

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

**ANOTAÇÕES SOBRE GLOBALIZAÇÃO E O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO
UMA REVISÃO DO DEBATE LASSALE VS HESSE**

**NOTES ABOUT GLOBALIZATION AND THE CONCEPT OF CONSTITUTION A
REVIEW ON THE DABATE OF LASSALE VS HESSE**

**Frederico Antonio Lima De Oliveira
Alberto de Moraes Papaléo Paes**

Resumo

Os fatores reais de poder, nasceram na obra de Ferdinand Lassalle quando lecionou acerca da essência das constituições. Para a contemporaneidade a sistematização do objeto da ciência constitucional abraça tal ideia complementada por Konrad Hesse em sua proposta de força normativa das constituições, como o elo entre a Constituição Jurídica e a Constituição Real. Dessa forma, torna-se imperioso contemplar um conceito de constituição que tenha o processo de globalização como um fator real de poder, uma vez que interfere diretamente nas relações econômicas, políticas e sociológicas (culturais). Neste sentido é que se coloca o presente trabalho.

Palavras-chave: Globalização, Constituição, Lassale, Hesse

Abstract/Resumen/Résumé

The Real Factors of Power were born in the work of Ferdinand Lassalle when he wrote about the Essence of the Constitutions. As for the Contemporary systematization of the object of Constitutional Science its common to embrace this idea complemented by Konrad Hesses Normative Force of the Constitutions as a link between the Real Constitution and the Juridical Constitution. Thus, its imperative that the Constitution contemplate a concept of Globalization as a Real Factor of Power, since it inflects directly in the economic, politic and sociologic relations (cultural). In this sense is that put this work puts its self.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Globalization, Constitution, Lassalle, Hesse

1. Introdução.

Para o constitucionalismo contemporâneo o conceito de constituição é um tema de extrema volatilidade, uma vez que se torna quase impossível adotar somente uma corrente para explicar este fenômeno que acomete a vida de todos os cidadãos. Usualmente, utiliza-se uma visão eminentemente jurídica, a de que as constituições seriam a lei máxima de um ordenamento, restando acima dela somente a norma hipotética fundamental (*groudnorm*), que é puro dever-ser.

Contudo a concepção de uma teoria pura do Direito atravessa a questão do objeto estático e do objeto dinâmico das ciências jurídicas. Por um lado, o objeto estático visa o estudo do processo de organização e normatização da conduta humana através de normas jurídicas. De outro lado, o objeto dinâmico caracteriza-se pelo estudo da conduta humana e quais aspectos relativos a esta merecem ser positivados. O que leva a crer que apesar de tangenciarem-se os estudos para uma ciência normativa, um pano de fundo denota a importância ou a interdependência entre o direito e os outros ramos das ciências sociais.

Importante salientar, contudo, que um novo processo se instaurou com mais força nos finais da década de setenta e difundiu-se exponencialmente com o avanço das mídias de comunicação e das tecnologias do dia-a-dia, passou a imprimir outra configuração à conduta humana, o que torna imperioso uma mudança no foco de estudo quanto ao objeto dinâmico do Direito, caso se utilize uma teoria eminentemente positiva do mesmo. Trata-se do processo de globalização.

Esta globalização será aqui tratada a fim de complementar os estudos na teoria da constituição como um fator real de poder que imprime influências na força normativa das constituições, enquanto aspecto de metas na busca por efetividade, na medida em que novas relações sociais surgem a partir deste processo para o Direito. De tal forma, fundamenta-se nos trabalhos de Giddens, Rocha e Santos, para tecer alguns comentários acerca do que seja ou do que tem representado o processo de globalização, bem como sua importância para o Direito e para o objeto dinâmico da ciência jurídica.

No que tange à teoria constitucional buscar-se-á um paralelo entre as obras de Lassalle e Hesse, tratando acerca da constituição como uma força ativa representada pelos fatores reais de poder, daí a diferença entre uma Constituição Real e uma Jurídica.

Por fim, demonstrar-se-á alguns fatos ocorridos na pragmática judicial brasileira para exemplificar não só a importância da globalização como um fator real de poder,

mas também para apontar como que se torna importante a flexibilização do conceito jurídico positivo para uma interpretação mais abrangente do que seja uma Constituição.

Os estudos modernos têm observado que existe, na sociedade brasileira, uma enorme crise de representatividade, tamanha a insatisfação dos cidadãos com o governo gestor de seus interesses. De toda forma, o que tem se concluído é que as mais diversas estripulias dos que exercem algum cargo eletivo de forma perversa, tem gerado um *deficit* democrático para a sociedade brasileira que deve ser corrigido, a começar pela própria Constituição.

