A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIDORA DA SEGURANÇA JURÍDICA: uma análise das obras de Konrad Hesse e de Ferdinand Lassalle

BRUNO ZILBERMAN VAINER

Introdução

A primeira impressão que se tem acerca da obra *A essência da Constituição*, de Ferdinand Lassalle, é que a tese por ele defendida é praticamente perfeita. Isso porque, ao se realizar uma análise sociológica da Constituição, verificar-se-ia que a Lei Maior de um determinado país só seria realmente eficaz se refletisse os "fatores de poder" desse determinado país. Em outras palavras, a Constituição só surtiria efeito se estivesse de acordo com os interesses da classe dominante, de acordo com a vontade de quem de fato comanda o país, em concordância absoluta com os chamados "fatores de poder". E os "fatores de poder" são formados pela burguesia, aristocracia, banqueiros, exército ou quem quer que possua alguma relação com o poder em determinada região. Sem tais fatores, a Constituição não possuiria nenhuma eficácia.[1]

Seguindo esse raciocínio, chega-se à conclusão que, para Lassalle, os assuntos constitucionais possuem mais a ver com os assuntos diretamente ligados ao poder do que a assuntos jurídicos propriamente ditos. Assim, sua análise trata da Constituição como sendo, mais do que uma relação jurídica, uma relação de poder, podendo-se afirmar que um texto que não se refira a tais relações é um texto natimorto, que já nasce sem eficácia, nem durabilidade.

Contudo, a primeira restrição a esse raciocínio encontra-se no fato de que, se uma determinada Constituição somente levar em consideração os assuntos ligados diretamente ao poder, ter-se-á a maior parte da população — aquela que não participa efetivamente do poder — discriminada.

E exemplos de referida discriminação não faltam. É do que se passa a tratar.

[1] Lassalle refere-se à Constituição que não possua em seu bojo os fatores de poder como sendo um texto distinto da Constituição real e efetiva, constituindo-o em mera "folha de papel".

1. Breve relato histórico acerca da importância dos fatores de poder nas relações humanas

Com efeito, verifica-se que na maior parte da história da humanidade as leis, ou ao menos os costumes ou as regras de conduta das sociedades, sempre previram privilégios de uma classe em detrimento das demais.

1.1. Da Idade Antiga à Idade Média

Assim foi na Idade Antiga, onde os nobres, os chefes militares, ou mesmo os sacerdotes gozavam de todas as regalias, deixando de lado os chamados "parias", comumente formados pelos escravos e por todos aqueles que não possuíam nem poder nem dinheiro.

Prevalecia nesse período a crença em vários deuses (politeísmo), que sustentava o poder do monarca, visto como, quando não a materialização do próprio Deus, a sua representação na terra. Assim, o poder do rei (Assíria), ou sacerdote magno (Pérsia), ou soberano, ou faraó (no Egito) não encontrava limites, gerando uma sociedade extremamente desigual e injusta social e economicamente.[2] O preâmbulo do Código de Hamurabi é verdadeiro atestado do poder absoluto do soberano.

Adentrando no período clássico, verifica-se que a democracia grega ergueu-se em meio a 60% (sessenta por cento) da sociedade constituída por escravos, que não participavam do poder. Em Roma, os plebeus, entre os quais havia pessoas estrangeiras, ou sem ligação com a família, eram a imensa maioria. Contudo, os chamados "patrícios" e os "clientes", minoria absoluta da sociedade, possuíam o poder político.

Na Idade Média, o feudalismo e a desconcentração política do poder (desabam os grandes impérios e a estrutura espacial estava dividida em feudos) constitui-se em mais um exemplo de total concentração de poder. De um lado figurava o senhor feudal, proprietário exclusivo das terras, detentor do direito de cobrar tributos, celebrar a paz e a guerra. De outro,

[2] De acordo com Sahid Maluf, em obra intitulada *Teoria Geral do Estado*, p. 94, assim descreve tal período: "As monarquias orientais eram todas de feitio teocrático: o monarca era representante das divindades, descendente dos deuses. O poder do monarca era absoluto, e, sendo equivalente ao poder divino, não encontrava possibilidade de limitação na ordem temporal. No Egito, por exemplo, o Faraó era a encarnação do próprio Deus ou descendente direto das divindades que reinavam no Vale do Nilo. Os terríveis reis assírios chamavam-se vigário dos deuses. O rei persa era o sacerdote magno. Amon, no Egito, Barduk ou Shamasch, na Babilônia, eram deuses nacionais. O califa, vigário do profeta, entitulava-se príncipe dos crentes (Emir El Mumenin) e governava pelos princípios constantes do Alcorão".

estavam seus vassalos, quase escravos, que se sustentavam com o mínimo e dependiam inteiramente do senhor feudal, uma vez que não possuíam terras.

