proferida em 1959 por Hesse, que fez nascer o texto “A Força Normativa da Constituição”, não tinha a intenção de atingir operários, e muito menos os militantes revolucionários da Europa de 1848. Sua platéia provavelmente era composta por estudantes, advogados e juizes que haviam recentemente tinham acompanhado de perto uma intensa guerra, mas que começavam a trilhar os ideais de um estado democrático de direito, que apresentasse garantias individuais, coletivas, e que buscassem proteger os direitos fundamentais dos cidadãos europeus, mais especificamente alemães.

A diferença dos momentos históricos molda também concepções de Estado bastante distintas: o Estado no tempo em que Lassalle expõe suas idéias está emoldurado sob parâmetros que não são os mesmos do Estado do momento que escreve Hesse. Isto é: as doutrinas constitucionais do século XIX apresentam características diferentes das que são ofertadas ao constitucionalismo do século XX. Acerca do constitucionalismo presente no século XX, diz o doutrinador português Jorge Miranda:

*“O conceito material de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vaiser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto a uma pluralidade de conteúdos.”*²

Faz-se mister lembrar que, além das duras experiências decorrentes das duas guerras mundiais, o lapso temporal entre o “momento” de Lassalle e o de Hesse também é marcado pelo desenvolvimento industrial e científico, além das inovações na forma dos controles jurisdicionais da constitucionalidade, que no século XX também foram fatores de mudança da ordem constitucional.

Ferdinand Lassalle: Que é uma Constituição?

Ferdinand Lassalle inicia sua exposição pedindo ao público que não traga suposições prévias sobre os temas que abordaria, que nomeou como “problemas constitucionais” durante a exposição do seu texto “Que é uma Constituição?”. Afirma ele que, dessa forma, o ouvinte compreenderia melhor suas idéias. Lassalle diz o seguinte:

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. v. 2, p. 53.

“Esta clareza de pensamento não requer, pois, daqueles que me ouvem, conhecimentos especiais. Pelo contrário, não sendo necessário, como já disse, possuir conhecimentos especiais para esclarecer seus fundamentos, não somente não precisa deles, como não os tolera. Só tolera e exige uma única coisa e esta é: que os que me lerem ou me ouvirem não tragam consigo suposições prévias de nenhuma espécie, nem idéias próprias, mas sim que venham dispostos a colocar-se ao nível do meu tema, mesmo que acerca dele tenham falado ou discutido, e fazendo de conta que pela primeira vez o estão estudando, como se ainda não soubessem dele, despindo-se, pelo menos enquanto durar a minha investigação, de quanto a seu respeito tenham dado por assentado.” (LASSALLE, 2003)

Após solicitar que os ouvintes de sua palestra abram mão de preceitos e suposições já sedimentadas sobre o tema, segue ele com uma indagação que irá nortear todo o seu discurso: que é uma Constituição? Qual é a verdadeira essência de uma Constituição?

Para responder essa indagação, Lassalle afirma que não basta apresentar a matéria concreta de determinada Constituição. Em suas palavras, não basta o entendimento de que a “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país”. Ou, em seu dizer, caso seja um governo republicano, não basta o entendimento de que “a Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do direito público dessa nação”.

Lassalle entende que essas respostas jurídicas se afastam do que realmente se propõem ao estudarem a essência da Constituição e não explicam e respondem taxativamente a sua proposição, pois se limitam a descrever como nascem as Constituições e o que fazem. São apenas critérios exteriorizados. Para ele, esses pensamentos não esclarecem o conceito e a essência de toda a Constituição, assim como também não servem para verificar se a Constituição é “boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável.”

Para sustentar seu pensamento, inicialmente Lassalle propõe a utilização de um método comparativo entre Lei e Constituição. Utilizando-se desse método, Lassalle pretende, a partir do entendimento do conceito de lei, buscar o conceito de Constituição, estabelecendo as diferenças e semelhanças entre ambas.