Dentre uma dessas medidas para diminuição do *deficit* democrático o Poder Legislativo deliberou e promulgou a Lei Complementar n. 135/2010 que ficou sendo conhecida como Lei da Ficha Limpa que teve o mesmo nome do projeto da Associação Civil Brasileira que visava melhorar o perfil dos candidatos e candidatas a cargos eletivos no país.

Os efeitos dessa medida podem parecer inócuos no que tange ao processo de Globalização, mas é totalmente ao contrario, eles influem (e muito) na formulação de um perfil internacional da política nacional, nas relações econômicas entre os Estados, e na organização da soberania nacional (esta já relativizada devido à própria Globalização).

Ou seja, a Constituição quando considerada como uma força ativa, necessita de uma atenção diferenciada enquanto seu objeto determina os rumos jurídicos, políticos e sociais de toda uma nação coordenada através de seus ditames, de suas regras e de seus princípios, como nas palavras de Peter Häberle (2002), volta-se para uma sociedade aberta de interpretes da constituição.

2. O processo de globalização

O termo globalização, segundo leciona Giddens, até finais dos anos 80, era uma denominação pouco utilizada, porém, na atualidade se trata de tema estudado por quase todas as áreas de saber e pensar, mantendo-se o desafio a respeito de sua conceituação. Segundo Rocha:

[...] parece que se está diante de um sem número de intérpretes que se abrigam no guarda-chuva teórico da pasteurização cultural com mínima atenção à complexidade global e às contingências estruturais da globalização, preferindo explicá-la por clichês superficiais e/ou com ênfase exagerada nos contornos econômicos (ROCHA; 2008; p 79).

Dessa forma a análise desse fenômeno mundial deve tentar explicá-lo sobre um plano epistemológico, dando-lhe característica multidisciplinar.

Por uma abordagem inicialmente sociológica, aproxima-se de Giddens que defende ser possível destacarem-se duas correntes que discutem este “fato global”, divididos por ele em céticos¹ e radicais.

Para aqueles denominados de céticos, a globalização não trata de um fenômeno econômico, político ou cultural, mas apenas de “conversa”. Sustentam que o “comércio externo representa apenas uma pequena percentagem do rendimento nacional” (GIDDENS, 2006, p. 20). Ainda, neste sentido argumentam que a maioria das trocas econômicas, ou transações comerciais, são feitas entre regiões o que não implica na constituição de um sistema de comércio a nível mundial.

Tal visão aparenta filiar-se a ideia do conceito clássico de soberania, que inflexível, não aceita a possibilidade de relativização em face à nova complexidade das relações internacionais. Outrossim, ainda podemos criticar o ceticismo exposto na medida em que passa-se a reconhecer a globalização como uma espécie cujo o gênero é a integração, portanto, distinguindo-se sobremaneira do processo de regionalização que para eles fulmina com a possibilidade de discutir-se a existência de uma sociedade global.

Caminhando por outro lado, aqueles denominados de radicais defendem a ideia de que a globalização seria um fato concreto que pode ser sentido por todos, em todas as partes do mundo. Referem-se eles à realidade de que o mercado global encontra-se muito mais desenvolvido do que era nas décadas de 1960 e 1970, além do que, este mercado ultrapassa as fronteiras nacionais e também flexibiliza o conceito clássico de soberania, na medida em que os “Políticos acabam por perder sua capacidade de influenciar certos acontecimentos” (GIDDENS, 2006, p. 21).

De fato, aparentemente, os radicais levam ligeira vantagem sob o argumento dos céticos, contudo, relembra Giddens que não faz muito tempo que o volume das transações financeiras é medido em dólares norte-americanos e prossegue afirmando que

[...] para a maioria das pessoas, um milhão de dólares é muito dinheiro. Medido em montes de notas de 100 dólares, atinge a altura

¹ Ressalte-se que na tradução de Raúl Barata adota-se a denominação de “*cépticos*”, mas achamos por bem a supressão de letra “*p*”, escrevendo-a, desse modo, “*céticos*” a fim de que haja conformação com os padrões mais usuais da língua portuguesa, utilizada no Brasil, sem prejuízo de perda do sentido original no texto em apreço.

de vinte centímetros. Um bilhão de dólares ou, por outras palavras, um milhar de milhões, ultrapassa em altura a catedral de S. Paulo, em Londres. Um trilhão de dólares – um milhão de milhões – ultrapassa os 193 quilômetros de altura, ou seja, mais de vinte vezes a altitude medida no cimo do monte Evereste (GIDDENS, 2006, p. 21-2).