1.2. Absolutismo

A reação ao feudalismo foi o surgimento das chamadas Monarquias Nacionais, que previam concentração total do poder nas mãos de uma só pessoa — o monarca. Dessa forma surgiu o absolutismo, resgatando da antigüidade o conceito de origem divina do poder, constituindo o monarca absoluto no representante de Deus na terra, no detentor absoluto de todo o poder.

Obviamente, com o poder absoluto concentrado em uma só pessoa, novamente verifica-se enorme concentração de renda, com a consolidação de um regime que privilegiava poucos (rei e nobreza) e desprestigiava a maioria (burguesia e povo). A lei era elaborada pelo rei, cabendo ao mesmo o julgamento de quem as contrariasse.

De fato, a burguesia via no Estado Absolutista um mero cobrador de impostos. Detinha o poder econômico, mas não participava das decisões políticas. Daí decorre o motivo pelo qual tornou-se imperioso modificar tal sistema, de modo que, uma vez findas as diferenças entre as classes, não fosse possível retornar ao estado anterior.

Com tamanha concentração de poder e tamanha indignação da classe que possuía o poder econômico, é de se ressaltar que tomaram corpo os ideais iluministas de liberdade e, principalmente, de igualdade entre os homens.

1.3. A tripartição de poderes e a Revolução Francesa

Entre todos os pensadores da época, o que mais se destacou foi o Barão de Montesquieu, que, em primorosa obra denominada *O Espírito das Leis* (1752), versa acerca do conceito de igualdade entre os homens.[3]

Ademais, propõe Montesquieu que o poder que antes pertencia a uma só pessoa, seja

[3] Veja-se trecho da obra *O Espírito das Leis*, p. 123: "Assim como o céu está distante da terra, o verdadeiro espírito de igualdade o está do espírito de igualdade extrema. O primeiro não consiste em fazer com que todos comandem ou que ninguém seja governado; e sim em obedecer e comandar seus iguais. Não busca ter nenhum senhor, e sim só ter seus iguais como senhores. No estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade, mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam e eles só voltam a ser iguais graças às leis" (Livro Oitavo, cap. III).

dividido em três, sendo eles o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo os mesmos independentes e harmônicos entre si. Caberia assim, ao Poder Legislativo a criação das leis, ao Poder Executivo a execução das mesmas e ao Poder Judiciário o julgamento dos cidadãos com base nas leis criadas pelo Legislativo.[4]

Com a Revolução Francesa, os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade vêm à tona, tomando por base o exemplo da independência norte-americana, que promulgou sua Constituição em 1787.

Um pequeno parêntesis deve ser feito acerca da Constituição Americana. Foi ela de fato a primeira lei máxima de um país a prever de forma clara e inequívoca que "todos os homens nascem livres e iguais em direito", uma vez que foi promulgada antes mesmo da Revolução Francesa, ocorrida em 1789.

Interpretar referida assertiva no fim do século XVIII, nos Estados Unidos da América, é dizer "todos os homens (sexo masculino) brancos e protestantes, nascem livres e iguais em direito". Não se pode deixar de afirmar que a Constituição Norte-Americana era extremamente aristocrática.[5]

Voltando as atenções para a Revolução Francesa, verifica-se que, antes mesmo da promulgação da Constituição Francesa de 1791, foi elaborada a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, em 1789, verdadeiro retrato da necessidade premente de se prever direitos iguais a todos, dificultando a ocorrência de discriminações. Além disso, a Declaração previa não só a elaboração de uma Constituição, mas a obrigatoriedade de seguir a teoria da

[4] Eis a base da Teoria da Tripartição de Poder, segundo Montesquieu, O*p. Cit,* p. 167-168.: "Existem, em cada Estado, três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último poder de julgar, e ao outro simplesmente o poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Se num Estado livre todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo" (Livro Décimo-primeiro, cap. VI).

[5] Alexandre de Moraes, no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizado em Curitiba nos dias 04 a 07 de outubro de 2004, afirmou que de fato a Constituição Norte-Americana é aristocrática, citando Hamilton, ao afirmar que "as paixões populares colocam em perigo as instituições de direito civil".

tripartição dos poderes já referida.[6]

De fato, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o ponto de partida para o entendimento atual acerca dos chamados direitos fundamentais, e positivado atualmente em quase todas as Constituições democráticas. Foi, outrossim, o ponto de partida para a elaboração da Constituição Francesa (1791) e do Código Civil Napoleônico (1804).

1.4. A Segunda Guerra Mundial

Contudo, o grande acontecimento histórico de importância fundamental para o constitucionalismo deu-se com a Segunda Guerra Mundial. Destaque-se que Adolf Hitler chegou ao poder de forma legal, nomeado chanceler em 30 de janeiro de 1933 por Hindenburg. Em outras palavras, a barbárie nazista tomou conta do Poder em absoluta conformidade com a Constituição de Weimar, o que levou o mundo a rever suas leis máximas após a Segunda Guerra Mundial.

