Felipe de Melo Fonte

Teoria do **Direito Constitucional**

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

5

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Até aqui dedicamos longo tempo do nosso estudo à formação do constitucionalismo e à teoria do poder constituinte sob as perspectivas histórica e política. Como vimos, a compreensão contemporânea das constituições e da jurisdição constitucional tem pouco mais de dois séculos. As constituições eram entendidas de modo diferente antes desse período e não há nenhuma garantia de que a forma como as vemos hoje será mantida no futuro. Do mesmo modo, a jurisdição constitucional sofreu muitas transformações ao longo do tempo. O estudo histórico-político das constituições tem um propósito claro: desnaturalizar as instituições como as conhecemos hoje, reconhecendo-lhes o caráter contingente e o fato de representarem respostas aos problemas que temos hoje.

Estudar *teoria da constituição* na forma aqui proposta é dar um passo atrás nesse percurso e nos perguntarmos, uma vez mais e sob perspectiva puramente teórica, qual é a natureza do objeto do direito constitucional. É responder à pergunta: **afinal, o que é uma constituição e para que ela serve?**[1] Perguntar-se sobre o objeto do direito constitucional é a questão fundamental da teoria da constituição e várias respostas foram apresentadas a essa pergunta, como veremos a seguir[2].

Outra perspectiva dessa discussão é a indagação sobre o que deveriam ser as constituições, tanto sob a perspectiva ***estrutural*** quanto de ***conteúdo***. É possível, por exemplo, defender que as constituições não deveriam ser guardadas por uma Corte constitucional, ou que deveriam ser costumeiras (não escritas) ou que deveriam proteger apenas certos tipos de conteúdos (por exemplo, questões relacionadas aos mecanismos da democracia ou apenas direitos fundamentais, deixando de lado temas mais recentes, como proteção ao meio ambiente e direitos indígenas).

1. David Dyzenhaus, Malcolm Thorburn, *Philosophical foundation of constitutional law*, 2016, p. 1.
2. Para uma ampla revisão das teorias da constituição, com ênfase também em autores portugueses e brasileiros, v. Jorge Miranda, *Teoria do estado e da constituição*, 2019, pp. 253-279.

Todas essas questões, embora tangenciem o debate sobre teoria da constituição, podem ser colocadas no âmbito da filosofia constitucional[3].

5.1. A CONSTITUIÇÃO LIBERAL CLÁSSICA

O *constitucionalismo clássico liberal* assenta-se na ideia de que as constituições servem ao propósito de proteger o indivíduo contra o abuso do poder político, em favor da liberdade[4]. **A construção teórica do constitucionalismo liberal clássico ocorre por antagonismo ao Estado absolutista e estamental, no qual as liberdades não estavam garantidas frente ao arbítrio**. Em outras palavras, o que se pretende é construir um arcabouço institucional que seja capaz de preservar as liberdades do indivíduo, prevenindo a instauração de uma tirania e protegendo-o contra abusos decorrentes do uso do poder de coerção estatal.

A síntese da constituição liberal clássica encontra-se no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dispõe: "*Artigo 16. Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes,* ***não tem Constituição***" [5]. Como se pode ver, a constituição se define pelo seu propósito (contenção de poder político), e é reconhecida pelos seus mecanismos (previsão de direitos individuais, separação de poderes).

Ao contrário do que acontece nas definições contemporâneas de constituição, a definição liberal de constituição não ocorre por meio da posição que ela ocupa no ordenamento jurídico – o que caracteriza os

3. Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito constitucional*, 2012, p. 206: "A filosofia constitucional, como já adiantado, possui uma forte dimensão prescritiva, pois ela não se volta precipuamente ao exame dos papéis e funções efetivamente desempenhados pelas constituições, mas busca propor os modelos considerados mais adequados ou justos para a organização do Estado e da sociedade". Estes temas não são tratados na presente obra, de modo que sugerimos a leitura do manual dos professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (*Direito constitucional,* 2012, pp. 206-241). Para uma visão mais aprofundada, v. Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, 2019.

4. Richard Epstein, *Classical liberal constitution*, 2014, pp. 17-20.

5. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto também chamam a constituição clássica liberal de *idealismo constitucional* (*Direito constitucional*, 2012, p. 184). Contudo, rigorosamente falando, há diversas correntes de pensamento constitucional que podem ser consideradas *idealistas*, que vão desde o liberalismo clássico, passam pelo positivismo de Hans Kelsen e terminam no atual neoconstitucionalismo (ver subcapítulos subsequentes). Para uma discussão sobre a oposição entre idealismo e realismo, v. Johannes Hessen, *Teoria do conhecimento*, 2012, pp. 73-85.

conceitos formais de constituição –, **mas sim por certos traços materiais que elas possuem**. A supremacia constitucional é mera consequência do papel desempenhado pelas cartas, e não um critério definitório. Somente os documentos que garantem os direitos individuais básicos e asseguram a separação de poderes podem assim ser considerados. Por simples derivação lógica, na visão liberal clássica, seria possível afirmar que diversos países autoritários não teriam "verdadeiras" constituições[6].