A analogia torna-se necessária visto que logo depois o professor afirma que hodiernamente o mercado financeiro global movimenta cerca de um trilhão de dólares por dia, o que é um aumento maciço em relação aos anos 1980. Daí então a conclusão de que tanto os céticos quanto os radicais não conseguem compreender inteiramente o aspecto revolucionário deste processo, ou melhor, desta “rede complexa de processos” (GIDDENS, 2006, p. 24), que se denomina globalização.

Outros pontos que ainda podem ser utilizados para tentar senão definir globalização, mas pelo menos tentar delimitar suas dimensões, dizem respeito não somente às implicações econômicas, mas também àquelas referentes à política dos Estados, bem como a formação de uma cultura global, posicionamento compartilhado pelo professor Rocha quando afirma que

[...] a globalização, a par dos diversos conceitos que possam explicá-la, é a formação da leitura dos problemas mundiais conjuntamente, indicando a tendência de entendê-los unidos. Isto quer dizer que a globalização, enquanto idéia, é um verbete conceitual sem cognição própria, aceitando, em certo sentido, qualquer valor que lhe seja atribuído, o que não poderá ser realizado sem boa dose de discussão histórico-comparativa de seu desenvolvimento. Sendo, por isso, necessariamente objeto de tratamento interdisciplinar” (ROCHA, 2008, p. 79).

Não é difícil coletar dados esparsos que unidos demonstram quão grande são esses processos e como necessitam de tratamento inter (ou multi) disciplinar. Giddens fornece alguns exemplos quando suscita a criação do código Morse. De fato se não existisse nenhum processo de integração tal código seria apenas eficaz a alguns iniciados ou interessados que viessem a conhecê-lo. Entretanto, trata-se de uma ferramenta que é utilizada em todo o mundo.

Bem, a sistematicidade desses processos é tão grande e relativa que não é muito difícil entender o porquê da necessidade de um código universal para comunicação. Não obstante à necessidade de troca de informações para a movimentação do mercado entre grupos econômicos com línguas diferentes, o interesse pela cultura dos blocos regionalizados impende que a comunicação se dê de forma propícia ao amplo entendimento. Daí que surge a eleição de línguas oficiais, como é o inglês, o espanhol

(para a América Latina) e agora, algumas línguas dos países asiáticos (como o japonês, e o cantonês).

Outra ideia suscitada por Giddens diz respeito ao processo de globalização como um catalisador para formação de uma cultura global. Cita dois exemplos, o primeiro de uma conhecida que visitou os confins da África Central para estudar a vida comunitária e surpreendeu-se ao observar que o lazer de alguns grupos era o cinema norte-americano, e ainda mais, assistiam a filmes que ainda nem sequer haviam sido lançados nos cinemas.

Assim, até a produção cultural que veio se desenvolvendo ao longo dos séculos começa a se contaminar pelos efeitos da globalização cultural que alteram ao estilo de vida das pessoas, as músicas que se ouvem, as coisas que se comem, o jeito o qual passam a se vestir tudo começa a ser condicionado ao estereótipo dos comerciais. Nesse ponto ainda cabe a menção à Milton Santos, que escreve que a globalização impõe-se para a humanidade de forma perversa, pregando a solipsia do capital, da comunicação de massa e do sistema ideológico (SANTOS, 2001, p. 38).

De todo modo, ainda torna-se necessário citar o segundo exemplo suscitado por Giddens, que discorre acerca das figuras internacionalmente reconhecidas como parte da cultura global, como é o caso de Nelson Mandela como figura política influente para o fim do *apartheid*, na África do Sul. Fato este que apenas corrobora o pensamento de Milton Santos, de que

[...] um dos traços marcantes do atual período histórico é, pois, o papel verdadeiramente despótico da informação. Conforme já vimos, as novas condições técnicas deveriam permitir a ampliação do conhecimento no planeta, dos objetivos que o formam, das sociedades que o habitam e dos homens em sua realidade intrínseca. Todavia, nas condições atuais, as técnicas da informação são principalmente utilizadas por um punhado de atores em função de seus objetivos particulares. Essas técnicas da informação (por enquanto) são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades. É desse modo que a periferia do sistema capitalista acaba se tornando ainda mais periférica, seja porque não dispõe totalmente dos novos meios de produção, seja porque lhe escapa a possibilidade de controle (SANTOS, 2001, p. 38-9).

