XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-212-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA EM KONRAD HESSE

CONSTITUTION AND DEMOCRACY BY KONRAD HESSE

Rene Erick Sampar [1]
Flávio Pansieri [2]

Resumo

O presente artigo versa sobre a teoria de Konrad Hesse e tem como enfoque as características preponderantes da Constituição e a sua força normativa, no conhecido debate estabelecido com Ferdinand Lassale. O texto relaciona os postulados de Hesse com a teoria democrática contemporânea, de modo a estabelecer um diálogo acerca de algumas questões político-sociais que têm sido colocadas na atualidade, em especial na América Latina. A partir da revisão bibliográfica de Konrad Hesse e de outros autores necessários à compreensão do tema, busca-se relembrar a importância e a atualidade de sua teoria constitucional.

Palavras-chave: Konrad hesse, Força normativa da constituição, Vontade de constituição, Constitucionalismo, Regime democrático

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this text is to approach the theory of Konrad Hesse and focus on the main attributes of Constitution and its normative force, within the known debate between the author and Ferdinand Lassale. This text relates Hesse thought with the contemporary democratic theory, establishing a dialogue among some contemporaneus social-political issues, especially in Latin America. By the bibliographic review of Konrad Hesse and other thinkers required to the comprehension of the thematic, this article seeks to remember the significance and actuality of his constitutional theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Konrad hesse, Normative force of constitution, Will of the constitution, Constitutionalism, Democratic regime

---

[1] Mestre em Filosofia Política (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC) e em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Graduado em Direito (UEL). Advogado. E-mail: renesampar@msn.com.

[2] Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Direito (USP). Conselheiro Federal da OAB. Membro fundador da ABDConst. Professor na PUC-PR. Advogado. E-mail? pansieri@pansierikozikoski.com

Introdução

O presente artigo tem como objetivo desenvolver uma parcela da teoria de Konrad Hesse, jurista alemão conhecido principalmente pelo texto intitulado *A Força Normativa da Constituição*. Para alocar a sua teoria no vértice da história constitucional, tratar-se-á inicialmente do jusnaturalismo e juspositivismo, tradições jurídicas que operam leituras do direito de modo antitético.

Tendo por base estas distintas formas de pensar, busca-se construir a teoria de Hesse como importante contribuição rumo à consolidação do ideal constitucional, cujo apogeu se verifica no século XX. A Constituição, neste sentido, é a ponte que une tais tradições de pensamento, tendo por base o primado da lei: suas funções precípuas são a criação e manutenção da unidade política e a manutenção do ordenamento jurídico.

Em prol de sua eficácia e consolidação do direito constitucional, o pensador tinha como imprescindível a força vinculante das normas constitucionais de modo a se estabelecer a vontade de constituição, ou seja, quando todos os entes sociais se comprometem com a ordem estabelecida pela Constituição promulgada. Isto não significa que Hesse defendia a imutabilidade de seu texto, mas exortava para a responsabilidade coletiva na manutenção do Estado constitucional.

Por fim, o artigo desenvolve a relação complementar que se estabeleceu no ocidente entre direito constitucional e democracia.

1. Jusnaturalismo e juspositivismo: fundações constitucionais

A discussão jurídica mais eminente até o reconhecimento da força normativa da Constituição é aquela estabelecida entre jusnaturalistas e juspositivistas. Trata-se de alguns séculos de embates entre modos diametrais de conceber o alcance do Direito. A relação entre estas duas formas de pensar as questões jurídicas não é recente: em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles afirma que "da justiça política, uma parte é natural e outra parte é legal" (ARISTÓTELES, 1984, p. 131). A análise destes dois sistemas é fundamental para que se compreenda como a Constituição, vista como documento normativo basilar dos Estados, conjugou estas distintas perspectivas jurídicas.

Desta maneira, os pensadores jusnaturalistas de modo geral reconhecem a existência de direitos e deveres naturais pertencentes aos indivíduos. Isto significa que tais direitos não se confundem com aqueles outros reconhecidos pela ordem jurídica. A importância de se

traçar esta diferença encontra vazão quando se passa a observar o aspecto da validade: enquanto um direito positivado é válido a partir do Estado e no cerne de sua jurisdição, o direito natural fixa sua validade em si, devendo prevalecer sobre todas as demais normas.

Embora possa soar primitivo por não se alicerçar em uma ordem jurídica estatal, a grande valia do pensamento jusnaturalista para a formação do Estado foi extrair os elementos teológicos e místicos na justificação do Direito. Guido Fasso (1966, p. 79) comenta que Hugo Grócio foi o primeiro autor a buscar elementos subjetivos (autonomia da vontade humana) para o jusnaturalismo, em contraposição aos pressupostos objetivos (dogmas) da religião. Em que pese Grócio erroneamente seja apontado como o pai do direito internacional, já que antes dele Francisco de Vitória[1] havia enunciado a tese da *communitas orbis*, sua obra é passagem obrigatória para o estudo daquele ramo do Direito.

Eis uma aspecto que impactou na legitimidade do Estado: enquanto na antiguidade e no medievo se pensava a ordem política como algo necessário – a exemplo de Aristóteles, cuja antropologia consignava o homem como um animal social –, os jusnaturalistas modernos vislumbraram o Estado como obra voluntária, erigida pelo abandono do estado de natureza. Dito de outro modo, observa-se a transposição de um ponto de vista finalístico, no qual o espaço público é algo decorrente da natureza humana, para o atual ponto de vista funcionalista, em que o Estado é visto como um sistema, um produto exclusivo da razão e interação humanas. O marco desta mutação se confunde com o fortalecimento do pensamento positivista de Auguste Comte.

