

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2010 – Ano 47 – Nº 185



Kátia Malta, "Orquídea". Acervo do Senado Federal.

A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse

IACYR DE AGUILAR VIEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Constituição no pensamento de Ferdinand Lassalle. 3. A Constituição no pensamento de Konrad Hesse. 4. Conclusão.

1. Introdução

Na introdução de sua obra *Über die Verfassung*, traduzida para a edição brasileira como “A Essência da Constituição”, Ferdinand Lassalle afirma o caráter científico da sua palestra¹, exortando o público ouvinte a se despir de quaisquer idéias ou conhecimentos prévios a respeito do tema, como se dele tomasse conhecimento pela primeira vez, para que melhor acompanhasse e compreendesse o desenvolvimento do seu pensamento.

Tal posição se justifica pelo caráter da conferência proferida, que, como o próprio texto sugere, talvez tivesse como objetivo conscientizar o proletariado ouvinte. Aspectos biográficos, traçados por Aurélio Wander Bastos no prefácio da obra, fornecem-nos um perfil de Ferdinand Lassalle, que não teria se preocupado em dar uma tonalidade jurídica ao seu discurso, nem tampouco em fornecer subsídios lógicos para a formulação de uma

¹ Segundo Aurélio Wander Bastos (em Nota Explicativa à edição brasileira de *Über die Verfassung*, traduzida como “A Essência da Constituição”, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985. p. ix), trata-se de uma conferência proferida em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia. Segundo Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991. p. 9. Tradução de: Die normative Kraft der Verfassung), trata-se de conferência sobre a essência da Constituição, proferida em 16 de Abril de 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim.

teoria da Constituição, mas, sim, em conscientizar o ouvinte, numa preocupação eminentemente política.

O texto analisado trata de questões relevantes tais como: poder constituinte, processo de formação das leis, reforma constitucional, supremacia da Constituição, distinção entre Constituição formal e Constituição material etc., sem conferir-lhes tratamento jurídico.

Coube-lhe, no entanto, o mérito de haver lançado as bases de uma análise da Constituição no sentido material e sociológico, ao afirmar a necessidade de distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. Considerando que a verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos *fatores reais e efetivos de poder* que dominam nessa sociedade, observa que, quando a Constituição escrita não corresponder a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada.

Submetendo-se a tais condições, ou é reformada para ser posta em sintonia com os fatores materiais de poder da sociedade organizada, ou sucumbe perante esta. Na concepção de Lassalle, os problemas constitucionais não são primariamente problemas de direito, mas de poder.

A análise do texto “A Essência da Constituição” será feita, basicamente, com o subsídio da obra “A Força Normativa da Constituição” (tradução efetuada pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes da aula inaugural proferida pelo Professor Konrad Hesse na Universidade de Freiburg – RFA, em 1959, sob o título: *Die normative Kraft der Verfassung*).

Konrad Hesse, ao contrapor-se às reflexões desenvolvidas por Ferdinand Lassalle, não as refuta de forma peremptória. Relativizando a concepção de Lassalle, a completa; trazendo-a para uma nova realidade, realça o caráter normativo da Constituição.

Na concepção de Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação, e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana,

principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional.

Hesse relativiza as idéias de Lassalle ao condicionar a autonomia da Constituição:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”.

E acrescenta um elemento axiológico:

“Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”².

Como se pode observar nas primeiras linhas, tanto a obra de Lassalle quanto a obra de Hesse fornecem elementos para uma teorização da Constituição; um esforço de elaboração e aprofundamento de um conceito de Constituição.

Bem observa Jorge Miranda³ que não causa surpresa o fato de a Constituição surgir “com natureza, significação, características e funções diversas consoante as diferentes correntes doutrinárias que atravessam os séculos XIX e XX”.