Por isso não se estranha que o mundo inteiro se comova com a morte de um ídolo da cultura musical pop, mas que ignorem o falecimento de um grande nome da cultura regional. Então, para o Direito isso significa que o objeto dinâmico da ciência jurídica altera-se na medida em que a globalização incorpora novos fatos no seio social,

o que exige, por conseguinte, que o conteúdo estático do Direito passe a ordenar esses novos acontecimentos através de normas de conduta condizentes tanto com o meio no qual desejam atuar como que com a finalidade a ser atingida. Cita-se, á guisa de exemplificação, a questão da regulamentação econômica e tributária que contempla às novas relações jurídicas em contratos realizados entre blocos econômicos, ou entre estes e países isolados.

De todo modo, é sintomático que o processo de globalização imprime uma enorme modificação no objeto dinâmico do Direito, isso se tomando por base uma teoria do Direito jurídico-positiva, ou seja, até na teoria mais formalista é possível obter um plano no qual a força deste processo alcança as bases e as preenche com toda a sua novidade e todo seu potencial de revolução.

O que começa a ser questionado, então, é até que ponto o regime jurídico começa a sofrer a influência da globalização e até que ponto isto interfere no conceito, interpretação e aplicação da Constituição? Por oportuno, parece que a resposta lógica é que a Constituição Brasileira de 1988 amolda-se muito bem aos problemas da globalização quando se refere aos princípios norteadores das relações internacionais; ao reconhecimento da supralegalidade de Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos aprovados sob o quorum do §3º do art. 5º; a autorização dos serviços de televisão e radiodifusão, como competência da União; entre diversos outros exemplos que se possa pensar neste momento.

Entretanto, ainda pode-se argüir que a Constituição Federal consubstancia um verdadeiro sistema constitucional de textura aberta que flexibiliza um direito constitucional positivo-formalista, através da consagração de princípios cheios de valor axiológico, que procuram harmonizar a estática com a dinâmica do Direito.

De outro lado, a relação constitucional não pretende somente um vínculo entre cidadãos, mas principalmente entre o Estado e cidadão, daí que sua formação, conceito, aplicação e interpretação diferenciam-se sobremaneira de todo o resto das leis do ordenamento jurídico visto que são direito posto, provenientes de regra com hierarquia mais próxima à *groundnorm*.

Dessa forma, o caminho pelo qual se pretende entrelaçar o processo de globalização com o conceito de constituição na contemporaneidade, visa, na verdade, debater a própria teoria da constituição, inserindo no debate travado por Lassalle e Hesse o elemento atual deste processo, que, à época, ainda não consistia em elemento com tanto poder quanto o é hoje.

3. Os fatores reais de poder e a força normativa das constituições.

A discussão acerca da essência das constituições levada à efeito por Lassalle, ganha força na contemporaneidade justamente porque se busca um desprendimento com o extremo teórico ao que foram levadas as proposições kelsenianas no que tange à teoria pura do direito. Para os positivistas clássicos a constituição representa “a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do Direito público do país” (LASSALLE, 2000, p. 06), o que para Lassalle não representa a essência de nenhuma Constituição Real (e como se verá adiante, apenas o conceito de uma Constituição Jurídica).

Ainda, sustenta o jurista que a constituição difere-se, por muito, de uma lei apesar de encontrar alguns pontos similares entre ambas. Ressalta a idéia de que a constituição, assim como a lei, necessita de aprovação legislativa, ou seja, existe a necessidade de que a mesma seja, também, uma lei. Por outro lado, não pode a constituição passar por um processo revogatório idêntico ao da lei, uma vez que carrega consigo forças políticas e sociais que lidam com um aspecto de garantia e segurança da nação. Nesse sentido ainda complementa não ser execrável o

[...] fato de constantemente serem aprovadas novas leis; pelo contrário, todos nós sabemos que se torna necessário que todos os anos seja criado maior ou menor número de leis. Não se pode, porém, decretar-se uma única lei, nova, sem alterar a situação legislativa vigente no momento de sua aprovação. Se a nova lei não motivasse modificações no aparelhamento legal vigente, seria absolutamente supérflua e não teria motivos para ser a mesma aprovada. Por isso não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos. Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’ (LASSALLE, 2000, p.07-8).

Portanto, a interrogação de qual seria a diferença entre uma lei e uma constituição é respondida, obscuramente, com a afirmação de que aquela última seria uma lei fundamental. Contudo, não esclarece suficientemente uma vez que apenas substituí uma coisa por outra, apesar de começar a modificar o modo pelo qual se passa a observar o mecanismo fulcral do ordenamento jurídico como fundamental. Daí então que se estabelecem algumas premissas para este requisito de fundamentalidade, divididas em: 1) “que a lei fundamental seja uma lei básica mais do que as outras comuns”; 2) “que constitua (...) o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, a lei

fundamental (...) deverá formar e engendrar as outras leis comuns e ordinárias na mesma”; 3) que “as coisas que têm um fundamento não o são por um mero capricho; existem porque necessariamente devem existir (...) a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz” (LASSALLE, 2000, p. 09-10).