O holocausto dos judeus, a matança de negros, ciganos e homossexuais, as condições desumanas dos campos de concentração, tudo isso levou a comunidade jurídica mundial a repensar e ampliar os conceitos de liberdade e igualdade, positivados nas Revoluções Americana e Francesa. Era preciso haver instrumentos normativos, de âmbito internacional, capazes de vincular países do mundo inteiro, de modo que os direitos humanos fossem protegidos.

Assim, foram instituídas as Nações Unidas, em 26 de junho de 1945. Ganhou força a idéia de direito internacional, que vinculassem os diversos países. Em 22 de novembro de 1969, foi aprovada em São José da Costa Rica a Convenção Americana sobre a Proteção de Direitos Humanos, entre outros instrumentos.

Destarte, a Declaração dos Direitos Humanos, adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, consistiu na tentativa de resposta à barbárie nazista. Surge o superprincípio da dignidade da pessoa humana, base do ordenamento jurídico dos Estados Democráticos atuais.

Referido princípio engloba o direito à vida, saúde, educação, moradia, segurança, entre

[6] Veja-se trechos da Declaração: "I – Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum. (...) XVI – Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição".

outras garantias. Era preciso elaborar leis que, por mais que preservassem os chamados "fatores de poder", resguardassem alguns direitos a todos, sem exceção.

2. Os riscos das Constituições formadas apenas pelos fatores reais do poder

A partir da análise histórica exposta, resta patente que, durante praticamente toda a história da humanidade, as leis ou regras de conduta sempre representaram tão somente os fatores do poder.

Contudo, verifica-se que os fatores de poder estão em constante mudança, de modo que uma Constituição que previsse os interesses de determinada classe dominante seria revogada no exato momento em que outra classe assumisse o poder. Ou seja: uma Constituição baseada nos fatores de poder tende a ser extremamente mutável.

E, de fato, tal situação ocorreu diversas vezes. Na história do Brasil, a maioria das Constituições sempre refletiu somente os fatores de poder. Exemplos são a Constituição de 1824, que instituiu o Poder Moderador, o qual concedia amplos (e quase totais) poderes ao Imperador, mas possuía rol pequeno de direitos individuais.

Outrossim, a Constituição de 1937 foi uma clara demonstração de que uma Carta Política elaborada somente com base nos fatores reais de poder não é eficaz. Isso porque a Carta Magna de 1934 somente refletia os interesses do Estado Novo, ditadura imposta por Getúlio Vargas.

Seu texto possuía caráter claramente fascista e autoritário, com desrespeito completo à tripartição dos poderes e a instituição de pena de morte para os crimes políticos. Não estava assente com a vontade popular. Privilegiava o poder de uma pessoa — o Presidente da República — em detrimento de toda a população.[7] Não exprimia a vontade popular e não possuía o reconhecimento de preservação dos direitos fundamentais em seu bojo.

Resultado: tal Carta nunca chegou a viger, uma vez que dependia de um plebiscito que jamais ocorreu. Foi substituída com a queda do Estado Novo, e a conseqüente queda de seu maior fator de poder (o Presidente Getúlio Vargas), pela Constituição de 1946, de caráter

[7] Celso Ribeiro Bastos, em obra denominada *Curso de Direito Constitucional*, p.119,, ressalta o poder absoluto do Presidente da República, citando o seguinte dispositivo da Constituição de 1937: "O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país".

democrático.

Um derradeiro exemplo de Constituição baseada somente nos fatores de poder é a Carta de 1967, instituída pelo Governo da Ditadura Militar. Não é preciso mencionar que a referida Constituição possuía caráter extremamente autoritário. Assim, reforçou os poderes do governo, mais precisamente os poderes do Presidente da República, reduziu a autonomia individual e permitiu a suspensão de direitos e garantias constitucionais.

Novamente era uma Carta baseada não na vontade popular, mas simplesmente no fator de poder do momento: o regime militar. Perdurou somente enquanto perdurou a ditadura, enquanto o regime encontrava-se no poder. Pouco tempo após o fim do regime, a Carta de 1967 foi substituída.

Chega-se à inevitável conclusão que as Constituições, bem como as demais regras que regem uma sociedade, não podem ser o reflexo somente dos fatores de poder, sob o risco de serem institutos temporários, que privilegiam a minoria e que necessitam de modificações permanentes, ocasionando incerteza jurídica.

3. A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica

Konrad Hesse, em obra denominada *A força normativa da Constituição*, expõe com perfeição os pontos fracos da mencionada teoria dos fatores de poder de Ferdinand Lassalle. De acordo com o mesmo, as normas constitucionais não podem somente prever relações fáticas, devendo prescrever condutas. Não fosse assim, as Constituições somente serviriam para justificar o poder dominante em determinada época. E essa não é a função da Carta Magna de um país.