Lassalle inicialmente afirma que, assim como a lei, a Constituição necessita de aprovação legislativa. Portanto a Constituição também é lei, mas não é uma lei como as outras, e sim uma “Lei Fundamental”. Mas nomear a Constituição como uma “Lei Fundamental”, segundo Lassalle, não atende ao fim que almejava em sua palestra, que seria o de entender a sua essência. É como se retomasse ao ponto inicial da discussão, agora apenas com outras palavras: “Como distinguir uma lei da Lei Fundamental?”

Na tentativa de superar essa indagação, Lassalle apresenta aos ouvintes o conceito que vai embasar todo o seu discurso objetivando conceituar a Constituição, que é o conceito de “fatores reais do poder”. Para o autor, esse conceito traduz-se em uma “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.” (LASSALLE, 2003)

Para explicar melhor, Lassalle segue seu discurso com uma ilustração bastante didática, que corrobora sua intenção de trazer seu entendimento aos proletários prussianos (cabe lembrar também que em sua plateia estava uma massa de operários influenciada diretamente pelos pensamentos revolucionários e socialistas de Marx). Lassalle toma um exemplo hipotético de um incêndio em todas as bibliotecas públicas, bibliotecas particulares, arquivos e depósitos, fazendo desaparecer todo e qualquer exemplar das leis do país.

O autor segue, após suscitar o exemplo hipotético do incêndio que destrói os exemplares das lei de determinado país, com a lista daqueles que ele chama como “partes da Constituição”. Em uma análise superficial, cumpre ressaltar que são estas justamente as partes conflitantes na Europa revolucionária e mais especificamente na Prússia de 1862. São elas: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária, além de incluir também a cultura geral da nação e a consciência coletiva.

Nesse cenário de ausência de leis que o autor propõe com seu exemplo, cada uma das classes, no exercício do seu respectivo poder, deveria apresentar ao novo e hipotético constituinte, quais seriam os interesses que lhe atendiam, impedindo o estabelecimento de qualquer obrigação que não fosse condizente com seus ideais. É dizer que, por exemplo, o monarca deveria advertir ao novo poder constituinte que o exército deveria lhe obedecer ordens. Enquanto a aristocracia, rejeitaria uma Câmara dos Deputados que fosse eleita pelos votos dos cidadãos. Por seu turno, a grande burguesia não permitiria o retorno ao sistema medieval e feudal que regiu a Idade Média, e os banqueiros rechaçariam qualquer nova forma de redução de sua liberdade de comercialização de seus ativos financeiros. E é também certo que, até a pequena burguesia poderia se insurgir contra um poder constituinte que lhe impingisse um regime de escravidão.

Sendo assim, Lassalle conclui que a essência de uma Constituição seria a "soma dos fatores reais do poder que regem um país", ou seja, é a partir dessa junção que nasce a Constituição jurídica. É dizer, de forma simplista, que a Constituição escrita de um país nada mais é que uma folha de papel, e que ela nasce dessa ebulição de forças sociais de um país, tendo a legitimidade de suas normas condicionada à sua conformidade com os fatores reais de poder.

Segundo Lassalle, o processo que transforma os "fatores reais do poder" em "fatores jurídicos" ocorre de forma diplomática. Quando se passa os fatores reais do poder para uma folha de papel, eles se tornam "verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido". (LASSALLE, 2003). E não há qualquer declaração expressa que torne uma ou outra parte da sociedade em um fragmento da Constituição. Em suas palavras diz: "Está claro que não aparece neles a declaração que o senhor Borsig, o industrial, a nobreza, o povo, são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma; não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática". (LASSALLE, 2003)

Caminhando pela história do constitucionalismo, Lassalle afirma que em todos os países sempre houve uma Constituição real e efetiva pois, segundo ele, é um erro julgar que a constituição é apenas uma prerrogativa dos tempos modernos já que "não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam". (LASSALLE, 2003). É, por exemplo, saber que um regime absolutista demanda uma "constituição absolutista", que obviamente, garanta-lhe o poder.