Como vimos ao longo do Capítulo 2, o fundamento teórico do constitucionalismo liberal clássico é o jusnaturalismo proveniente sobretudo das obras contratualistas (Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau). Ele se assenta na crença de que há direitos inerentes à condição humana, de natureza pré-estatal e pré-política, oponíveis aos que exercem função de governo, o que justifica a existência de duas ordens jurídicas, uma delas superior (a ordem constitucional) e a outra ordinária (a legislação). A ordem constitucional seria superior justamente porque a constituição positiva esses direitos naturais; isto é, a supremacia da constituição decorreria exclusivamente do seu conteúdo. Na visão clássica, a submissão da política ordinária à constituição somente se justifica por esse motivo (de ordem metafísica).

Do ponto de vista histórico, a concepção de constituição puramente liberal foi superada no início do século XX, com as constituições sociais e econômicas (pontos discutidos nos subcapítulos 2.4.1 e 2.4.2, aos quais se remete o leitor). Portanto, essa forma de enxergar a realidade constitucional não é equivalente à visão contemporânea sobre as constituições. Em primeiro lugar, e como já falamos em capítulos precedentes, o direito constitucional contemporâneo não se assenta em um fundamento metafísico ou jusnaturalista, mas exclusivamente político. A constituição é fruto de uma *decisão* da associação política entre as pessoas (o poder constituinte originário). Em segundo lugar, as constituições são identificadas a partir da sua posição no ordenamento jurídico, e não em razão do conteúdo que ostentam. No tópico seguinte, começaremos a entender como ocorreu essa transição.

6. De certa forma, como se pode intuir, a constituição clássica liberal acaba por transformar em sinônimos os termos *constituição* – documento jurídico que se encontra no topo do ordenamento jurídico – com *constitucionalismo*, que consiste exatamente nessa ideia de preservação das liberdades (não apenas individuais, como reconhecemos hoje).

É preciso registrar, contudo, a importância da tradição liberal no direito constitucional, ao enfatizar a necessidade de criação de instrumentos de contenção do exercício abusivo do poder político. Embora o direito constitucional contemporâneo tenha agregado a si outras funções, nem sempre de fácil conciliação, essa segue sendo sua missão primária e primordial. A separação de poderes, o amplo catálogo de direitos fundamentais e os instrumentos de organização estatal – que compõem parcela significativa dos textos constitucionais – guardam esse propósito e devem ser interpretados à sua luz.

5.2. SOCIOLOGISMO CONSTITUCIONAL

A difusão das ideias políticas das revoluções burguesas, sem dúvida, representou inegável avanço no reconhecimento de direitos e na limitação do poder. Entre a ordem feudal e a nova ordem liberal, houve um considerável salto civilizatório. Como visto no Capítulo 2, as revoluções liberais em geral, e a francesa em particular, inspiraram (e ainda inspiram) movimentos emancipatórios em todo o mundo. Não se pode diminuir esse legado.

Contudo, com a chegada do século XIX, as constituições liberais e seus pressupostos teóricos foram colocados em xeque. Instilou-se a percepção de que, a pretexto de instituir direitos que seriam inatos e evitar a tirania, a ordem liberal significou, na prática, a substituição dos dominadores políticos. As contradições entre o discurso e a prática liberais eram evidentes: a despeito de proclamarem a igualdade abstrata entre as pessoas, ainda havia regimes jurídicos diferentes para mulheres e escravos; a despeito das proclamações abstratas e grandiloquentes sobre a natureza universal dos direitos políticos (lembre-se da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão), as metrópoles europeias conviviam com colônias em todos os outros continentes. O discurso jusnaturalista e metafísico que servia de justificativa para a ordem constitucional era absolutamente contraditório com a realidade.

É nesse contexto que surgem as reflexões socialista e marxista (que foram objeto de análise no subcapítulo 2.4 do livro), que denunciam precisamente as relações de dominação econômica mediante o uso do aparato estatal. No direito constitucional, o questionamento mais contundente da constituição clássica liberal está nas conferências do autor alemão Ferdinand Lassalle, realizadas em 1862, que posteriormente foram reunidas em

uma obra traduzida para o português com o título *A essência da constituição*[7]. As teses de Lassalle ainda constituem críticas atuais ao direito constitucional.