De fato, e a doutrina é assente em afirmar, a Constituição é o conjunto máximo de leis de um país. Karl Marx define a Constituição como a superestrutura que define as regras da infra-estrutura da sociedade. Ademais, a Constituição cria o Estado de Direito. É nela que estão os princípios, as vigas mestras da sociedade. Pode-se afirmar que a Constituição dá vida ao Estado de Direito, norteando todo o seu ordenamento jurídico.[8]

[8] Carlos Ari Sundfeld, em obra denominada *Fundamentos de Direito Público*, p.41, assim versou acerca do tema: "Feita a Constituição, o Poder Constituinte desaparece. Surge o Estado, como criatura da Constituição. Podemos dizer então que o Estado Brasileiro atual nasceu, no sentido jurídico, em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da vigente Carta".

Assim, verifica-se que a Constituição, advinda do poder soberano do povo (nos Estados Democráticos), deve trazer em seu bojo o que há de mais precioso para o homem. Com isso, também é papel da Magna Carta positivar os direitos fundamentais do homem, tanto na sua esfera individual como perante a coletividade.

E os direitos fundamentais constituem a chamada "força normativa da Constituição", na medida em que, ao tentar alcançar a toda a sociedade, buscam impedir que somente os interesses dos fatores de poder sejam protegidos pela Constituição.

Neste sentido, e com base na breve análise histórica do item, pode-se afirmar que o que faltou às normas que privilegiam uns poucos em detrimento da maioria foi justamente a força normativa, que faz, ou deveria fazer valer determinados direitos para toda a sociedade, direito e garantias "mínimas", como saúde, educação e moradia.

Assim, a força normativa da Constituição deve voltar-se para o lado social, deve cuidar dos hipossuficientes, dos menos abastados, deve garantir a igualdade jurídica de todos, englobando-se aqui tanto o conceito de igualdade formal quanto o conceito de igualdade material.

Somente através da força normativa da Constituição, capaz de proteger as pessoas externas aos fatores de poder é que se poderá imaginar uma sociedade mais justa e, em conseqüência, mais igualitária.

Só assim ter-se-á segurança jurídica nas relações entre as pessoas. E a segurança jurídica presume a confiança no direito, nas leis, na Constituição Federal, trazendo harmonia à sociedade.[9]

Referida segurança busca alcançar a efetividade das normas, a extinção da justiça privada e o conhecimento das leis por parte dos seus destinatários finais — o povo — ocasionando estabilidade e eficácia jurídica.

Conclusões

Uma análise de toda a matéria exposta no presente trabalho não permite que se afirme

[9] O ilustre J. J. Gomes Canotilho, em obra entitulada *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, assim versou acerca do princípio da segurança jurídica: "O indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico".

com clareza qual obra — a de Ferdinand Lassalle ou a de Konrad Hesse — encontra mais proximidade com a teoria geral do direito constitucional. Ademais, ambos defendem a existência da Constituição como o conjunto de leis máxima de um país.

A diferença básica entre as duas obras reside nos elementos formadores da Constituição. De fato, para Lassalle a Constituição é formada pelos fatores de poder, enquanto que para Hesse os fatores de poder são um dos elementos formadores da Carta Magna, possuindo a mesma também força normativa, entre outros elementos.

Contudo, e como referido anteriormente, as Constituições, bem como as demais regras que regem uma sociedade, não podem ser o reflexo somente dos fatores de poder, sob o risco de serem institutos temporários, que privilegiam a minoria e que necessitam de modificações permanentes, ocasionando insegurança social e jurídica.

Assim, é de essencial importância que se verifique nas Constituições verdadeira força normativa capaz de criar determinadas normas atinentes a todos os setores da sociedade, outorgando garantias e tutelando os interesses das camadas da sociedade que se situam externamente aos denominados por Lassalle como fatores de poder.

Nesse diapasão, a Constituição não deve, e nem poderia, ser simplesmente um instrumento de afirmação dos fatores de poder. Sua natureza e função vão muito além, devendo a Carta Magna, através de sua força normativa, impor tarefas a toda a sociedade e se fazer presente na consciência geral do povo.

Destarte, a verdadeira Constituição deve possuir em seu bojo os interesses inerentes aos fatores de poder, possuindo, outrossim, elementos de ordem política, social e econômica, positivados através dos princípios, dos direitos fundamentais e de toda sorte de demais regras que tornam uma Constituição o retrato de seu tempo, sempre tentando corrigir as injustiças do passado, de modo a construir um futuro de menos desigualdades.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 119.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n° 452, 2 out. 2004.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 94.

MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 123, 167-168.
SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.
MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 123, 167-168.
SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.