Entre essas correntes, destaca o autor português as concepções jusnaturalistas (“manifestadas segundo as premissas do jusracionalismo nas Constituições liberais e influenciadas depois por outras tendências”), as positivistas (Laband, Jellinek ou Carré de Malberg e Kelsen), as historicistas (Burke, De Maistre, Gierke), as sociológicas (aqui se inclui Ferdinand Lassalle), as institucionalistas (Hauriou, Renard, Burdeau, Santi Romano, Mortati), a decisionista (Schmitt), as

² HESSE, op. cit., p. 14-15.

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

concepções decorrentes da filosofia dos valores (Maunz, Bachof) e as concepções estruturalistas (Spagna Musso, José Afonso da Silva)⁴.

Não obstante, a riqueza doutrinária que a análise pormenorizada de cada uma dessas concepções traria a este estudo não a faremos. Vale ressaltar que o quadro histórico em que surge cada concepção traz seu próprio contorno político e econômico, que por sua vez determina o contorno social.

O Estado, ao tempo em que escreve Lassalle, encontra-se dentro de uma moldura que não comportaria o Estado ao tempo em que escreve Hesse. As estruturas políticas, econômicas e sociais oferecem ao constitucionalismo do século XIX conotações diversas das oferecidas à doutrina constitucional do século XX.

Além das experiências vivenciadas durante as duas grandes guerras e o desenvolvimento científico e industrial verificado no século XX, podemos apontar ainda a instituição das formas de controle jurisdicional da constitucionalidade que, também neste século, constituíram fatores de modificação sobre a ordem constitucional.

Conforme realçado por Jorge Miranda⁵, “o conceito material de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vai ser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto, a uma pluralidade de conteúdos”.

A influência histórica se revela de forma clara no posicionamento de Lassalle. Tal fator é melhor observado quando confrontamos seu pensamento com o de Konrad Hesse.

Para melhor clareza na exposição, dividiremos este trabalho em duas partes: A Constituição no pensamento de Ferdinand Lassalle e A Constituição no pensamento de Konrad Hesse.

2. A Constituição no pensamento de Ferdinand Lassalle*

Assim como a interpretação jurídica depende sempre da concepção que o intérprete tenha do Direito⁶, saber o que seja a essência da Constituição dependerá sempre da concepção que se tenha da Constituição.

⁴ *Ibidem*, p. 53-4.

⁵ *Ibidem*, p. 20.

* As transcrições entre aspas, sem referência expressa, pertencem ao texto *A Essência da Constituição*.

⁶ AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Interpretação. Ajuris*, Porto Alegre, n. 45, 1989.

Lassalle inicia sua obra com uma indagação: qual a verdadeira essência, qual o verdadeiro conceito de uma Constituição?

Não basta apresentar a matéria concreta de determinada Constituição, tampouco basta buscar, na legislação precedente, seus dispositivos para alcançarmos um conceito de Constituição e, portanto, a sua essência.

Analisando a resposta de um jurisconsulto: “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, tratando-se de um país republicano: “A Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do Direito Público do País”, o autor entende que as respostas jurídicas distanciam-se muito e não explicam cabalmente a pergunta feita, limitando-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem; fornecem critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição, porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é, onde pode ser encontrada a sua essência⁷; também não servem para nos orientar se uma Constituição é boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável.

Somente é possível verificar “se a Carta Constitucional determinada e concreta que estamos examinando se acomoda, ou não, às exigências substantivas” após sabermos qual é a verdadeira essência de uma Constituição, o que não é possível por meio das definições jurídicas, “pois podem ser aplicadas a todos os papéis assinados por uma nação ou por esta e seu rei, proclamando-as Constituições, seja qual for o seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência”.

⁷ Atualmente pode-se apontar como elementos essenciais da Constituição o seu *caráter temporal*, isto é, abertura ao tempo, historicidade; o seu *caráter processual*, isto é, como quadro normativo, insere-se no processo histórico que determina a sua mutabilidade; *consenso*, pois, como projeto dirigido ao futuro, com base na aceitação, para que haja eficácia programática é necessário que haja consenso sob pena de perder a legitimidade; *unidade*, apesar de não ser um código, de não ser exaustiva, requer unidade, que é alcançada por meio de princípios aglutinadores; *abertura ao tempo*, o que requer, pela sua incompletude, uma estrutura aberta cuja concretização será efetuada pelo Judiciário; e *ordem*. Notas de aula, quando da apresentação Seminário – Aplicabilidade das Normas Constitucionais pelo mestrando Humberto Bergamnn Ávila. CPG-Mestrado em Direito- UFRGS. 1º semestre de 1995.