Ao longo deste processo, a voluntariedade humana se perfaz de modo claro a partir do pensamento contratual. O contrato social é uma justificação hipotética para o nascimento do Estado. A partir dele, a sociedade deixaria seu estado de natureza para se lançar em um estágio civilizatório, organizada sob a égide de um princípio inspirador que traria solução às debilidades sociais. Os mais notáveis contratualistas foram Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant[2].

---

[1] Este tema é desenvolvido em: FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2007. No mesmo sentido, indicamos também: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. Soberania e ordenamento jurídico: um diálogo contemporâneo. *In* PAGLIARINI, Alexandre; DIMOULIS, Dimitri (orgs.). *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[2] Oportuno lembrar que John Rawls retoma a teoria contratual ao estabelecer os seus princípios de justiça. Segundo ele: "meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar a determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação" (RAWLS, 2008, p. 13-14).

O juspositivismo, por sua vez, é uma forma de pensar oposta ao jusnaturalismo, pois encontra a validade da norma ao Direito. Pode ser abordado sob quatro aspectos distintos[3].

a) *Quanto à fonte*: enquanto o jusnaturalismo é dado pela natureza, o direito positivo parte de normas dadas por uma autoridade do Estado. Esta é a clássica noção dicotomia apresentada por Hugo Grócio entre *natura potestas* e *potestas populus*.
b) *Quanto à validade de suas normas:* conforme já tratado, a fonte de validade do direito positivo advém do Estado e da relação hierárquica entre as normas; o direito natural tem validade em si, ou seja, trata-se um sistema normativo autossuficiente.
c) *Quanto ao modo de acesso às suas prescrições*: os jusnaturalistas partem do pressuposto de que estas normas são acessíveis a todos os seres racionais. Logo, a razão é o seu meio de acesso. As normas positivas, por sua vez, são manifestações legislativas, fruto de procedimentos específicos para a sua criação.
d) *Quanto à sua variação no tempo*: o direito natural é imutável enquanto o direito positivo é efêmero e pode ser alterado segundo o alvedrio das novas gerações.

Em resumo, o direito natural é tido como um sistema axiológico que se irradia sobre toda a ordem jurídica. Tem como escopo influenciar a interpretação de todo o sistema e, em especial, sobrepor-se a qualquer tipo de ordenamento positivo existente. O jusnaturalismo, deste modo, filia-se a uma corrente finalística que busca fortalecer um direito dentre os demais no afã de socorrer a sociedade de alguma debilidade própria – tal como a superação do estado de natureza identificado pelos autores contratualistas.

O substrato juspositivista se fixa na preservação e supremacia da legalidade tendo em vista o estabelecimento de uma ordem jurídica. Na visão tradicional de Hans Kelsen, o ordenamento é visto como um edifício normativo, de modo que seus pavimentos são regulados e distribuídos segundo a importância hierárquica de temáticas a serem abordadas. A justificação e sustentação de todo o sistema se funda na validade, do qual a norma superior valida a inferior até se atingir a norma fundamental (*Grundnorm*) que é o pressuposto lógico de validade de todo o sistema. Identifica-se, ainda, a força coativa própria do direito e a nítida separação entre o objeto da ciência jurídica, a norma, e os fatos contextuais que têm embutidos em si qualquer juízo valorativo.

[3] Para aprofundar o tema, vide: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. Curitiba: JM, 2016.

Destes dois primados surgiram distintas doutrinas acerca do papel da Constituição, consoante aponta Jorge Miranda (2002, p. 495-497): concepções historicistas, de Edmund Burke, Joseph de Maistre e Otto Von Gierke; sociológicas, de Ferdinand Lassale, Jean de Sismondi e uma fase de Lorenz Von Stein; marxistas; institucionalistas, de Maurice Hauriou, Georges Renard e Georges Burdeau; decisionista, de Carl Schmitt; estruturalistas, de Bruno Spagna Musso e José Afonso da Silva; decorrente da filosofia de valores, de Otto Bachof e Theodor Maunz.

2. A ascensão da Constituição como norma fundamental da ordem jurídica nacional

A partir desta formação normativa elementar ao estabelecimento do Estado, surge a discussão acerca de qual norma estaria no vértice da pirâmide normativa de modo a se irradiar por todo este sistema. No jusnaturalismo, conforme apontado, não havia propriamente uma norma considerada fundamental. Antes disso, elegia-se um princípio que era alçado como pedra angular do direito: a escolha deste elemento era o fator de legitimação do sistema posto e do pressuposto, isto é, dos desígnios que tal sociedade visava[4].