Fato é que, nos Estados Modernos tornou-se necessária que essa Constituição fosse escrita, como resultado das características presentes nos "fatores reais do poder" de determinada sociedade. Lassalle justifica essa necessidade dos tempos modernos de aspiração por possuir uma constituição escrita na inegável transformação que se opera. "Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos elementos reais do poder imperantes dentro do país se tenha operado uma transformação. Se não se tivesse operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta constitucional". (LASSALLE, 2003)

Seguindo o pensamento de Lassalle, não é difícil entender que a eficácia e aplicabilidade de uma determinada constituição escrita estaria ligada a quanto os "fatores reais do poder" que regem aquele país se correspondem com a constituição real, ou seja, a "folha de papel" se justifica pelos fatores reais e efetivos de poder. Só assim, no dizer de Lassalle, poder-se-ia afirmar que uma constituição escrita é boa e duradoura.

Ao final, em suas "conclusões práticas", Lassalle afirma que o problema constitucional nada mais é que um problema de poder:

"Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar." (LASSALLE, 2003)

Quando a constituição escrita reflete os fatores reais do poder, o respeito a essa constituição é consequencial. Não há necessidade de se emoldurar o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada e invulnerável. Quando esse lema de “respeito à Constituição repercute no país há algo na Constituição real que não reflete os fatores reais do poder. E, segundo Lassalle, se isto acontecer, “se esse divórcio existir a Constituição escrita está liquidada; não existe Deus nem força capaz de salvá-la”. (LASSALLE, 2003)

KONRAD HESSE E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Konrad Hesse traz em sua aula inaugural proferida em 1959, e que resultou na obra que ora discute-se, o pensamento de Lassalle como referencial. Fazei inicialmente menção à conferência de Lassalle, de 1862, confrontando suas idéias, quando diz:

“Essa negação do direito constitucional é uma negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política em que a realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fácticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar fatos criados pela Realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função — indigna de qualquer ciência — de justificar as relações de poder dominantes”. (HESSE, 1991)

Cabe, de forma inicial, aproveitando-se ainda do pensamento de Lassalle, entendermos quais seriam os “fatores reais do poder” que regeriam a Alemanha de Hesse, em 1959; um país almejando se reconstruir após a derrota da segunda guerra mundial, e por óbvio, esse novo momento implicava em uma reconstrução não apenas “física”, mas cultural, política e jurídica. Partindo-se dessa análise, pode-se entender melhor a proposta de Hesse no desenvolvimento da seu estudo acerca do conceito da Constituição.

Logo, contrapondo-se à idéia de Lassalle, de que a Constituição de um país se assenta na legitimidade dos fatores reais e efetivos do poder daquele determinado país, Hesse estabelece que a força determinante do Direito Constitucional estaria relacionada com o “condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade politico-social.” (HESSE, 1991). Isto é: para Hesse, o entendimento isolado, de um lado os fenômenos sociais e reais de poder, e de outro a constituição, não responde adequadamente ao entendimento da essência da Constituição.

Para Hesse, todo entendimento da essência da Constituição que afaste os fenômenos constitucionais da realidade, e vice-versa, é incompleto. Porque se assim for, ora arrisca-se a limitar a conclusão apenas sob a ótica da vigência, ora se corre o risco de afastar a importância da normatividade jurídica.

Dessa maneira, sem qualquer isolamento, a eficácia da Constituição se dá somente se levar em consideração as condições históricas, econômicas e sociais sob a égide do momento em que foi escrita. A relação desses fatores faz surgir, segundo Hesse, o “substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo”. Sendo assim, a Constituição abarcaria tanto o “ser” quanto o “dever ser”.

Simplificadamente é compreender que a Constituição traz organização à realidade social e até política de um país em determinada época, mas que ao mesmo tempo que determina a conjuntura desses fatores, é também por eles determinada, sendo a Constituição e a realidade, condicionadas uma a outra, mas independentes entre si, apresentando assim, segundo alguns constitucionalistas que acompanham esse pensamento, uma relação simbiótica.

É de se entender, portanto, que a Constituição traz normas de conduta e princípios fundamentais, que têm como objetivo principal não se afastar da realidade, muito pelo contrário, adequando-os a ela. Isto é: não há como pensar em uma Constituição que não tenha um comportamento social que lhe inspirou a criação.