Lassalle busca encontrar o conceito de Constituição por meio do método da comparação. Comparando Lei e Constituição, é possível estabelecer a diferença entre uma e outra, a partir de uma afinidade entre ambas – a essência genérica comum: “Uma Constituição, para reger, necessita de aprovação legislativa, isto é, tem que ser *também lei*. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples *lei*: é mais do que isso”.

A diferença fundamental está no fato de *ser a Constituição mais do que uma simples lei*:

- Diante do grande número de leis editadas a todo o tempo não há protesto. Há consenso da necessidade de edição de novas leis, que sempre modificam o aparelhamento legal existente.

- No entanto, há também consenso de que o mesmo não deve ocorrer quanto à Constituição. Há uma grande reserva quanto a modificação na Constituição. Muitos protestam.

- Existem Constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de modo algum.

- Outras Constituições dispõem que, para serem reformadas, não é o bastante o desejo de uma maioria simples; há necessidade de obtenção de 2/3 dos votos do Parlamento.

- Existem ainda as que declaram não ser da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo. Para reformá-la, deverá ser nomeada uma nova Assembléia Legislativa *ad hoc*, criada, expressa e exclusivamente, para esse fim, para que tal Assembléia se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada.

Esses fatos demonstram que “no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme, de mais imóvel que uma lei comum”.

A resposta “Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação” pode fornecer a verdade que está sendo buscada. Mas para que tal aconteça, faz-se necessário responder a outra pergunta: “Como distinguir uma lei da Lei Fundamental?” ou, “Qual a diferença entre Lei Fundamental e outra lei qualquer?”

No processo de distinção, destacam-se os seguintes pontos: a Constituição como lei fundamental deve constituir o verdadeiro fundamento das outras leis, devendo informá-las e engendrâ-las: “a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade*

ativa, de uma força eficaz e determinante, que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*”.

“Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da *necessidade*, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”.

Assinalando a supremacia da Constituição, conclui:

“Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental”.

À pergunta: – “Será que existe em algum país alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?” responde:

“Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.

Exemplifica com a hipótese de um incêndio que destruisse todos os originais e todas as cópias impressas de todas as leis de um país, gerando a necessidade de decretação de novas leis. “Neste caso, pergunta ele, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?”

Para responder, começa por enumerar os fatores reais do poder: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária.

A monarquia – Mesmo que o *povo* quisesse não reconhecer as prerrogativas que até então lhe tinham sido dispensadas ou não aceitasse a monarquia, não poderia impor a sua vontade, pois, contando com o apoio do Exército, o monarca estaria protegido – conclui ele: “um rei, a quem obedecem o Exército e os canhões... é uma parte da Constituição”.

A aristocracia – A influência dos nobres, grandes proprietários de terra, que, formando uma Câmara Alta, fiscalizam os acordos da Câmara dos Deputados – eleita pelo voto de todos os cidadãos –, aprovando-os ou não, além de contar com o apoio do Exército e dos canhões,

é sentida pelo rei e constitui “também uma parte da Constituição”.

A grande burguesia – A expansão industrial não aceitaria uma Constituição inspirada no modelo medieval (do tipo “gremial”). A expansão industrial requer “ampla liberdade de fusão dos mais diferentes ramos do trabalho nas mãos de um mesmo capitalista” e “necessita, ao mesmo tempo, da produção em massa e da livre concorrência – aqui no sentido de empregar quantos operários necessitar, sem restrições”.

A implantação de uma Constituição nos moldes medievais, isto é, do tipo gremial, provocaria uma crise no setor industrial e, conseqüentemente, no social. O fechamento de fábricas e o desemprego levariam os homens sem trabalho às ruas, subsidiados pela grande burguesia. Assim, a grande burguesia, também, um fragmento da Constituição.