Com a ascensão do Estado republicano, proporcionado pelos movimentos liberais ocorridos na Europa e nos Estados Unidos em especial a partir dos séculos XVII e XVIII, pode germinar em um solo de eficácia o *rule of law* inglês. O princípio da legalidade, que fora esboçado em muitos textos normativos pretéritos, não encontrava o respaldo suficiente para florescer em razão de as funções do Estado ainda estarem concentradas no Executivo. Cesare Beccaria, famoso pensador do Direito Penal, afirmou em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, publicado em 1764, que as leis são a condição pelo qual os homens independentes e isolados se uniram em sociedade. Uma das conseqüências da primazia da legalidade é que somente por meio da lei é que se pode decretar uma pena, e a autoridade para esta definição pode residir tão somente no legislador, representante da sociedade unidade pelo contrato (BECCARIA, 1973, p. 07-10).

Em igual medida, o fortalecimento da Constituição como documento central do ordenamento jurídico dos Estados ocidentais é parte de um processo descontínuo e repleto de limitações, com especial exceção dos Estados Unidos da América. Dadas as suas

[4] Cada autor do contratualismo estabelecia uma finalidade precípua para a sua sociedade renovada. Thomas Hobbes, por exemplo, acreditava que, em prol da segurança, era justo que os cidadãos concedessem parte de suas prerrogativas para a formação de um Estado forte, o Leviatã. Já Jean-Jacques Rousseau elegeu a igualdade como norma paradigma de seu sistema contratual: cada cidadão deveria poder participar da formulação das normas gerais que regem a sua sociedade.

características sociais e políticas, as colônias estabeleceram duas formas de união: a primeira aliança era uma confederação entre as colônias[5], e foi considerado muito fraco por restarem poucas atribuições comuns. Este fato ensejou a forja do modelo federativo, característico pelo reconhecimento da União Federal, um ente alheio aos Estados-membros e com prerrogativas nacionais. Como a Constituição regulava as competências dos poderes da União em sua interação com os Estados federados, a necessidade de uma Suprema Corte foi pontuada já no texto constitucional[6], tendo sido instalada ainda no ano de 1789.

Todavia, consoante apontado, a história constitucional norte-americana é uma exceção. No caso francês, a Constituição não obteve força para se afirmar como o documento normativo central. Historicamente, o Código Civil napoleônico de 1804, que regulava a relação entre particulares e os assuntos inerentes à propriedade privada, tornou-se o principal documento jurídico entre os franceses, enquanto as sucessivas Constituições figuravam tão somente como cartas políticas desprovidas de força normativa[7]. Em se tratando do contexto nacional oitocentista, basta lembrar que Dom Pedro estabelecia uma fachada de monarquia constitucional, conservando em si um poder moderador que estendia seus tentáculos sobre todos os demais.

Foi apenas ao longo do século XIX e início do século XX que a Constituição se afirma como documento normativo fundamental. O contexto constitucional que se tem no início do século XX ainda não é absolutamente favorável no que diz respeito a sua prevalência em face aos demais documentos normativos e às próprias forças políticas e econômicas de cada país, tendo tal situação sido levada ao extremo com a multiplicação de governos autoritários na Europa na primeira metade deste século e na América Latina já na segunda metade do século.

---

[5] O primeiro texto constitucional dos Estados Unidos são os *Articles of Confederation*, editado em 1777 e ratificado pela última colônia, Maryland, em 1781. Dez anos após sua criação foi realizada a Convenção da Filadélfia que deu origem ao atual texto de 1787, pautado no modelo federativo.

[6]Article III, Section I: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office. UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: < http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec3>. Acesso em: 29/03/2016.

[7] Sob o prima constitucional, a ordem pública almejada a partir da Revolução Francesa tardou para ser alcançada. De 1791 a 1958 (texto atual), foram quinze Constituições diferentes adotadas pelos governos franceses. Cf. LEGIFRANCE. *La Constitution*. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution>. Acesso em 29/03/2016. Hannah Arendt (2011, p. 193-194) lembra a enorme diferença entre "uma Constituição imposta pelo governo a um povo e a Constituição pela qual um povo constitui um governo. Todas as Constituições redigidas por especialistas, sob as quais a Europa passou a viver após a Primeira Guerra Mundial, baseavam-se em larga medida nos moldes da Constituição americana e, tomadas em si, deveriam funcionar razoavelmente bem. Mas a desconfiança que sempre inspiraram nos povos submetidos a elas é historicamente documentada, bem como o fato de que, quinze anos após a queda do governo monárquico no continente europeu, mais da metade da Europa estava vivendo sob alguma espécie de ditadura".

Ao longo da primeira metade daquele século, imperioso lembrar o profícuo debate constitucional sobre o modo pelo qual se realizaria a guarda do texto constitucional travado entre dois grandes juristas germânicos – Carl Schmitt e Hans Kelsen[8]. Schmitt defendia a tese da guarda política, realizada pelo Chefe de Estado (Presidente do Reich). Kelsen acreditava que esta função era jurisdicional, devendo assim ser desempenhada por uma Corte Constitucional. Embora a tese de Schmitt tenha prevalecido na Europa no limiar do século XX, o modelo kelseniano foi adotado a partir do pós-guerra, tendo se tornado regra.

3. A Constituição para Konrad Hesse

Neste panorama fundamental se insere o pensamento de Konrad Hesse, jurista notável por sua intransigente defesa em prol da ascensão da Constituição como o documento elementar dos Estados. Para ele, embora haja correntes de pensamento antitéticas em seus elementos caracterizadores, tais como o jusnaturalismo e o juspositivismo, o texto constitucional se constitui como a tábula sobre o qual os diferentes modos de pensar se fariam possíveis.