Por isso é que Lassalle identifica que se a constituição é uma lei fundamental da nação, somente o é porque trata de uma “força ativa” que faz com que todo o resto das coisas sejam o que são. É o que dá sentido e validade a todos os pormenores existentes para o determinado povo/nação que se encontra sob a égide daquela determinada constituição. No entanto, será mesmo possível admitir-se que em toda a terra exista uma força ativa que não possa ser contrariada e que determine a realidade como um todo?

Somente, então, e neste momento, que se começa a discussão acerca dos fatores reais de poder, como essa força ativa dominante vai de fato atribuir os valores necessários para a verdadeira constituição da lei fundamental de uma nação. Nesse momento Lassalle profere uma das mais famosas hipóteses do constitucionalismo contemporâneo: a de um enorme incêndio na Prússia que acabasse por destruir todos os originais dos textos legais vigentes na época bem como a própria reprodutora destes textos, o que ocasionaria a necessidade de formulação de um ordenamento jurídico inteiramente novo.

A pergunta que se faz nesse momento é se o legislador ordinário poderia, de sobressalto, decidir pela extinção da monarquia, ou da aristocracia; decidir sobre o não restabelecimento da grande burguesia; implantar medidas excepcionais para destituir a qualidade dos banqueiros; ou ainda, privar a liberdade da pequena burguesia e do proletariado. A resposta é inteiramente negativa, uma vez que cada classe apresenta alguma espécie de poder que torna factível a realidade desses fatores reais como uma parte da própria Constituição, que, de acordo com a realidade jurídica aparenta não existir.

De fato, a monarquia e a aristocracia detêm uma parcela de poder político externado na forma de poder militar, pois detêm a seu mando as ações do exército, a direção de seus canhões e (naquela época) de suas baionetas. Por outro lado, a grande burguesia e os banqueiros detêm parcela do poder econômico, uma vez que são os responsáveis imediatos pela distribuição e manutenção do status do capital, do sistema capitalista. Por fim, a pequena burguesia e classe proletária são os detentores da força política uma vez que constituem a maior parcela do povo, e se transportarmos essa

concepção para a Constituição Federal brasileira de 1988, o art. 1º, parágrafo único, preceitua que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, o que exemplifica na prática a existência desses fatores reais de poder.

No que tange, então, à relação entre esses fatores e a Constituição escrita, jurídica, Lassalle descreve que:

[...] não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. 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 uma folha de papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. (LASSALLE, 2000, p. 17-8)

Daí nasce a célebre alusão à constituição como folha de papel, informando-se que existe uma relação de conformidade na qual a Constituição Jurídica submete-se a descrever a Constituição Real, ou seja, a consagração de uma força ativa através dos fatores reais do poder, sob pena de tornar-se um documento jurídico sem efetividade, sem aproximação com a realidade. Fato que a deixa tão útil como uma mera folha de papel que poderia ser rasgada a qualquer momento, e termina, em sua conclusão, asseverando não serem as questões constitucionais

[...] problemas de direito, mas do poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social. (LASSALLE, 2000, p. 40)

Não obstante, Hesse, posteriormente, critica as ideias de Lassalle de que a Constituição Real seria, na verdade, uma força ativa delimitada pelos fatores reais de poder, externada pela gestação das forças políticas, sociais, econômicas e intelectuais (culturais), chegando a admitir que realmente concorde com o fato de que “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim políticas” (HESSE, 1991, p. 09); mas ressaltando que acredita que exista uma força normativa que aproxime a Constituição Jurídica da Constituição Real, na medida em que aquela pretende agir diretamente nesta última.

Hesse observa que embora Lassalle não chegue a dizer expressamente, sua teoria acaba por considerar que a “eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade da norma”, torna-se “apenas um limite hipotético extremo” (HESSE, 1991, p.

10). Justifica ainda mais sua posição dizendo existir, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional

[...] uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanente situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição. (HESSE, 1991, p. 10-1)

Daí decorre a assertiva de se considerarmos verdadeiros todos os fatos argumentados por Lassalle, o direito constitucional, enquanto ciência jurídica perderia todo o seu valor, e passaria a ser ontologia, sociologia ou política. Mas, de fato, aponta Hesse para a existência de uma força determinante do Direito Constitucional a fim de demonstrar que a Constituição jurídica existe para um determinado fim. Este que é uma ficção necessária para a devida relação e gestão do poder relacionado como fator da própria Constituição Real.