Os banqueiros – O fato de o Governo também sentir apertos financeiros e necessitar contrair empréstimos em troca antecipada de títulos da Dívida Pública faz com que os banqueiros também se tornem parte da Constituição. O Governo deles necessita, como também necessita da cotação que a Bolsa de Valores dá aos títulos da Dívida Pública.

O Governo, limitado quanto à implantação de medidas excepcionais que firam os interesses dos banqueiros e das Bolsas de Valores, confere a estes lugar especial como fator real de poder, isto é, como parte da Constituição.

A consciência coletiva e a cultura geral da Nação também são consideradas “como partículas, não pequenas, da Constituição”.

A pequena burguesia e a classe operária – Na proteção dos interesses e na manutenção dos privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais e dos grandes capitalistas, o Governo poderia privar a pequena burguesia e a classe operária das suas liberdades políticas?

Lassalle conclui que sim, mesmo que de forma transitória. Mas se o Governo pretendesse subtrair à pequena burguesia e à classe operária não somente suas liberdades políticas, mas sua liberdade pessoal, transformando-as em escravos, não alcançaria tal pretensão, pois a pequena burguesia e a classe operária protestariam, formando um bloco invencível. Constitui então o povo uma parte integrante da Constituição.

A monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a consciência coletiva, a cultura geral da Nação e também o

povo (a pequena burguesia e a classe operária) constituem os fatores reais de poder.

A tese fundamental do pensamento de Lassalle pode ser assim resumida: a Constituição de um País é, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Estabelece a relação que existe entre esses fatores reais de poder e a Constituição jurídica:

“Juntam-se esses fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão *escrita*. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores *reais de poder*, mas sim verdadeiro – *direito*, instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido”.

Segundo Lassalle, “ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores *reais* do poder, transformando-os desta maneira em fatores *jurídicos*”. Tal fenômeno ocorre de forma “diplomática”, não havendo uma declaração expressa de que “os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma”.

Relata uma situação ocorrida na época, que retrata como os fatores reais de poder, dissimuladamente, operam por meio da legalidade: o Sistema Eleitoral das Três Classes, que vigoraria na Prússia de 1848 a 1918.

Até 1848, vigia o sufrágio universal, que garantia a todo cidadão, fosse rico ou pobre, o mesmo direito político, as mesmas atribuições para intervir na administração do Estado. Com a promulgação da Lei das Três Classes (1848), usurparam-se, aos trabalhadores e à pequena burguesia, suas liberdades políticas, sem despojá-las, no entanto, de um modo imediato e radical, dos bens pessoais, constituídos pelo direito à integridade física e à propriedade.

A Lei das Três Classes dividia a Nação em três grupos eleitorais de acordo com os impostos por eles pagos e que eram calculados de acordo com as posses de cada eleitor, chegando a alcançar resultados como: o opulento teria o mesmo poder político que dezessete cidadãos comuns, ou melhor, nos destinos políticos do País; o capitalista teria uma influência dezessete vezes maior que a de um simples cidadão sem recursos.

Outro exemplo apresentado por Lassalle é o da formação de uma Câmara Senhorial, um Senado, constituída pelos representantes da

grande propriedade sobre o solo – proprietários por tradição – e outros elementos secundários, com atribuições de aprovar ou não os acordos celebrados pela Câmara dos Deputados eleita pela Nação, que não teriam valor legal se fossem rejeitados por essa Câmara Senhorial, ou Senado.

A vontade nacional, e de todas as classes que a compõem, por mais unânime que seja, fica minada pela prerrogativa atribuída a um grupo de cidadãos que detêm a propriedade do solo.

Apenas o rei (e o Exército) pode superar o poder atribuído às três classes de eleitores. Como chefe supremo das Forças Armadas, uma vez que estas não são obrigadas a prestar juramento à Constituição, mas ao rei, possui este um poder muito superior ao que goza a Nação inteira, mesmo tendo esta um poder efetivo muito maior que do Exército. Isso porque o Exército se constitui numa força organizada que pode reunir-se a qualquer hora do dia ou da noite e que funciona com disciplina, enquanto o povo, mesmo sendo em número superior, não se encontra organizado, além de não possuir canhões.