O primeiro aspecto caracterizador do constitucionalismo pensado por Konrad Hesse é o reconhecimento do elemento histórico que subjaz a toda Constituição. Em suas palavras, "só a consciência desta historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais"[9] (HESSE, 2009, p. 02). Com isto, sua visão contrasta com a de grandes juristas, como os da Escola Exegética francesa ou da Jurisprudência dos Conceitos alemã.

Esta consideração preliminar tem valia quando se está em jogo o conceito de Constituição e, por via de conseqüência, seus desígnios e competências. Um pensador que não considera a historicidade constitucional a caracterizaria como um conjunto de regras. Para Hesse, o significado de uma Constituição vai além do estabelecimento de normas que criam e regulam a competência dos órgãos estatais e o papel dos indivíduos como legitimadores deste

[8] O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen pode ser melhor compreendido a partir da leitura dos dois textos originais. Cf: *O guardião da Constituição*, de Carl Schmitt e *Quem deve ser o guardião da Constituição*, de Hans Kelsen.

[9] A intenção do autor é se afastar daqueles que pensavam a Constituição apenas como uma norma, interpretação apartada de elementos axiológicos. Hesse continua com seu argumento, deixando esta questão mais clara: "Isso [a consciência da historicidade constitucional] é algo que não pode oferecer uma teoria geral e abstrata insensível, que não enquadre a constituição na realidade político-social e nas suas peculiaridades históricas. Tampouco a compreensão histórica pode prescindir, sem mais, da justificação e da configuração teórica. Mas semelhante teoria há de estar referida ao ordenamento constitucional concreto e à realidade que a Constituição está chamada a ordenar" (HESSE, 2009, p. 02).

sistema. Ao reconhecer que a Constituição é histórica e, portanto, conecta-se diretamente às peculiaridades de cada contexto social e político, Hesse lembra que o ideal constitucional é um processo variável e inconcluso, haja vista a inexistência de um modelo "perfeito" a ser colocado em prática. Sem este reconhecimento, bastaria a existência de um texto constitucional paradigmático que se aplicaria perfeitamente a qualquer país e regularia todas as condutas.

Nesta medida, são duas as tarefas fundamentais de uma Constituição apontadas por Hesse (2009, p. 04-07): i) criação e manutenção da unidade política; ii) manutenção do ordenamento jurídico. A primeira tarefa é política por excelência, ou seja, tem relação com a sociedade sobre a qual o texto constitucional incidirá. Neste caso, a Constituição demanda uma *função integradora*, que consiste no grau de adesão dos cidadãos ao seu próprio ente público e suas instituições. Embora pareça uma questão simples, na prática a pluralidade de vontades potencializada pelos regimes democráticos desafia de modo constante o Estado que necessita da legitimidade de seus cidadãos. Não havendo a integração entre os anseios elementares dos cidadãos e o Estado pela via da representação política, a Constituição perde a sua força e pode vir a sucumbir.

Por isso, Konrad Hesse lembra que o nascimento e a existência da Constituição estão ligados ao processo de integração nacional, isto é, que os cidadãos se sintam responsáveis e defendam a existência da ordem jurídica constitucionalmente fundada. Este sentimento de pertencimento é fortalecido pelas instituições estatais, que atuam de modo a cumprir uma série de funções sociais. Esta é a segunda função da Constituição: a de *organização*. Trata-se de regular a atuação do Estado no sentido de aprimorar o cumprimento de suas tarefas. O processo de incidência das normas constitucionais sobre os órgãos estatais é assim descrito pelo jurista:

> A Constituição funda competências, criando, dessa maneira, poder estatal conforme o Direito com o alcance do respectivo mandato. É ela que regula, amiúde só em suas coordenadas fundamentais, os procedimentos que, dentro do possível, devem permitir a adoção de decisões adequadas. É ela que ordena as atribuições dos distintos órgãos estatais entre si, buscando conseguir, assim, que estes se complementem objetivamente, que se garanta a cooperação, a responsabilidade, o controle, a limitação do poder e, finalmente, que se impeça qualquer abuso de competências (HESSE, 2009, p. 05).

As funções de integração e organização, que compõem a primeira tarefa da Constituição (criação e manutenção da unidade política) caminham *pari passu*, uma vez que o

êxito da ação do Estado demanda unidade política, ou seja, as pessoas não aderem às políticas do Estado caso não o legitimem.

A segunda tarefa da Constituição é direcionar o ordenamento jurídico. Hesse parte da noção de que o ordenamento jurídico é imanente à vida em sociedade em um determinado território. Todavia, ele não se constitui como um fim em si: a questão não é simplesmente "ordenar por ordenar; o importante é o conteúdo dessa ordenação". Em outras palavras, o jurista está dizendo que até mesmo o Estado demanda justificação. Mas qual conteúdo seria adequado ao ordenamento jurídico? Refratário de um ponto de vista jusnaturalista ou juspositivista como solução dos países no século XX, Hesse aponta um conceito que esbanja imprecisão: o legítimo seria o "moralmente reto".