Os dois argumentos centrais do autor são os seguintes: **(i)** as questões constitucionais são, na verdade, questões políticas (*i.e.*, de poder) e não jurídicas, **(ii)** a constituição real ou verdadeira é o resultado da correlação de forças dominantes em certa sociedade[8].

O ponto de partida de Lassalle consiste na pergunta singela: *o que é uma Constituição?* O autor apresenta as respostas dos juristas: constituição é a lei fundamental proclamada pela nação. Contudo, segundo Lassalle, isso não explica a verdadeira essência da constituição[9]. Buscando encontrar uma resposta, Lassalle faz uma comparação entre a natureza das constituições e das leis. Na sua visão, o conteúdo da constituição tem algo de *especial* na visão coletiva, com mais vocação de *permanência*[10] (salvo raríssimos casos, leis novas são aprovadas diariamente sem maiores preocupações sociais). Esse elemento "fundamental" da constituição não é fruto de um acidente, nem do acaso. Para ser definido dessa forma, esse conteúdo – que, inclusive, condiciona as próprias leis feitas pelo parlamento – depende da existência de uma força motriz que assegure a sua *fundamentalidade*. Lassalle então se pergunta que força *ativa* seria essa, capaz de "influir de tal forma em todas as leis do mesmo [país], que *as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?*"[11].

Segundo o autor, a única resposta possível são *os fatores reais de poder*. Nas palavras do autor: "*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*"[12]. O autor então passa a analisar o papel de cada uma

7. Ferdinand Lassalle, *A essência da constituição*, 2016.
8. Consoante sintetizadas por Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*, 1991, p. 3.
9. Ferdinand Lassalle, *A essência da constituição*, 2016, p. 6: "Todas essas respostas jurídicas, porém, ou outras parecidas que se possam dar, distanciam-se muito e não explicam cabalmente a pergunta que fiz".
10. Ferdinand Lassalle, *A essência da constituição*, 2016, p. 8: "Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum".
11. Ferdinand Lassalle, *A essência da constituição*, 2016, p. 10.
12. Ferdinand Lassalle, *A essência da constituição*, 2016, pp. 10-11.

das instituições políticas relevantes da Prússia (antigo Estado europeu). A despeito de reconhecer que até o povo, "nos casos extremos e desesperados", também é parte integrante da Constituição, Lassalle enxerga a preponderância da monarquia, do exército e da burguesia na definição do verdadeiro conteúdo da constituição. Ou seja, ao povo dá-se, no máximo, o papel de coadjuvante de luxo.

Portanto, o mais importante é que Lassalle acredita que a essência da constituição não se encontra no texto promulgado – na constituição escrita –, mas sim na *vontade política* das classes dirigentes e eventualmente apenas no povo. Segundo ele, "essa *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar *folha de papel*"[13]. Antes de prosseguir, avaliemos o impacto da análise de Lassalle sobre a realidade constitucional. Como vimos durante todo o Capítulo 3, a história constitucional brasileira é repleta de incidentes que desaguaram no descumprimento do texto constitucional. Do Golpe da Maioridade à posse de Floriano, da sucessão de Getúlio Vargas após o suicídio aos governos da ditadura militar. Lassalle reconduz a supremacia constitucional ao poder político *puro*, escancarando o caráter mítico da narrativa liberal.

Levada ao extremo, a visão de Lassalle considera que o *direito* constitucional somente pode ser uma *farsa*, na medida em que parte da narrativa de que o fenômeno jurídico tem primazia sobre a política[14]. Ora, se a constituição liberal clássica afirmava servir para limitar o poder político, e o direito constitucional sempre cede à política, então toda a teoria constitucional não passa de uma cortina de fumaça que apenas serve ao propósito de legitimar instituições intrinsecamente autoritárias. De certa forma, e segundo essa visão, o constitucionalismo liberal não é muito diferente das ordens políticas pretéritas, que fundavam o dever de obediência em um mito fundador (o direito divino dos reis; a tradição dos antigos; os *direitos*

13. Ferdinand Lassalle, *A essência da constituição*, 2016, p. 23.

14. Como já se pode antever, a fonte teórica de Lassalle é a crítica marxista às instituições burguesas (embora não aplicada às últimas consequências). Nessa visão, o direito corresponde a uma superestrutura que é condicionada pelas relações econômicas estabelecidas na sociedade. O direito, nessa linha, tem por objetivo a manutenção da dominação de classes. Segundo o biógrafo Edward Bernstein, "Lassalle tira muito mais do que reconhece do livro de Marx ao qual ele se refere. Deduções muito importantes e até mesmo citações deste livro são utilizadas sem qualquer alusão ao original" (*Ferdinand Lassalle as a social reformer*, 1893, p. vii).

naturais e inalienáveis do homem)[15]. A pretexto de salvaguardar a liberdade, o liberalismo aplicado às instituições serviria para a dominação pura e simples, desta vez sob a roupagem de proteger a liberdade.