Lassalle, no entanto, não subestima a força do povo, que “pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada”.

O autor conclui a primeira parte de sua Conferência entendendo haver demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: a Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e a Constituição escrita, à que denomina de “folha de papel”, numa alusão à frase de Frederico Guilherme IV que teria dito:

“Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma *folha de papel escrita*, como se fosse uma segunda Providência”.

Observando que todos os países possuíam e possuirão sempre uma Constituição real e efetiva, afirma ser esta uma necessidade que se impõe, “pois não é possível imaginar uma Nação onde não existam os fatores reais de poder, quaisquer que sejam eles”.

Aponta como exemplo a França, em que o povo estava habituado a sofrer o peso de todos os impostos e prestações que lhe quisessem impor; ressalta a desnecessidade de que tal circunstância conste de documento escrito, uma vez que naquele país vigorava a expressão

simples e clara dos fatores reais de poder, não constando, em nenhum documento escrito, quais os direitos do povo e quais os direitos do Governo. Tais tradições de fato assentavam-se nos *precedentes* que na Inglaterra continuavam a ter grande importância nas chamadas questões constitucionais.

Assinala que

“os fatos e precedentes, os pergaminhos, foros, estatutos e privilégios da Idade Média reunidos formavam a Constituição do País e que todos eles eram a expressão, de um modo simples e sincero, dos fatores reais do poder que regiam o País”.

Segundo Lassalle,

“todos os países possuem ou possuíam sempre, e em todos os momentos de sua história, uma Constituição *real e verdadeira*. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância –, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as *constituições escritas nas folhas de papel*”.

Nos Estados Modernos, com o fenômeno do monopólio do Direito pelo Estado, é que surgem, de modo generalizado, as Constituições escritas, “cuja missão é a de estabelecer *documentalmente*, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente”.

A aspiração de possuir uma Constituição escrita tem como origem o fato de ter-se operado uma transformação nos elementos reais do poder imperantes dentro do país, num determinado momento:

“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”.

Como ocorrem essas transformações que afetam os fatores reais do poder de uma sociedade pode-se observar por meio da história:

O Estado pouco povoado da Idade Média, sob o domínio governamental de um *príncipe* e com uma nobreza que possuía a maior parte da propriedade territorial, necessitava de uma Constituição feudal. A nobreza detinha, além da posse das terras, o poder sobre os feudatários, os servos, os colonos, obrigando-os a formar suas hostes e a lutar com os seus

vizinhos. Os senhores feudais possuíam, ainda, chefes de armas, soldados, escudeiros e criados que, sob o seu poder, também serviam ao rei, que não possuía outra força efetiva que a dos próprios que compunham a nobreza. O *príncipe* não poderá criar, sem seu consentimento, novos impostos e ocupará entre eles apenas a posição de *primus inter pares*.

A passagem do feudalismo ao capitalismo determina novas mudanças. Novos fatores reais de poder surgem determinando novo modelo de Constituição:

“a população cresce, a indústria e o comércio progredem e seu progresso facilita os recursos necessários para fomentar novas mudanças, transformando as vilas em cidades. Nasce a pequena burguesia e os grêmios das cidades começam a desenvolver-se também, circulando o dinheiro e formando os capitais e a riqueza particular”.

A população urbana não mais depende da nobreza; tem interesses opostos a esta que, pouco a pouco, perde as prerrogativas e os poderes.

O príncipe alcança maior poder efetivo, chegando a possuir um Exército permanente; retira da nobreza a prerrogativa de receber tributos, obrigando-a ao pagamento de impostos.

Com a transformação dos *fatores reais do poder*, transforma-se também a *Constituição vigente* no país. O absolutismo sucede ao feudalismo, dando razão a uma nova ordem.