A noção deste termo guarda relação com a historicidade inerente ao Direito, que permitiu que alguns direitos fossem aperfeiçoados e reconhecidos com o passar do tempo por meio das lutas travadas entre os cidadãos e os governantes. Tais parâmetros normativos são denominados de cânones, modelos hábeis a configurar o presente e o futuro das gerações. Por exemplo: o direito à educação pública foi e ainda é objeto de disputas no Brasil. Sendo um cânone da atual geração e das próximas que virão, seria ilegítimo na visão de Hesse extirpar ou alterar de modo significativo tal prerrogativa dos brasileiros. Assim, pela tarefa de direção jurídica, a Constituição deve assumir os cânones sociais e lhes dotar de força vinculante.

Portanto, as duas tarefas da Constituição versam sobre a criação e manutenção da unidade política e do ordenamento jurídico. O meio para o cumprimento destas duas tarefas são indicadas por Konrad Hesse como dois pressupostos: abertura e vinculação. O sistema constitucional não é fechado ou compreensível em sua plenitude: baseia-se, em especial, em princípios e normas de organização do Estado. Sendo aberto, o sistema permite um processo político livre, que comporta diferentes visões de mundo, o que amplia a vitalidade e capacidade de adaptação da própria Constituição às mudanças históricas[10]. Além disso, o pressuposto vinculante imanente à Constituição torna obrigatória a observância de suas normas, sejam elas materiais ou procedimentais.

4. Entre Ferdinand Lassale e Konrad Hesse: o postulado da força normativa

A partir desta noção, que: i) reconhece o texto constitucional como documento normativo básico do Estado; ii) admite o elemento da historicidade como inerente a este

[10] Este tema da capacidade/necessidade de adaptação do texto constitucional será retomado no ponto seguinte ao se falar da vontade de Constituição.

documento; iii) e identifica as tarefas da Constituição, que deve ir além das discussões acerca de direitos naturais e positivados, parte-se para a discussão sobre a força vinculante das normas constitucionais. O embate intelectual estabelecido neste ponto conjuga duas visões estritas de mundo: a do ser, sociológica de Ferdinand Lassale, e a do dever-ser[11], política e jurídica de Hans Kelsen.

Este tema foi objeto de análise de Hesse em 1959, quando publicou o texto intitulado *A Força Normativa da Constituição*. Trata-se de apenas um artigo de poucas dezenas de laudas, mas que representa o ímpeto fulcral do direito constitucional moderno rumo a sua emancipação definitiva. O artigo gravita em torno da afirmação de Ferdinand Lassale, da qual a Constituição pode não ter qualquer força quando se leva em conta os fatores reais de poder. Em outros termos, qual seria o império do texto constitucional se a classe política ou social mais influente consegue usurpar o poder para satisfazer seus anseios pessoais? Ou ainda, a ordem constitucional dispõe de força vinculante para fazer valer a ordem legal fundada na Constituição quando os grupos mais poderosos buscam a todo custo lhe usurpar?

Lassale afirmava que se o texto constitucional era uma *folha de papel* que nada pode na hipótese de não vincular a ordem jurídica de modo a se impor perante tais grupos. Em síntese, expunha a fronteira entre o fortalecimento da Constituição como documento jurídico fundamental e a visão de Constituição política, sem força vinculante, que vigorou na Europa durante o século XIX[12]. Tendo escrito seu texto um século após Lassale, o ambiente do pós-guerra em que se inseria Konrad Hesse era mais propício a uma análise que atribuía preponderância normativa ao texto constitucional. Em que pese dispor de uma visão histórica de Constituição, o objetivo de Hesse não era somente depreciar a hipótese sociológica de Lassale, mas ressaltar o aspecto constitucional normativo – a vontade de Constituição – sem olvidar do peso da realidade que o circunda.

Consoante apontado, Ferdinand Lassale reafirmou o conceito sociológico de Constituição. Alinhado à crítica social marxista do século XVIII, o autor apontou que a "Constituição oficial" abrigava em si o interesse de diversas outras "Constituições reais". Em outras palavras, analisando o contexto e o perfil de cada sociedade, ao texto constitucional de um país se inserem inúmeras questões e correlações de poder distintas: poder político, econômico, militar, administrativo, social, intelectual, artístico, entre outros.

---

[11] Os termos ser e dever-ser aqui utilizados não fazem referência ao pensamento de Hans Kelsen, mas foram utilizados em seu sentido filosófico comum.

[12] Citamos há pouco o caso francês. As instabilidades políticas e sociais do século XIX ocasionaram a edição de vários textos constitucionais. O ordenamento jurídico estava lastreado no Código Civil de 1804, mais afeito a normatização de direitos patrimoniais.

Em sua essência, portanto, a Constituição apresenta um perfil político que representa os interesses sociais tendo em vista os fatores reais de poder que influenciaram a sua confecção. Por isto, na visão lassaliana, seu texto tendia a ser relativizado quando estivesse em choque com algum fator político, representando um empecilho a ser ultrapassado. No Brasil, as ordens jurídicas fundadas nas Constituições de 1934 e de 1946 foram derrogadas pelos fatores políticos da época: a primeira pela ascensão de Getúlio Vargas e a segunda pelo golpe militar de 31 de março de 1964.

Esta questão de Lassale está inserida no contexto dos séculos XIX e primeira metade do século XX na qual se verifica uma grande agitação intelectual acerca do significado de uma Constituição: seu conceito, sua extensão, suas características fundamentais e a eficácia de suas normas. A influência das ciências sócias fez com que Lassale se fixasse no estudo da eficácia constitucional na sociedade. Nesta perspectiva, o Estado liberal da época seria o artífice de um conceito constitucional que enunciava objetivos ambiciosos, mas que se deixou vencer pelos fatores de poder, transformando o seu texto em simples folha de papel. Assim, a fraqueza das normas constitucionais permitiu que os fatores reais se sobrepusessem ao conteúdo jurídico e ditassem as suas regras.