Essa visão sobre as constituições – de prevalência das relações de poder sobre qualquer pretensão de normatividade – também é conhecida como *sociologismo constitucional*. Embora não seja a visão predominante hoje, que reconhece algum grau de autonomia ao fenômeno jurídico-constitucional, Lassalle chama a atenção para um elemento relevante do direito constitucional: a enorme proximidade entre ele e a política.

5.3. DECISIONISMO CONSTITUCIONAL

A dimensão ***política*** da constituição também é destaque na obra de Carl Schmitt, cujo pensamento apresenta afinidades com o realismo constitucional de Lassalle, embora não se confunda com ele. Para Schmitt, a constituição não se reduz a um conjunto de normas jurídicas formalmente superiores; ela corresponde à ***decisão política fundamental*** sobre a forma e o modo de existência da unidade política[16]. A decisão política fundamental é o ato consciente pelo qual o titular do poder constituinte (o povo numa democracia ou o monarca numa monarquia) determina a totalidade da unidade política e a sua forma concreta de existência[17]. Para o autor, a constituição *não é uma mera norma ou uma coleção de leis*, mas sim essa decisão existencial prévia que fundamenta todo o ordenamento jurídico.

Com base nessa premissa, Schmitt diferencia os conceitos absoluto, positivo e relativo de constituição[18]. O conceito absoluto designa a constituição como a própria condição concreta de existência da unidade política e da ordem social. Nesse sentido, segundo Schmitt, o Estado não apenas

15. Mircea Eliade, *Mito e realidade*, 2016, p. 11: "O mito é uma história sagrada; ele relata um acontecimento ocorrido no tempo primordial, o tempo fabuloso do 'princípio'". O mito fundacional do constitucional tem uma função de legitimação da ordem: "os mitos relevam que o mundo, o homem e a vida têm uma origem e uma história sobrenaturais, e que essa história é significativa, preciosa e exemplar" (p. 22).
16. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008, pp. 75-78.
17. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008, p. 76: "Para sua validade como disciplina normativa, toda lei – inclusive a lei constitucional – depende, em última instância, de uma decisão política que lhe seja anterior, decisão essa adotada por um poder ou autoridade que exista politicamente".
18. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008, pp. 59-74.

tem uma constituição: ele é uma constituição. Já o conceito positivo refere-se propriamente à decisão política fundamental sobre a forma de Estado, a forma de governo e o modo de organização da unidade política. Por outro lado, o conceito relativo, criticado pelo autor, identifica a constituição com as disposições individuais formalmente inseridas no texto constitucional ou submetidas a procedimento especial de alteração. Essa visão torna a constituição relativa porque iguala, de maneira formalista, decisões políticas existenciais do Estado a disposições meramente acessórias – como, por exemplo, o direito ao sigilo dos documentos pessoais de um funcionário público, conforme exemplo dado pelo próprio autor[19] –, como se ambas tivessem a mesma importância fundamental.

Por isso, a constituição não é, primariamente, um limite normativo externo ao poder político, como tende a sustentar o constitucionalismo liberal, mas a expressão máxima da decisão constituinte a partir da qual a sociedade se organiza. Há duas consequências práticas relevantes que decorrem desta visão. A primeira é o reconhecimento de que o poder constituinte é um puro poder de fato, que não encontra limites jurídicos (conforme discutido no Capítulo 4.2)[20]. A segunda é a rejeição de Schmitt ao estabelecimento de tribunais constitucionais para o exercício da fiscalização constitucional, que levaria à politização da justiça, e não à juridicização das questões de poder[21].

Carl Schmitt contribuiu significativamente para o direito constitucional ao enfatizar que a constituição expressa, em sentido positivo, uma decisão política sobre a organização do poder e da sociedade. Ao contrário da perspectiva normativa pura proposta posteriormente por Hans Kelsen em 1934 – analisada a seguir –, Schmitt sustenta que constituições não são apenas sistemas normativos neutros e autorreferentes, mas refletem decisões concretas sobre quem exerce o poder constituinte e como esse poder estrutura politicamente a unidade estatal.

19. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008, p. 67.

20. Com razão, a doutrina costuma associar a visão de Schmitt à máxima de Thomas Hobbes de que a autoridade, e não a verdade, faz a lei (*auctoritas non veritas facit legem*). Cf. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 176.

21. Schmitt defendia que o verdadeiro "Guardião da Constituição" deveria ser o Chefe de Estado (o Presidente do Reich), que encarnava a *unidade* do povo. Cf. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional,* 2011, p. 104; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 562.