Hesse leciona não ser possível conseguir chegar a uma resposta correta se não se desvencilhar ou dos paradigmas jurídico-positivos ou da tese da força determinante das relações fáticas (sociológica), sendo necessário encontrar-se um ponto de partida entre a dicotomia do ser e dever-ser. Bem, a norma constitucional, segundo Hesse, não possui “existência autônoma em face da realidade” (HESSE, 1991, p. 14), sua essência reside na vigência e na situação que pretende ser regulada por ela, o que o jurista denomina de pretensão de eficácia que não pode ser separada, de modo algum, das condições históricas de sua realização, mas que também com elas não pode ser confundida.

Desse modo, adotando-se a terminologia de Constituição Real e Jurídica, pode-se perceber que ambas são autônomas, mas interdependentes, uma vez que a real exprime o conjunto de forças que caracterizam o poder desorganizado e distribuído de forma desigual, enquanto que a jurídica, com a sua pretensão de eficácia torna-se o condensador que vai ordenar as condutas de modo que se garantam os direitos necessários, por isso que Hesse afirma que:

[...] a Constituição [jurídica] adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. (HESSE, 1991, p. 16)

Portanto, o que se pode perceber, é que para Hesse, o conceito de constituição não pode ser ligado a qualquer extremo axiológico de nenhuma doutrina, uma vez que desvirtua a realidade a ser pesquisada. Importa sim analisar-se a constituição sobre um prisma epistêmico, o que dá a oportunidade de abraçar a ideia de que ela seja uma força ativa determinante das relações sociais, mas que também utiliza do dever-ser para ordenar esses fatores de poder, pois depende historicamente deles, e formular normas com pretensão de eficácia; ou seja, relacionar o dever-ser da ordenação da conduta humana com proposições aplicáveis ao próprio ser.

Fica cristalina, então, a complementaridade entre os estudos realizados por Hesse e por Lassalle que vão representar marcos históricos, assim como a doutrina de Kelsen, para a ciência constitucional. A partir deste momento pretende-se tecer alguns comentários acerca da teoria constitucional contemporânea que se volta, novamente, ao debate acima travado, e procura na prática modos para que essa pretensão de eficácia (agora chamada de efetividade da norma jurídica) possa ser encontrada de forma a garantir os direitos básicos dos cidadãos.

4. Sobre o Conceito de Constituição

Na contemporaneidade, o conceito de constituição tomou certo rumo de indefinição. Várias correntes surgiram tentando dizer o que devia ela ser, sem, contudo, esclarece o tema com contundência. Embora não se possa afirmar com certeza qual seja, dentre os vários conceitos apresentados, aquele que corresponde, realmente, à constituição, é plenamente possível obter-se acerca dos fatores que a dão origem, ou seja, ao seu nascimento bem como aos objetos que são alcançados por sua força.

Ora, preliminarmente, cabe-nos menção a estudo referente à tridimensionalidade do poder constituinte, no qual expõe-se uma característica *sui generis* do nascimento das constituições, reafirmando o que Hesse diz, de que questões constitucionais são, primeiramente, questões políticas. Em qualquer tipo de constituição a discussão preliminar e legitimadora de sua posterior eficácia diz respeito ao debate político de fatores sociais. Uma coisa complementa a outra, a externalização da vontade social exige a tutela da política para eleição de metas, então nasce a vontade constitucional.

Desse modo, a juridicidade advém ou da Assembléia Constituinte, ou da outorga ditatorial, ressalte-se que no primeiro modo existe legitimidade, enquanto que no segundo persiste o abuso na gestão do poder político. De todo modo, o que se chama de

dimensão jurídica somente passa a existir a partir do consenso acerca dos valores políticos e sociais que fazem parte dessa vontade constitucional, portanto, um conglomerado sistêmico e complexo que não é (nem somente, nem primeiramente) apenas jurídico, mas também, político (e daí econômico) e social (e daí cultural ou intelectual).

Olhando por este prisma, passa-se, então, a reconhecer que o alcance da constituição aponta para um conceito epistemológico, para a produção de uma realidade que enlace o conceito jurídico (de corrente de Kelsen), social (da corrente de Lassalle) e político (da corrente de Hesse).