Konrad Hesse não desprezou a análise lassaliana. É notório que em qualquer sociedade o estabelecimento da nova ordem jurídica precisa enfrentar os conluios há muito tempo enraizados[13]. Ao contrário, referendou-a: "A história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais de Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática" (HESSE, 1991, p. 10).

A visão de Ferdinand Lassale levada a um ponto extremo tende a bombardear a própria existência do Direito Constitucional[14]. Afinal, de que valeria uma Constituição que é relativizada na primeira oportunidade? *A Força Normativa da Constituição* tem o condão de aduzir para a força intrínseca que deve brotar da Constituição, um estandarte a serviço da transformação de dada realidade. Sua análise parte de três premissas básicas: i) deve-se considerar um ponto de apoio entre o político e o jurídico; ii) deve-se, ainda, considerar os

[13] Estes conluios são o que Norberto Bobbio denominou de poderes ocultos, que se opõe a norma posta e vigente para todos. Sobre esta questão, vide: BOBBIO, 2006.

[14] As indagações que motivam a pesquisa de Hesse (1991, p. 11-12) são: "existiria ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes?"

limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica; iii) a partir destes limites e possibilidades, conduzir a uma investigação acerca da eficácia constitucional.

Tentando estabelecer um ponto de equilíbrio com o pensamento lassaliano, Hesse parte do pressuposto de que não se deve separar completamente os âmbitos do ser e do dever ser, fazendo alusão expressa aqui a Hans Kelsen[15]. Isto significa que o mundo fático e o mundo jurídico não podem caminhar completamente apartados, sob pena de, por um lado, valorizar-se sobremaneira o mundo fático e tornar a Constituição inócua, ou por outro lado, fixar o olhar na norma e encastelar o direito em qualquer lugar que não seja o mundo real. O estabelecimento de uma precisa comunicação entre estes pólos diametrais tem sido o desafio dos juristas e, para Konrad Hesse, a resposta vem do direito constitucional. Segundo ele, a norma constitucional cumpre este papel na medida em que "não tem existência autônoma em face da realidade", isto é, "a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada que pretende ser concretizada" (HESSE, 1991, p. 14).

Neste sentido, a busca por uma justificativa para a premissa primeva (deve-se considerar um ponto de apoio entre o político e o jurídico) é parte integrante da resolução da premissa seguinte (deve-se considerar os limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica). Ou seja, o constituinte pode e deve traçar objetivos de longo alcance (dever-ser), na medida em que o Direito pode e deve se converter em um instrumento de transformação da realidade social. Não obstante, assim como para se erigir um grande edifício é necessário que sob ele haja sólidos alicerces, a Constituição precisa estar conectada à história daquela sociedade: seu texto deve refletir as lutas sociais, não devendo apenas ser concebido em gabinetes por especialistas. Hesse está afirmando que a eficácia da norma constitucional depende de suas raízes históricas, isto é, de seu texto se projetar para o futuro sem perder a noção dos alicerces do passado e do presente que devem ser alterados.

Identifica-se, assim, o que Hesse denominou de *vontade de Constituição*, que tem relação com a terceira premissa apontada (conduzir a uma investigação acerca da eficácia constitucional). A vontade de Constituição se origina em um processo composto por três pressupostos. O primeiro é a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, isto é, que seja capaz de proteger o Estado contra quaisquer arbítrios que coloquem em risco a sua autoridade. Em segundo lugar, a busca pela legitimidade estatal é constante, não se encerrando nos documentos normativos. Por fim, e talvez o mais importante

[15] Como é de notório conhecimento, Kelsen é o representante mais conhecido do positivismo jurídico, cuja característica básica era a precisa distinção entre o direito e os demais ramos de pensamento (sociologia, filosofia, etc).

para o momento histórico de Hesse, é que a ordem constitucional não dispõe de eficácia sem o concurso da vontade de seus cidadãos: para que tenha efeitos, é imprescindível que a atitude dos cidadãos seja a de respeito e luta para o resguardo de sua autoridade e legitimidade (HESSE, 1991, p. 20).

Portanto, a Constituição deve unir as facetas histórica e jurídica, bem como estar alicerçada no presente para se projetar para o futuro. Na visão de Konrad Hesse, a observância destes fatores tendem a aumentar a sua força normativa. Para a proteção de seu texto, a Constituição deve estar preparada para se adaptar a mudanças: basear seus princípios em visões unilaterais de mundo é a melhor forma de sepultar a sua força normativa, conduzindo os cidadãos a não se sentirem responsáveis pela preservação dos enunciados constitucionais. Nas palavras do autor, quando a Constituição "tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade" (HESSE, 2009, p. 12).