Com isso, Schmitt desafia tanto concepções idealistas que justificavam as constituições por princípios éticos superiores ou valores naturais externos ao direito quanto concepções normativistas que as reduziam a sistemas de normas formalmente válidas. Sua visão *decisionista* destaca o poder constituinte originário como manifestação soberana da vontade política fundamental de uma comunidade, revelando a natureza eminentemente política da constituição. Essa perspectiva influencia profundamente os debates contemporâneos sobre soberania, legitimidade constitucional e o papel dos tribunais constitucionais[22].

5.4. POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

A literatura faz extensa referência à obra de Hans Kelsen e, de fato, as visões de Kelsen sobre o direito moldaram a relação contemporânea entre o estudioso do Direito e a ciência jurídica[23]. A pretensão da teoria geral do Direito de Kelsen era a construção de uma ciência jurídica com objeto próprio, livre das conexões com elementos estranhos à validade normativa, como a ética e a moral – tratava-se de afirmar a *autonomia do Direito* enquanto sistema. Kelsen publicou a primeira edição da *teoria pura do direito* em 1934, em um contexto de críticas gerais ao liberalismo e à tradição iluminista, provenientes tanto do comunismo, já em prática na União Soviética, quanto das teorias corporativistas, totalitárias e autoritárias na Europa. Nesse cenário, a teoria do Direito de Kelsen, que se pretendia universal, como toda ciência, buscava oferecer uma explicação do fenômeno jurídico capaz de abarcar diferentes modelos políticos e jurídicos, sem depender da adesão a uma ideologia específica.

A respeito especificamente das constituições, Kelsen afirmava que "com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas por meio das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais"[24]. Este é o conceito ***material*** de constituição para Kelsen: a norma jurídica que define a forma de produção de outras normas jurídicas. Kelsen também

22. No Brasil, os escritos de Schmitt influenciaram largamente o escritor Francisco Campos, redator da Constituição polaca de 1937 (Estado Novo) e do preâmbulo do Ato Institucional nº 1 de 1964, que invocou a noção de "decisão política fundamental" para justificar e legitimar a instauração de ditaduras desvinculadas de limites normativos prévios. Cf. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional*, 2012, p. 188.

23. A propósito, v. Fabio Ulhoa Coelho, *Para entender Kelsen*, 2018.

24. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1999, p. 155.

elaborou um conceito ***formal*** de constituição. Segundo essa concepção, a constituição contém também regras que se referem a outros assuntos politicamente relevantes, e que se encontram protegidas por um processo de alteração submetido a requisitos mais severos[25]. Portanto, a constituição *formal* corresponde ao conteúdo submetido à rigidez constitucional, ainda que nem todos esses dispositivos tratem diretamente da produção de normas jurídicas gerais.

Se fôssemos transpor tais conceitos para a Constituição Federal de 1988, por exemplo, enxergaríamos como *constituição material* as normas que dispõem sobre o processo legislativo, ou seja, as que definem os órgãos competentes para produzir normas jurídicas, a repartição de competências legislativas, a organização dos Poderes e os limites materiais impostos à produção normativa. Já a constituição formal corresponderia ao conjunto mais amplo de normas inseridas no texto constitucional e protegidas por procedimento especial de alteração. Algumas dessas normas possuem conteúdo materialmente constitucional; outras, embora formalmente constitucionais, estão no texto por decisão política do constituinte, sem necessariamente integrarem o núcleo material de regulação da produção normativa.

Como se pode ver, Kelsen não está preocupado, em sua definição de constituição, com a garantia de liberdades básicas no texto constitucional, como ocorre em concepções idealistas ou substancialistas. Isso não significa que Kelsen fosse indiferente à democracia ou às liberdades políticas, mas apenas que tais elementos não integram, por si mesmos, o conceito jurídico de constituição desenvolvido pela *Teoria Pura do Direito*. Além disso, na teoria de Kelsen há apenas um reduzido espaço para aspectos sociológicos. Segundo o autor, a existência de uma constituição pressupõe uma outra norma, de caráter lógico, que impõe a todos o *dever de observar* aquela constituição específica[26]. A validade da constituição, contudo, não se submete a um juízo externo de justiça. Um dispositivo constitucional não perde sua validade simplesmente porque não é observado em casos concretos.

25. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1999, p. 155.

26. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1999, p. 156: "Nesse caso, a norma fundamental – como Constituição em sentido lógico-jurídico – institui como fato produtor de Direito não apenas o ato do autor da Constituição, mas também o costume constituído pela conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica constitucionalmente criada".