Ora, se se pretende defender um conceito de constituição que contemple uma realidade holística, os ensinamentos de Hesse cumulados com os de Lassalle e Kelsen podem ser um norte para uma concepção neste sentido. Adotando-se a realidade brasileira como parâmetro, possível se faz observar que é a busca por uma maior efetividade das normas constitucionais que deve (e vem) sendo o fator catalisador dos estudos do Direito Constitucional.

Tal questão, a da efetividade da norma constitucional, visa a aproximação do conteúdo material da norma, do dever-ser, com a realidade produzida o que é, outrossim, a questão da força normativa da constituição, tratada em Hesse, sem, contudo, esquecer dos fatores reais de poder, tratados em Lassalle.

Na medida em que a soberania foi se relativizando e os estados passaram a “abrir suas portas” no rumo do diálogo e do consenso, foi possível às constituições aceitarem com maior facilidade a ideia de que não é somente a questão jurídica que influí na concepção de um “ser” constitucional. Por isso é que se torna, senão necessária, pelo menos ideal, que se considere o processo de globalização como um fator real de poder e, dessa forma, se reconheça mais fortemente, sua influência no próprio conceito de constituição como uma força ativa, que torne viável a discussão de uma legislação internacional com mais abrangência e força.

Neste escopo, cada vez mais, ganha força a ideia da interpretação jurídica como estudo e sistematização dos métodos a partir de uma ciência; da Hermenêutica Jurídica. Através deste instrumento de adequação e conformação do texto normativo (aberto) a estrutura dos valores defendidos pela Constituição, ou, tidos como constitucionalmente válidos, ganha um novo campo de possibilidades a partir de estudos de casos tidos como clássicos e válidos para averiguação da teoria proposta na prática.

É bastante observar três casos emblemáticos que, de certo modo, abrem o texto jurídico da Constituição para o diálogo entre Direito e Globalização. Dois deles são totalmente correlatos. Tratam-se da ADIn 3510 versando acerca da (pretendida) inconstitucionalidade do art. 5º da lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e a ADPF n. 54 versando sobre a possibilidade da prática de aborto do feto anencéfalo. Inicialmente, cabe a argumentação de que as técnicas interpretativas absorvem, nestes casos, como valores constitucionais fatos (se assim podemos dizer) que até então eram estranhos ao direito.

Quando inicia a vida? A partir da divisão celular? Ou seria a partir da fecundação? Ou, ainda, a partir da fixação do ovo na camada do endométrio? Este tema, tratado a partir da bioética, leva o Direito Constitucional e a própria Constituição a refletir acerca da extensão da proteção ao Direito à Vida. De modo que na referida ADIn, o Supremo Tribunal Federal adota a tese de que a vida se inicia a partir da formação do cérebro.

Tal fato culmina com a possibilidade des-criminalização do aborto do feto anencéfalo, desde que atendidos dois requisitos: 1) diagnóstico com cem por cento de certeza sobre a anencefalia; e 2) impossibilidade de sobrevivência do feto. Cumuladas estas duas jurisprudências demonstram como que o Brasil, e a Constituição brasileira envolvem seus fatores reais de poder no processo de globalização.

Por fim, cabe menção ao HC 87.585/TO no qual o Supremo Tribunal Federal resolve questão implementada a partir da discussão da EC n. 45/2004, com a inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição. Pregando pela possibilidade de aprovação de tratado ou acordo internacional versando sobre Direitos Humanos como emendas à Constituição, desde que obedecido o *quorum* especial e votação em turno duplo no Congresso; tal dispositivo cria a necessidade de posicionamento quanto aos tratados e acordos anteriores à emenda e sua recepção. Vindo o STF a optar, em conclusão, pela tese de supralegalidade.

3. Conclusões

No presente artigo, a idéia principal era a de relacionar o processo de globalização com o que Lassalle entende como sendo os Fatores Reais de Poder, portanto, como influente na produção do Conceito de Constituição, e não há como negar que não seja, uma vez que interfere sobremaneira na produção econômica, sócio-

cultural e até jurídica dos países, sejam eles eminentemente capitalistas, ou resquícios da antiga União Russa Socialista Soviética, como é o caso de Cuba, ou ainda a China que apesar de capitalista é um país Comunista.

De fato, da intenção inicial, o debate mostrou-se no mínimo proveitoso, mas como o tema é complexo por tratar de um sistema, o constitucional, existem várias possibilidades a serem atacadas, o que não se pode fazer mediante (e somente) um artigo, seriam necessários diversos outros para a construção de argumentos teoricamente sustentáveis, ou auto-sustentáveis. De todo modo, o interessante a se observar é que como o debate tangencia-se a questão da efetividade num plano interno de produção do conceito constitucional o debate político não poderia ficar de fora, e este é um dos aspectos que o próprio processo de Globalização acentua, uma vez que para se assegurar um debate político global, ou mesmo regional, é necessário que as estruturas nacionais sejam capazes de suportar com eficiência a vontade nacional. O que nos trás a questão do *défict* democrático.