Ainda assim, reformas constantes ao texto tornam a Constituição desprovida de eficácia, conduzindo-a, igualmente, à inoperância material, haja vista a existência de uma estrutura lógico-originária que, segundo Hesse, deve ser mantida. Seu conteúdo é imperativo e assim deve ser encarado, pois "o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente hão de viver sob ela" (HESSE, 2009, p. 13). O autor está apontando, neste caso, para a manutenção da ordem jurídica de modo a se evitar rupturas institucionais. Em suas palavras, "toda Constituição é Constituição no tempo", logo, ela "só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade" (HESSE, 2009, p. 13-14). Os meios que possibilitam a dilatação da norma é a mutação e a reforma constitucional.

Em síntese, em seu conceito concretista de Constituição, Konrad Hesse aponta para a necessidade da vontade de Constituição, compromisso em prol de seus preceitos que permitirão o aumento progressivo da sua força normativa. Esta visão contemporânea do papel da Constituição em relação ao ordenamento jurídico é a continuidade do processo da supremacia da legalidade, em um capítulo seguinte que atrai para si os contornos e os apanágios próprios dos temas e das normas constitucionais. Na realidade dos fatores reais de poder, que pode não conhecer regras ou limites, a Constituição aliada ao ideal democrático adquire um papel estratégico de estabelecer regras conhecidas para o jogo que ocorre no seio social.

5. A força normativa como esteio à democracia constitucional no ocidente

O fortalecimento do ideal democrático, que Hesse denominou vontade de Constituição, adquiriu grande relevância a partir da segunda metade do último século. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, os Estados Unidos se tornaram o principal pólo de influência e hegemonia ocidentais, haja vista a Europa ter sido arrasada e repartida. Por um lado, os horrores dos conflitos potencializaram a adoção de normas internacionais para guarnecer os direitos humanos. Por outro lado, os Estados em seu âmbito interno precisavam partir de um epicentro normativo para se reerguer. A Constituição foi o instrumento normativo para esta transição em direção a algo novo, que pudesse transcender ao que foi visto e praticado na aguerrida primeira metade do século. Isto pode ser observado com a *Costituzione italiana* de 1947, a *Grundgesetz* de 1949 e a *Constitution française* de 1958.

Todos estes países editaram novos textos constitucionais com intuito de ampliar o catálogo de direitos fundamentais aos cidadãos. A Constituição, na linha conclamada por Konrad Hesse, adquiriu aos poucos o centro do ordenamento jurídico dos países europeus, como já ocorria nos Estados Unidos da América, ampliando a sua força normativa. O Estado de Direito, fundado sobre os alicerces do liberalismo, previa apenas a estruturação fundamental das funções e limitação do poder, além da garantia dos direitos individuais de primeira dimensão – ou seja, aqueles que estabeleciam um espaço de vida reservado do cidadão, no qual o poder público não poderia intervir. Se a fase primitiva do Estado de Direito possibilitou, de modo geral, o fortalecimento do republicanismo, no pós-guerra o ideal democrático se uniu ao constitucional mediante a questão da representação política e ampliação dos direitos.

Mas o que é a democracia? De modo geral, a democracia é um modelo de tomada de decisões públicas: unida ao constitucionalismo, passou a influenciar os Estados no que tange à fonte do poder (tomada de decisões), ao conteúdo dos direitos (o que se decide) e ao procedimento para atingir as finalidades desejadas (procedimento a ser tomado). Com o passar do tempo, no entanto, às discussões democráticas foram associadas indagações que versam sobre a garantia de direitos. Isto ocorreu por uma questão lógica: se a democracia em linhas gerais indica a tomada de decisões por uma maioria, é necessário que se garanta a devida proteção jurídica aos direitos das minorias como reflexo mínimo dos próprios preceitos republicanos. Nas palavras de Barroso (2011, p. 40), buscou-se superar a questão

democrática do governo da *maioria* para se estabelecer o governo *de todos*, incluindo-se minorias e grupos de menor expressão política.

A democracia-liberal, segundo Jacques Chevallier (2009, p. 187), possui dois momentos de extensão de seu modelo. O primeiro deles se caracteriza como o *impulso à democratização*, estendendo-se de meados do século XIX até o fim da Segunda Guerra, em 1945. Verifica-se, neste caso, a ampliação da concepção de cidadania com a generalização do sufrágio, e conseqüente e paulatina eliminação do voto censitário, e da elegibilidade. Ao cidadão foi facilitada não somente a participação como eleitor, mas também o acesso à esfera pública para poder se tornar representante. Neste período ocorreu o surgimento e expansão dos grandes partidos de massa que, segundo o autor, tornaram-se grandes "empresas políticas" em razão de sua atração por eleitores e mobilização de meios materiais e humanos. O segundo momento, já a partir da década de 1980, perfilha-se um *impulso do liberalismo* pautado na guarida dos direitos fundamentais, adesão dos valores de igualdade e liberdade e a aceitação do pluralismo de valores[16].

Esta tem sido a questão política das últimas décadas: uma noção ampla de governo, que visa a satisfação de direitos de todos os cidadãos possui um desafio novo, nunca antes experimentado. Em busca de se encontrar uma via alternativa ao debate do juspositivismo e do jusnaturalismo, a nova leitura constitucional desde o pós-guerra busca incorporar ao juspositivismo elementos de uma teoria da justiça. É importante notar que a relação entre as escolas do juspositivismo e do jusnaturalismo é contínua e profícua, mesmo que em alguns momentos históricos estas doutrinas estivessem em claro atrito intelectual. Assim, é incorreto imaginar que há superação de um modelo em prol do outro: verifica-se apenas maior preponderância de um padrão em alguns momentos históricos. A emergência pela salvaguarda dos direitos conduziu à restauração dos postulados morais em meio às discussões jurídicas, rompendo-se com o ideal estritamente juspositivista normativista, ainda que ele resolva grande parte das questões jurídicas.