A construção teórica da Kelsen é original e importante em múltiplas dimensões: **(i)** ela retira a caracterização das constituições das disputas ideológicas então existentes, promovendo uma desideologização do conceito jurídico de constituição; **(ii)** permite que o direito constitucional, enquanto disciplina científica, possua o mesmo objeto em qualquer matriz ideológica; e **(iii)** deixa clara a natureza propriamente jurídica das constituições, que até então eram vistas, ao menos na tradição continental europeia, como instrumentos predominantemente políticos.

Muitas críticas foram dirigidas ao trabalho de Kelsen. Em primeiro lugar, ao promover a separação entre moralidade e Direito, o autor foi acusado de conferir legitimidade a regimes jurídicos autoritários, impedindo questionamentos fundados em critérios de justiça[27]. Contudo, uma vez mais, Kelsen jamais afirmou que sistemas jurídicos injustos são desejáveis; apenas separou a validade jurídica de uma norma de sua justiça moral ou legitimidade política. Em segundo lugar, ao atribuir papel reduzido à eficácia social e à dimensão política do Direito, sua teoria foi criticada por excessivo formalismo. A crítica, contudo, deve ser formulada com cautela: Kelsen não ignora inteiramente a eficácia, pois reconhece que a validade de uma ordem jurídica pressupõe um mínimo de eficácia global. O que ele rejeita é a ideia de que cada norma jurídica dependa, individualmente, de sua efetiva observância social para ser considerada válida.

5.5. NORMATIVISMO CONSTITUCIONAL

A crítica ao sociologismo constitucional de Ferdinand Lassalle é o ponto de partida para a teoria da constituição desenvolvida por Konrad Hesse[28], em conferência publicada em 1959. Como visto acima, Lassalle reduz o fenômeno constitucional aos fatores reais de poder, afirmando a supremacia do político sobre o jurídico. Para Hesse, caso a constituição seja compreendida como mero reflexo das relações reais de poder, então o direito constitucional perderia completamente o sentido de sua existência.

27. Paulo Bonavides observa que, levada às últimas consequências, a teoria pura de Kelsen transforma a Constituição em uma "folha em branco", aberta a qualquer conteúdo material. Por isso, até mesmo a escravidão poderia, sob esse prisma, integrar uma ordem jurídica válida, ainda que moralmente injustificável (*Curso de direito constitucional*, 2011, pp. 174-175).

28. Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, 1991.

Primeiro, porque seu objeto acabaria por ser exclusivamente descritivo, equiparando-se à ciência política ou à sociologia. Segundo, porque acabaria por servir apenas à legitimação farsesca das relações de poder então vigentes[29].

O raciocínio de Hesse é construído em sucessivas etapas. ***Em primeiro lugar***, o autor enfrenta o problema do entrelaçamento entre a realidade e o fenômeno jurídico. Para Hesse, realidade e normatividade são fenômenos que se condicionam reciprocamente. Não há, assim, uma constituição real de caráter político e outra jurídica. A análise puramente jurídica (como a de Kelsen) ou puramente político-sociológica (como a de Lassalle) a respeito do conteúdo e função das constituições é empobrecedora. A primeira conduzirá a uma "normatividade despida de qualquer elemento de realidade", ao passo que a segunda a uma "realidade esvaziada de qualquer elemento normativo". A constituição jurídica não pode ser desvinculada da realidade e de seu tempo histórico, mas ela tem a pretensão de produzir resultados independentemente do mundo do ser[30].

Em segundo lugar, o autor discorre sobre os limites e as possibilidades de atuação da constituição jurídica. Hesse reconhece que as constituições precisam estar ancoradas no espírito do tempo, nas circunstâncias materiais de cada época. Não se trata aqui de uma ideia matemática ou que possa ser apreendida pelo uso exclusivo da razão. Trata-se do uso das virtudes políticas para conectar o texto constitucional à realidade (ou à potência de transformação futura).

Em terceiro lugar e por fim, o autor discute os pressupostos de eficácia da constituição. É aqui que se encontra o ponto mais importante de seu trabalho: a identificação da ***vontade de constituição*** como elemento central de vigência de uma ordem constitucional.

---

29. Hesse usa palavras duras para qualificar essa visão do direito constitucional: "Essa negação do direito constitucional importa na 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 enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas 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 os 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**" (*Força normativa da constituição*, 1991, p. 3, destaque acrescentado).

30. Konrad Hesse, *Força normativa da constituição*, 1991, p. 5: "Para usar a terminologia acima referida, a 'Constituição real' e 'Constituição jurídica' estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra".

A ideia de lealdade constitucional tem nos trabalhos de Konrad Hesse e Pablo Lucas Verdú a sua expressão mais difundida. O primeiro defende a vontade de constituição – *Wille zur Verfassung* – como condição de possibilidade de uma ordem constitucional; o segundo defende o *sentimento constitucional* com o mesmo propósito. A diferença entre rótulos talvez resida no pendor mais passional dos latinos. O *insight é essencialmente o mesmo e* consiste em afirmar que uma ordem constitucional depende de certo grau de aquiescência popular para que possa subsistir ao longo do tempo.