A atuação das Cortes Constitucionais pode exemplificar uma posição muito interessante que mostra um novo rumo para o Conceito de Constituição aplicado na prática. Se o sistema constitucional tem uma textura aberta, a princípios fundamentais reconhecidos universalmente, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem começado a aplicar essas aspirações teóricas na prática. Entretanto, existe um lado bom e um lado ruim em tudo isso. O lado bom é que podemos presenciar julgamentos como o caso da Lei de Anistia, com o acórdão do então Ministro Relator, Eros Roberto Grau, defendendo que a Dignidade da Pessoa Humana não pode ser negociada, reconhecendo um indício de um “princípio moral” a gerir as decisões deste Colendo Tribunal.

Igualmente foi o caminho trilhado pela decisão no que tange à questão da Ficha Limpa, na qual apesar do empate dos votos entre os Ministros, pode-se perceber esse mesmo indício de moralidade sendo, paulatinamente, implantado na experiência jurídica. De fato, e não há quaisquer dúvidas a respeito disso, a lei da Ficha Limpa é constitucional. O que se discute é acerca da aplicação da mesma durante o exercício legal de 2010, ano de eleição, bem como a respeito de sua retroatividade.

Bem, não há como negar que as decisões relacionadas ao controle de constitucionalidade têm um cunho político, pois, como nos relembra Hesse (novamente), a questão constitucional é primeiramente uma questão política. Ainda que se confunda discurso dialético com discurso persuasivo, ambos não deixam de ser parte da política hodierna, embora um represente uma forma democrática de produção

política do ser, enquanto que a outra uma forma de gestão de forças políticas e econômicas.

No que tange ao “simples” conceito de raça durante o julgamento do HC 82.424 mais conhecido como “Caso Ellwanger” foi possível observar claramente que o Supremo Tribunal Federal, para conseguir fomentar a aplicação mais adequada para punição à prática de racismo elege um critério socio, político, econômico, cultural para definir Raça. Sai do ponto comum argumentando, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, que com o avançar dos estudos biológicos no genoma humano é impossível conceber-se uma raça pura.

Outrossim, ainda há a discussão tangente à ADPF 132, versando sobre a possibilidade jurídica da existencia de uniões homoafetivas. Em que pese a aprovação e a discussão jurídica sobre os princípios envolvidos, surge na política (mais notadamente no Legislativo) um debate acerca da proteção de valores pelo STF.

De fato, este é o lado ruim dessa aplicação de novos conceitos; eles estão preparados para o mundo, mas o mundo ainda não está preparado para eles. É fácil dizer que alguns candidatos não deveriam estar concorrendo nem para o cargo de síndico de condomínio, mas é extremamente difícil dizer que os direitos devem ser respeitados sejam quem forem seus destinatários. Isto não somente uma luta nacional, mas é uma luta mundial, que ganha extrema força com a propagação de um Direito Internacional e com o processo de Globalização. Doravante, ainda restam muitas batalhas a se travar para se poder alcançar alguma vitória em prol da humanidade.

4. Referências

AZEVEDO JÚNIOR, Pedro Antônio de; PAPALÉO PAES, Alberto de Moraes. **Súmula obstativa e impeditiva de recursos – uma análise crítica acerca dos efeitos e implicações na esfera processual civil**. Trabalho de Conclusão de Curso. UNAMA. 2008.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm .

BRASIL, **Lei n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil)**. *Vade Mecum* Acadêmico de Direito. Organização Anne Joyce Angher. Ed. Rideel. São Paulo. 2010.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução: Raúl Barata. 6ª Ed. Editora Presença. Lisboa. 2006.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimentalista” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira. Ed. Sérgio Antônio Fábris. Porto Alegre. 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa das constituições**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1ª Ed. Sérgio Antônio Fábris Editor. Porto Alegre. 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência das constituições**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000. Pág. 06.

PAPALÉO PAES, Alberto de Moraes. **O poder constituinte em uma concepção tridimensional de constituição**. Artigo submetido à Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Periódico: Constituição, Economia & Desenvolvimento. Preliminarmente aprovado em: 27.10.2010.

ROCHA, Luiz Alberto G.S. **Estado, democracia e globalização**. 1ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2008.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal**. 6ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2001.