Por isso, Hesse afirma que “a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser não leva a qualquer avanço na nossa indagação. (...) A eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.” (HESSE, 1991)

Hesse sustenta, para justificar seu pensamento, uma ficção inovadora que seria a “força normativa da Constituição”; essa seria uma força determinante que asseguraria a eficácia da Constituição. Nesse sentido Hesse, não se afastando muito do significado de “fatores reais de poder” de Lassalle, afirma que “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo”. (HESSE, 1991)

Hesse avança seu pensamento afirmando que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo: pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se forem feitos presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”. (HESSE, 1991)

Segundo Hesse, essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas, que basicamente podem ser assim resumidas: a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; a compreensão de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos; e, por fim, na compreensão de que essa ordem não será eficaz sem a presença da vontade humana.

O modelo constitucional engendrado por Hesse, que traz o conceito e essência de uma Constituição, não para por aí. Segundo Hesse, para que uma constituição tenha força ativa, devem haver pressupostos que permitam à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa.

Em relação ao conteúdo, a Constituição deve incorporar não somente os aspectos sociais e políticos (realidade) que já discutiu-se anteriormente, mas também o “estado espiritual” do seu tempo, pois isso irá assegurar à Constituição o “apoio e a defesa da consciência geral”. Além disso, deve a Constituição estar sedimentada sobre alguns poucos princípios fundamentais, pois se não tiver poderá sofrer constantes revisões que culminarão com a desvalorização de sua força.

Também em relação ao conteúdo, a Constituição não deve “assentar-se numa estrutura unilateral”, ou seja, uma vez que a Constituição deve sobreviver a permanente mudança político-social, para conservar sua força normativa, seus princípios fundamentais devem incorporar parte da estrutura contrária. Exemplifica Hesse dizendo: “Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão dos poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo”.

Já em relação à práxis, Hesse afirma que os interesses momentâneos, mesmo aqueles já realizados, não podem se sobrepor ao respeito à Constituição. Afirma também em relação à prática constitucional que a estabilidade da Constituição é condição fundamental para sua eficácia, já que, segundo ele, é perigosa para a força normativa da Constituição a tendência que ela sobre frequente revisão, justificada por supostas necessidades políticas. Por fim, diz que a interpretação da Constituição também é decisiva para a preservação da força normativa da Constituição, e que essa interpretação deve ser submetida ao princípio da “ótima concretização da norma”, ou seja, a norma deve ser interpretada levando-se em conta também as condições reais dominantes de uma determinada situação.

Logo, pode-se perfeitamente entender que Hesse não dissocia qualquer Constituição da realidade política e social do país em que foi aprovada e, diferentemente de Lassalle, não limita a sua essência ao aspecto sociológico, nem aos “fatores reais do poder”. Relativiza sim essa idéia de Lassalle, afirmando que o conceito da Constituição tem relação de interdependência com a realidade, e a concretização das normas explicitadas passam pelo crivo da sua “força normativa” que estrutura o entendimento do “dever ser”.

Como conclusão do pensamento de Hesse, cabe subscrever o parágrafo que diz:

“Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição olograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, é aprovada-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.” (HESSE, 1991)

AS ESTRUTURAS DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NO BRASIL

Após estarem sedimentados os pensamentos quanto à essência da Constituição trazidos por Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, implica o surgimento de uma questão, mais especificamente em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: em que grau se apresenta a sua “força normativa”, ou “será que suas normas condizem com os fatores reais do poder”?

Ora, seguindo as ideias já desposadas, tem-se o entendimento de que a Constituição de um país precisa se conectar a sua realidade social e política. Sendo assim, a Constituição não deve ser encarada como um simples programa que traz diretrizes e orientações para o Estado. Vale portanto aprofundar-se uma análise das ideias do constitucionalismo dirigente.