Konrad Hesse explica que: "(…) a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às *forças espontâneas* e às *tendências dominantes do seu tempo*, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida"[31]. Sem apoio social e sem âncora na realidade, além da probabilidade de serem ignoradas, as Constituições podem produzir algo pior, que é a instabilidade social. Sobre este ponto, Pablo Lucas Verdú afirma: "Uma consciência constitucional insuficiente produz, pouco a pouco, doença social e incrementa a neurose política"[32]. Assim é que, de acordo com Hesse, "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"[33]. Verdú aponta a mesma necessidade afirmando: "nós temos insistido na importante função desempenhada pelo sentimento constitucional como um elemento de *expressão emocional*, sem descartar sua racionalidade adjacente, na adesão ao desenho constitucional e aos direitos humanos"[34].

As ideias defendidas por Verdú e Hesse – o sentimento constitucional e a vontade de Constituição – são *insights* a respeito da *lealdade constitucional*. Os destinatários da jurisdição constitucional precisam concordar, em primeiro grau, a respeito de sua existência. A concordância com as decisões individuais da Corte não se confunde com o apoio difuso à própria

31. Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*, 1991, p. 21, destaque acrescentado.

32. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*, 1985, p. 130. Ele também diz: "A separação entre a constituição e a realidade não apenas implica um abismo entre normatividade e normalidade, mas também supõe uma internalização deficiente do desenvolvimento constitucional dos cidadãos, de modo que ela pode ameaçar o Estado em seu processo vital (Smend)".

33. Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*, 1991, p. 21.

34. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*, 1985, p. 163, destaque acrescentado.

existência dela e da justiça constitucional. De todo modo, parece certo que a interpretação da Constituição precisa refletir, em alguma medida, a vontade do povo. Não há fórmula predeterminada que possa exprimir o ponto de equilíbrio entre privilegiar maiorias e minorias na interpretação constitucional. É certo que o significado da Constituição, tal como construído pela Corte, não deve e não pode ser objeto de total aquiescência popular, durante todo o tempo, exigência que transformaria tanto a jurisdição constitucional quanto o constitucionalismo em práticas inúteis e irrealizáveis. Todavia, ela deve, no mínimo, considerar as visões públicas sobre o que requer a justiça constitucional. Se os juízes constitucionais acreditam que o público está equivocado, eles devem considerá-lo e dizê-lo de modo explícito, preferencialmente em linguagem acessível à sociedade.

A importância da participação pública como requisito de legitimação da jurisdição constitucional é um ponto que vem sendo sublinhado tanto pela literatura[35] como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[36]. Observe-se que a correlação entre legitimidade e participação é um dado com grande significância para a teoria do Direito. Se a premissa for correta, ela fornece um diagnóstico importante, a saber: *modelos de adjudicação constitucional excessivamente insulados da opinião pública e da sociedade padecem do risco de serem politicamente superados ou socialmente ignorados, comprometendo assim a função que deve ser desempenhada pelas constituições*.

É importante registrar: a vontade de constituição de Hesse nada mais é do que o desejo coletivo de que aquela determinada ordem constitucional tenha eficácia social. É a adesão de mentes à efetivação da constituição. Para que seja funcional, o direito requer esse tipo de concordância. De nada adiantaria um ordenamento jurídico no qual todos os seus elementos fossem necessariamente impostos por coação. A mesma lógica se aplica à vida das constituições.

35. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003, p. 88. V. também Carlos Roberto de Siqueira Castro, *A constituição aberta e os direitos fundamentais*, 2010; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2014; Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, 2022. O emprego de mecanismos de coerção para assegurar a observância do ordenamento jurídico só é viável até certa medida, eis que o sistema de detecção e aplicação de punições possui custos econômicos. O ponto foi mencionado no Capítulo 1.

36. V. STF, ADPF 187, *DJ*e 28 mai. 2014, rel. Min. Celso de Mello; STF, ADI 3460, *DJ*e 11 mar. 2015, rel. Min. Teori Zavascki.

5.6. DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

O debate sobre a teoria constitucional avança para o papel das constituições nas sociedades contemporâneas. As **constituições dirigentes** são aquelas que carregam em si a pretensão de reforma social, estabelecendo numerosas tarefas ao administrador e ao legislador para que ela se concretize. A expressão "dirigismo" se refere ao fato de que elas pretendem conduzir a sociedade. Note a diferença entre a constituição tipicamente liberal, que pretende apenas disciplinar o exercício do poder político, com o objetivo de evitar o abuso, como vimos acima, e a constituição dirigente, que vai além disso, intervindo ativamente na organização de políticas públicas.