O príncipe, como soberano absoluto,

“não acredita na necessidade de se *pôr por escrito* a nova Constituição; a monarquia é uma instituição demasiado prática para proceder assim. O *príncipe* tem em suas mãos o instrumento real e efetivo do poder, tem o exército permanente, que forma a Constituição efetiva desta sociedade, e ele e os que o rodeiam dão expressão a essa idéia, dando ao país a denominação de ‘estado militar’”.

O poder efetivo do príncipe é reconhecido pela nobreza, que abandona os feudos e se concentra na Corte, onde “recebe uma pensão e contribui, com sua presença, para prestigiar a monarquia”.

O próximo passo registrado pela história e também analisado por Lassalle é o do fortalecimento da burguesia, por meio do desenvolvimento da indústria e do comércio. Ao príncipe torna-se impossível acompanhar o desenvolvimento da burguesia, “que começa a compre-

ender que também é uma potência política independente”.

Paralelamente ao aumento da população, aumenta-se e divide-se a riqueza social em proporções incalculáveis, progredindo também as indústrias, as ciências, a cultura geral e a consciência coletiva; outro dos fragmentos da Constituição.

Surge o protesto da burguesia. Fato ocorrido na Prússia em 18 de março de 1848.

Lassalle termina a primeira parte da sua exposição entendendo “haver demonstrado que os fatos históricos analisados tiveram o mesmo efeito de um incêndio”(correspondem ao incêndio hipotético apresentado no início da sua obra) ou de um furacão que “tivesse varrido a velha legislação nacional”.

Ao tratar sobre a Constituição escrita e a Constituição real, Lassalle inicia afirmando a prevalência do direito privado em caso de revolução e afirmando o desmoronamento das leis do direito público quando num país arrebenta e triunfa uma Revolução.

Foi o caso da Revolução de 1848, ocorrida na Prússia, que demonstrou a necessidade de se criar uma nova Constituição escrita, tendo o rei se encarregado de convocar, em Berlim, a Assembléia Nacional para estudar as bases de uma Nova Constituição.

“Em 1848 ficou demonstrado que o Poder da Nação é muito superior ao do Exército”, mas aponta a grande diferença que existe entre um e outro: a questão da organização de que é dotado o Exército e de que não dispõe o povo, “que é totalmente desorganizado, capaz de vencer apenas em momentos de grande comoção”.

Um erro da Revolução de 1848 apontado por Lassalle foi o fato de a Nação não ter absorvido o Exército, deixando-o continuar a serviço do rei contra os interesses da Nação.

Atribui à praticidade dos reis e à retórica do povo o fato de terem os reis melhores servidores do que os tem o povo.

Após essas observações, Lassalle apresenta três conseqüências da Revolução de 1848 na Prússia:

a) A preocupação em evitar que fossem afastados os fatores reais de poder dentro do país impediu que a Assembléia Nacional organizasse a sua Constituição por escrito.

b) Com a dissolução da Assembléia Nacional Constituinte, coube ao rei proclamar a Constituição; decretou-a voluntariamente e – ainda que

de acordo, em muitos pontos, com as idéias da Assembléia Nacional – não correspondia à sua pretensão, pois não se justificava pelos fatores reais de poder de que o rei continuava a dispor.

A disparidade entre a Constituição real, efetiva, e a Constituição escrita se fez notar e acarretou várias modificações. A constituição datada de 5 de dezembro de 1848, em que o rei espontaneamente concordava com uma série de concessões, foi alterada pela Lei Eleitoral de 1848, que estabeleceu os três grupos de eleitores.

A câmara criada à raiz desta Lei Eleitoral foi o instrumento de reformas à Constituição, aproximando-a do poder real, efetivo.

c) A terceira consequência apontada por Lassalle:

“Quando uma Constituição corresponde aos fatores reais de poder que regem um país, não há necessidade de modificá-la e o respeito a que a ela se tem é natural, não é lema de um ou de outro partido político, porque ela já é respeitada e invulnerável. Se, ao contrário, não corresponder, será modificada”.