O constitucionalismo dirigente nasce de maneira formal com o texto da Constituição portuguesa de 1976, que, apresenta inegável proximidade com a Constituição brasileira de 1988. A constituição portuguesa de 1976, em seu texto, incorpora valores democráticos e apresenta vultuosa diversidade de promessas. Contudo, apesar desse texto, o discurso relativo a ela é esvaziado de força normativa, isto é, faltam instrumentos dogmáticos e teóricos que assegurem o cumprimento das novas normas constitucionais portuguesas.

Comparando-se com o advento da Constituição de 1988, sabe-se que ela traz um novo momento no constitucionalismo brasileiro, já que seu conteúdo é bastante comprometido com os ideais democráticos e com a defesa dos direitos humanos. Para que nossa Carta Magna assuma uma posição de compromissos realmente dirigentes, cabe repensarmos a cidadania brasileira como coluna basilar ao nosso estado democrático de direito. Será que realmente fazemos parte do jogo democrático? Somos cidadãos ativos, no que diz respeito a efetivamente nos tornarmos parte da Constituição, como propõe Lassalle quando traz significado aos “fatores reais do poder”. Será que nossa cidadania é capaz de ajudar no cumprimento das promessas em uma força que seria determinante para o cumprimento das normas constitucionais, canalizada no entendimento de Hesse como “força normativa da Constituição?”

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, importante jurista português, defende, resumidamente, que se deve ultrapassar a rasa discussão das normas programáticas da Constituição, dando-se a devida importância aos princípios e a materialidade que advêm das normas constitucionais.

No Brasil, Lênio Streck sugere um “constitucionalismo dirigente que seja adequado aos países de modernidade tardia”, e que sirva de defesa diante dos “ataques neoliberais ao Estado brasileiro”, e não somente isso, mas que também sirva de embasamento para a luta pela proteção dos direitos fundamentais arrolados na Constituição Brasileira de 1988. (STRECK, LENIO LUIZ)

Discute-se o embate enfrentado pelo constitucionalismo dirigente quando, ao se preocupar com o exagero do exercício do Poder Legislativo em detrimento dos princípios constitucionais, delega um poder excessivo ao Judiciário, resultando em um ativismo judicial exagerado. É inafastável o importante papel do judiciário brasileiro na interpretação das normas constitucionais, no entanto, o que se pretende defender é a harmonização da força normativa da nossa constituição, sem se olvidar dos fatores reais do poder, em que importa não excluir questões sociais e políticas do nosso tempo.

O desejo é de se ultrapassar uma discussão exclusivamente filosófica que arrebanhe as identidades de todas as instituições que podem e devem contribuir na materialização do estado democrático brasileiro e dos direitos humanos que lhe são inerentes. Importante o estudo de Lassalle e Hesse para se compreender o significado da Constituição, mais especificamente da Constituição Brasileira de 1988 e as normas programáticas estabelecidas nela.

É indiscutível a necessidade de que as decisões do Poder Judiciário estejam vinculadas à concretização de políticas públicas, alinhando-se com o Legislativo e o Executivo em um intento de bem estar social comum.

Ora, as Constituições modernas não devem ser encaradas como um documento de cunho exclusivamente político, ou meras diretrizes de atuação do Executivo e do Legislativo. Mas sim, que as normas constitucionais, principalmente as axiologicamente de direitos sociais, tenham seu sentido pleno e que possibilitem tutela judicial para sua realização.

Sendo assim, caminhou bem o pensamento de Konrad Hesse, que percebeu a necessidade de que a Constituição apresente relação com a realidade, numa relação simbiótica com determinada comunidade, respeitando-se os princípios, inclusive o da separação dos poderes, mas observando também o de ponderação de interesses, quando se tratar da realização de políticas públicas.

Finaliza-se com as palavras de Mauro Cappelletti, que nos oferece uma concepção mais recente das constituições modernas:

"As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o Direito, a 'dar ordem' para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação da queles que são os seus valores, as razões, os fundamentos da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em uma apolêmica contra o passado e em um programa de reforma em direção ao futuro" (CAPPELLETTI, MAURO, 1992, p.89)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra. Almedina, 2001. _____ . Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 89.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro, Ed. Lumen – Júris, 6a Ed. 2001.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. v. 2, p. 53.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.