A constituição dirigente não se limita, portanto, a reconhecer direitos ou a organizar poderes. Ela projeta fins, estabelece programas, define tarefas e pretende vincular a atuação futura do Estado. Daí a importância da ideia de ***vinculação do legislador***. O legislador democraticamente eleito continua a ter liberdade de conformação, isto é, margem para escolher os meios da ação estatal; mas essa liberdade deixa de ser inteiramente aberta. A constituição passa a funcionar como um caderno de encargos: impõe tarefas que a política não pode simplesmente ignorar. Neste particular, a Constituição Federal de 1988 é clara na opção pelo dirigismo, bastando um simples olhar sobre o art. 3º, incisos I a IV, que traçam os objetivos da República, para confirmar tal percepção[37].

A referência central do constitucionalismo dirigente é a obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, do professor português José Joaquim Gomes Canotilho, que teve enorme influência e repercussão no Brasil[38]. A própria formulação do título já revela o núcleo da tese: a teoria

37. A opção dirigente da Constituição de 1988 é percebida, sobretudo, no art. 3º, que transforma determinados fins sociais em objetivos fundamentais da República; mas também pode ser encontrada no art. 6º, que constitucionaliza amplo catálogo de direitos sociais; nos arts. 170 e 174, que submetem a ordem econômica a finalidades de justiça social, redução de desigualdades e planejamento; e no Título da Ordem Social, especialmente nos arts. 193, 196 e 205, que impõem ao Estado deveres positivos nas áreas de seguridade social, saúde e educação. Esses dispositivos revelam que a Constituição de 1988 não se limita a organizar o poder e proteger liberdades negativas: ela também projeta tarefas, programas e fins materiais para a atuação estatal.

38. Joaquim José Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1994. Importante registrar que a doutrina ressalta que a tese do "dirigismo constitucional" (*Dirigierende Verfassung*) foi originariamente cunhada pelo jurista alemão Peter Lerche. Cf. Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Morais. In: *Comentários à Constituição do Brasil*, 2014, p. 148.

da constituição dirigente procura discutir até que ponto a constituição pode vincular o legislador, especialmente quando estabelece fins sociais, econômicos e políticos. A tese de Canotilho apresenta dois pontos centrais – um jurídico e um político –, que valem ser brevemente analisados.

Sob o ponto de vista *jurídico*, Canotilho enfrenta o problema da eficácia das normas programáticas. Tradicionalmente, havia a tendência de tratar normas constitucionais que estabelecem fins sociais como meras declarações políticas, promessas sem verdadeira força jurídica (o ponto será aprofundado no Capítulo 6). A teoria da constituição dirigente ataca essa leitura. Para Canotilho, essas normas não são simples conselhos ao legislador. Elas possuem eficácia jurídica, ainda que sua forma de aplicação seja diferente da aplicação de uma norma constitucional mais densa. Nem sempre geram, por si sós, um direito subjetivo imediato a uma prestação determinada, mas vinculam os poderes públicos, orientam a atividade legislativa e administrativa e servem como parâmetro de controle da atuação estatal[39].

Ora, se a constituição impõe tarefas ao legislador e ao administrador, o *não fazer* pode se tornar juridicamente relevante. A omissão legislativa deixa de ser apenas um problema político e passa a poder ser compreendida como *violação da própria constituição*. Por consequência, a discussão sobre a vinculação dos poderes públicos à constituição conduz ao problema da *inconstitucionalidade por omissão*. Isso não significa que o Judiciário esteja automaticamente autorizado a substituir o legislador em todas as escolhas públicas[40]. Significa, antes, que a inércia estatal pode ser avaliada à luz dos deveres constitucionais de atuação. A inconstitucionalidade por omissão é um problema que encontra tratamento expresso na Constituição de 1988, que contemplou mecanismos judiciais específicos para remediá-la[41].

39. Joaquim José Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1994, pp. 298-301.

40. Para Canotilho, o descumprimento dos numerosos deveres previstos na constituição não deveria desaguar necessariamente na atuação judicial. Reconhecer a força normativa das normas programáticas não significa entregar aos juízes a condução integral da transformação social. Canotilho imaginava que os deveres constitucionais deveriam ser perseguidos e concretizados, sobretudo, pelos órgãos de direção política democrática (o legislador e o administrador), e não pelo ativismo judicial. A propósito, v. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1994, p. 62-64.

41. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Naturalmente, não é qualquer omissão legislativa que dará ensejo ao reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, mas somente nos casos e hipóteses onde puder ser reconhecido uma *imposição constitucional legiferante*. A propósito, v. Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, *Curso de processo constitucional*, 2021, p. 97-98.