O pensamento de Lassalle pode ser assim resumido:

– os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder;

– a verdadeira constituição de um país somente tem por base os valores reais e efetivos do poder que naquele país vigem;

– as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os valores que imperam na realidade social. Uma constituição escrita pode ser boa e duradoura quando corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Caso contrário, irrompe inevitavelmente um conflito impossível de ser evitado e no qual a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do País.

3. A Constituição no pensamento de Konrad Hesse*

Konrad Hesse apresenta uma concepção que pode ser considerada como uma síntese das diversas concepções modernas de Constituição:

* As transcrições entre aspas que não são referenciadas expressamente pertencem ao texto *A Força Normativa da Constituição*.

“Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade”⁸.

Como afirmado na Introdução, Hesse completa o pensamento de Lassalle. E o faz fortalecido pela expectativa de consolidação do Direito Constitucional moderno.

Após considerar como tese fundamental da obra de Lassalle a afirmativa de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, Hesse, citando Georg Jellinek, que afirmara: “o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos, cujas forças movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”, observa que “esse pensamento não pertence ao passado”, que “a coincidência de realidade e norma constitui apenas um limite hipotético extremo” e sustenta a necessidade de uma ficção – *uma força normativa da Constituição* – como força determinante para assegurar a eficácia da Constituição jurídica, uma vez que no âmbito da Constituição “inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos”⁹.

À conclusão de Lassalle de que a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os valores reais e efetivos do poder que naquele país vigem contrapõe-se Hesse:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (...) “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as

⁸ MIRANDA, op. cit., p. 59.

⁹ *A Força normativa da Constituição*, p. 10-12. Interessante recordar aqui as palavras do Dr. Plínio de Arruda Sampaio na 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Nacional Constituinte, em 27.4.1987: “Uma pessoa chegou a me sugerir que houvesse uma lei assim: Artigo tal: “Todos os artigos desta Constituição têm que ser cumpridos”. (Fonte: Dissertação de Mestrado – Itiberê de Oliveira Rodrigues. CPG-Mestrado em Direito-UFRGS). Não obstante a ausência de tal norma, as Constituições possuem mecanismos de defesa, principalmente por meio do controle da constitucionalidade das leis, principalmente após a criação de Tribunais Constitucionais que atuam como fator de fortalecimento da força normativa das constituições.

condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à 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 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”.

A questão da Constituição escrita é vista por Hesse da seguinte forma:

“A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição”.

Há necessidade da vontade de Constituição, isto é, há necessidade da vontade de cumpri-la e de conformar a realidade com as normas nela prescritas, pois além do *ser* ela prescreve um *dever ser*.

A vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas¹⁰:

– “Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e uniforme.

– Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação).

– Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo”.

Hesse enumera alguns pressupostos, “que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa”:

“Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.

¹⁰ HESSE, op. cit., p. 19-20.

Enumera como requisito essencial da força normativa da Constituição que ela

“leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo, o que irá assegurar à Constituição o apoio e a defesa da consciência geral”.

Enquanto Lassalle entendia a sujeição da Constituição aos fatores reais de poder, Hesse assevera que a Constituição, para ser aceita, para ter eficácia, para ser legítima, deve incorporar tais elementos, “não devendo assentar-se numa *estrutura unilateral*, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social”, condicionando, no entanto, a relação entre Constituição e realidade ao efetivo cumprimento das disposições constitucionais:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente”.

Ressalta o valor do respeito à Constituição, o perigo da reforma constitucional e o significado decisivo da interpretação constitucional.

Quanto à *preservação da Constituição*, Hesse reforça o seu pensamento citando Walter Burckhardt (1931), para quem a vontade da Constituição

“deve ser honestamente preservada, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”.

Quanto à *reforma constitucional*, afirma Hesse:

“Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente”.

Quanto à *interpretação*, “tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”. Segundo Hesse, o princípio da ótima concretização da norma, ao qual está submetida a interpretação constitucional,

“não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa”.

Da obra de Konrad Hesse pode-se concluir, ainda, que:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e os limites à força normativa da Constituição podem ser constatados quando a ordenação constitucional não mais se basear na natureza singular do presente, não sendo possível à Constituição suprimir esses limites.