O reconhecimento da força normativa da Constituição como substrato fundamental para a efetivação dos direitos fundamentais conduziu para a constitucionalização de direitos. Somado ao fato da autoaplicabilidade de parte das normas constitucionais – em especial dos direitos fundamentais – tais fatos demandaram a ampliação da jurisdição constitucional, em especial pela criação de tribunais constitucionais ou com a sua renovação a partir de novas atribuições e competências, como ocorreu com o Supremo Tribunal Federal brasileiro pós-

[16] Para aprofundar esta questão, consulte: PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Constituição de 1988. A crescente demanda judicial ante a constitucionalização dos direitos "emancipou" o Judiciário, conduzindo-o a adquirir um papel mais ativo, diverso do que possuía tradicionalmente.

Se por um lado a constitucionalização dos direitos permitiu uma reviravolta na compreensão de sua eficácia, por outro lado iniciou um complexo problema para a hermenêutica jurídica. Os critérios clássicos de resolução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e especial) e os instrumentos de interpretação tradicionais (gramatical, sistemático, histórico e teleológico) se tornaram inócuos no momento em que temas axiológicos vieram à tona e quando fora reconhecida normatividade aos princípios constitucionais, embora ainda sejam o critério fundamental para a quase totalidade dos conflitos jurídicos que ocorrem entre regras. Daí a importância das Cortes Constitucionais, que têm exercido o papel de instância ponderadora dos princípios em colisão.

É nesta medida que as discussões jurídicas iniciaram o século XXI, buscando a efetivação de direitos fundamentais e a gerência das situações decorrentes deste movimento – apenas para contextualizar, emanam discussões sobre o custeio dos direitos sociais, a ampliação e fortalecimento do Judiciário que podem conduzir ao ativismo, se a atuação positiva das Cortes quebranta a separação entre os poderes, a redução da cientificidade positivista na relação dos princípios e diversos outros. Diversos juristas têm se focado neste debate, sendo inúmeros os pontos de vista estabelecidos. Hesse já apontava, em 1959, a questão do custeio dos direitos sociais e a responsabilidade estatal para o futuro dos homens como grandes dificuldades a serem pensadas.

Afora tais discussões de ordem jurídica, o que não se pode negar é que a Constituição somada aos postulados democráticos constitui o instrumento atual que se dispõe tendo em vista a garantia de direitos sem abandonar o ideal do *rule of law* e da estrutura jurídica tradicional. As discussões trazidas por Hesse, em especial pela questão da força normativa das normas constitucionais, foram essenciais na ascensão deste documento normativo, que deu vazão a uma discussão infinda acerca dos direitos e obrigações dos cidadãos e dos Estados. Do reconhecimento, parte-se neste século XXI à garantia e preservação destes direitos e à construção de relações internacionais mais humanitárias e pacíficas. Talvez este seja o principal desafio do século posto a juristas, governantes e a todos os cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, a contribuição de Konrad Hesse foi observar a necessidade de a Constituição estar no centro do ordenamento jurídico, tendo sua força normativa reconhecida e sua validade garantida em prol da organização do Estado e da guarida dos direitos fundamentais. O ideal constitucional permitiu o desenvolvimento do regime democrático, baluarte da luta por direitos fundamentais.

Embora as discussões entre jusnaturalismo e juspositivismo não tenham cessado, algo que jamais ocorrerá, a Constituição representou uma junção estratégica entre estes dois modos de leitura do direito. Trata-se de uma fase seguinte, que tem como pressupostos o reconhecimento da validade da legislação e suas noções decorrentes, bem como dos direitos e princípios que subjazem a lei e brotam da sociedade.

Neste compasso, o século XXI tem sido um período de adequação e renovação da democracia liberal – fundada na participação representativa –, de afirmação por novos direitos, da pluralidade e, ao mesmo tempo, da busca por participação no processo decisório do Estado, um movimento que pode ser visto de modo especial na América Latina. Em termos gerais, tem-se buscado a aproximação entre dois polos: o encontro entre a garantia de direitos enunciada nos documentos normativos e a realidade social e política bem mais complexa que a teoria.

Deste modo, a vontade de Constituição pensada por Hesse deve ser um ideal que orienta a tensão imanente ao processo democrático: deve-se lutar pela garantia de direitos, mas sem desrespeitar as regras fundamentais do jogo; deve-se clamar pelo Estado em *locus* em que ele não se faz presente, mas sem quebrantar a ordem jurídica constitucional e democrática, arduamente reconquistada em países como o Brasil.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Aristóteles. *Metafísica, Poética e Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1984. (Os Pensadores)

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*. Milano: Einaudi, 1973.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. Curitiba: JM, 2016.

FASSO, Guido. *Historia de la Filosofia del Derecho*. Madrid: Piramide, 1966. (vol. 2, la edad moderna).

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. Constituição e Direito Constitucional. *In Temas Fundamentais do Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEGIFRANCE. *La Constitution*. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution>. Acesso em 29/03/2016.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2012.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec3>. Acesso em: 29/03/2016.