É conferido um papel de destaque à interpretação construtiva, como condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. “Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

Atribui-se ao Direito Constitucional a tarefa de concretização da força normativa da Constituição, sobretudo porque esta não está assegurada de plano, “configurando missão que, somente em determinadas condições poderá ser realizada de forma excelente”. Conforme Hesse “a Ciência do Direito Constitucional cumpre seu mister quando envia esforços para evitar que as questões constitucionais se convertam em questões de poder”.

4. Conclusão

Após o confronto das duas obras, destaca-se que o Direito Constitucional busca, neste final de século, firmar-se como ciência, delineando o seu objeto, a se preocupar, não apenas com a organização do Estado e a distribuição dos poderes e das competências. Ela busca contribuir de forma mais direta e eficaz para o desenvolvimento do sistema jurídico, servindo-lhe de fundamento material, por meio da concretização dos princípios constitucionais, tanto pela via legislativa quanto via jurisprudencial.

Pontes de Miranda, no prólogo aos *Comentários à Constituição de 1946*¹¹, traça um perfil das Constituições do nosso século:

“No século XX, principalmente após a Grande Guerra, não é possível falar-se de Constituição, sem se lhe procurarem as causas e a função sociológica. Constituição só política, sem preocupações do problema social, que avulta cada dia, agravado por outro, que é o das relações entre os Estados de toda a Terra, é temeridade, sobre ser anacronismo. Ao mesmo tempo que se observa a tendência à fixação dos *fins da política*, obrigando à nitidez dos programas partidários, ou à própria instalação do unipartidarismo, outra tendência igualmente inevitável exige que o Estado lance as vistas por sobre todos os setores da vida social, quer se trate das forças culturais e religiosas, quer de qualquer outra atividade do homem”¹².

Uma concepção mais recente, que também merece ser transcrita, é-nos fornecida por Mauro Cappelletti:

“As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a *dizer estaticamente o que é o Direito*, a ‘dar uma 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 daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente,

¹¹ 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1960. v. 1, p. 15.

¹² Nessa mesma obra, à página 175, Pontes de Miranda observa que, “durante o século XIX e o começo do século XX, o direito constitucional obedecia a certos princípios que constituíam o eixo, por bem dizer, da civilização européia e americana”(…) e que “por cima e à base de tal direito, no qual era implícito o individualismo jurídico, achava-se todo um sistema de soluções facilitadoras do triunfo econômico e social dos elementos *possuidores* das populações, ou dos que a estrutura política, a educação e o próprio liberalismo manchesteriano deixavam subir à classe possuidora”. Tais observações bem demonstram o espírito individualista do século XIX e início do século XX, que se revelava pelas Constituições e que, após as duas Grandes Guerras, relativiza-se, voltando-se para uma visão mais social do Direito.

costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em *uma polêmica contra o passado* e em *um programa de reformas em direção ao futuro*¹³.

A Constituição que se volta em direção ao futuro exige uma redação muito bem elaborada – deve conter disposições fundamentais para o estabelecimento da sociedade, de forma que a constante adaptação da norma constitucional à realidade seja feita sem ferir os princípios que lhe deram conformação. O exemplo a que se pode recorrer se encontra na Constituição Federal norte-americana de 1787, cuja supremacia tem sido afirmada, no decorrer de mais de dois séculos, período em que foi objeto de apenas vinte e uma emendas, a despeito do desenvolvimento verificado no País a que serve de estrutura.

Os mecanismos de controle e a criação de Tribunais Constitucionais se revelam como possíveis de efetuar a integração entre a norma constitucional e a realidade, expressa tanto em fatos submetidos à apreciação do Judiciário, quanto mediante o exame das normas infraconstitucionais. A “interpretação em conformidade com a Constituição” possibilita reafirmar, em cada ato praticado ou julgado, a supremacia da Constituição.

Bibliografia

- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1992.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Traducción esp. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel, 1976.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Ed., 1991. v. 2.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1960. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1992. p. 89.