

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/04/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/31437-estudo-sobre-a-normatividade-e-o-car-ter-jur-dico-das-constitui-es>

Autori: Ricardo Padovini Pleti, Rafael Ferreira Bizelli

Estudo sobre a normatividade e o caráter jurídico das Constituições.

TÍTULO: Estudo sobre a normatividade e o caráter jurídico das Constituições.

Autor: Rafael Ferreira Bizelli¹

Ricardo Padovini Pleti²

¹Ricardo Padovini Pleti é Professor Efetivo de Direito Civil e Empresarial da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, Especialista em Direito Empresarial por essa mesma instituição, Mestre e Doutorando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os demais autores são graduandos da 62ª turma da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

²Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

ÍNDICE:

RESUMO	03
INTRODUÇÃO	03
O PENSAMENTO DE EROS ROBERTO GRAU	04
O PENSAMENTO DE FERDINAND LASSALE	04
O PODER CONSTITUINTE E O PODER CONSTITUÍDO	06
A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE POLÍTICA E DIREITO	07
CONCLUSÃO	08
ABSTRACT	09
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	10

RESUMO: De acordo com Eros Roberto Grau, o Direito Posto (positivo) provém do Direito Pressuposto, que é o encontrado no seio da sociedade, produzido por ela. Ferdinand Lassale demonstra a ausência de normatividade nas Constituições a partir da noção de fatores reais de poder. O Poder Constituinte é uno e soberano, sendo que o Poder Constituído deve seguir as regras postas pelo seu criador. Política e Direito estão interligados, sendo que uma cria e regula o outro.

PALAVRAS CHAVE: Direito posto, Direito pressuposto, Constituição, fatores reais de poder, Poder Constituinte, Poder Constituído, Política.

INTRODUÇÃO

Este artigo estudará a real força normativa de uma Constituição, buscando entendê-la à partir das idéias de alguns autores, de algumas teorias e de estudos à respeito da relação do Direito com outras áreas de grande importância no que tange ao relacionamento entre os homens.

O estudo começa pela análise do pensamento de Eros Roberto Grau, exposto em sua obra: “O direito posto e o direito pressuposto”. Em seguida é estudada a obra de Ferdinand Lassale, “A Essência da Constituição”, onde ele defende a ausência de normatividade das Constituições. Depois é feito uma reflexão à respeito do que é e como funciona o poder constituinte e o poder constituído, considerando a relação existente entre eles e os conflitos daí provenientes. Antes da conclusão, ainda, há uma breve explicação a respeito da inter-

relação entre política e direito e seus desdobramentos. Por fim, há a conclusão do presente estudo, seguida das referências bibliográficas.

A) O PENSAMENTO DE EROS ROBERTO GRAU

Um autor cujo pensamento recai sobre as idéias de normatividade constitucional é Eros Roberto Grau. Suas idéias são analisadas abaixo.

Eros Roberto Grau, em sua obra “O Direito Posto e o Direito Pressuposto”, analisa as noções de *direito posto* e *direito pressuposto*, identificando uma relação recíproca entre eles. Direito pressuposto é a base cultural-filosófica proveniente da sociedade sobre a qual surge e se instala o direito posto. Desse modo, essa base se constitui de vários elementos, como os costumes, crenças e tradições do povo, entre outros, que, positivados em lei, transformam-se no direito posto. Direito posto, que é encontrado nas constituições, códigos, e estatutos, portanto, é a positivação do direito pressuposto, assumindo controle sobre ele, na medida em que estabelece limites para sua atuação. Tais limites são as leis que configuram e enquadram a ação do direito pressuposto, a fim de dominá-las e as terem sobre o cuidado da ordem vigente. Tal quadro deixa claro o caráter conservador do Direito.

No pensamento de Eros Roberto Grau, o direito posto é estático, de caráter dificilmente mutável, enquanto o direito pressuposto é dinâmico, sofrendo mutações constantemente, de forma mais natural, espontânea. Tal afirmação justifica-se pelo fato de que o direito posto, para modificar-se, necessita de um processo burocrático, que na maioria das vezes é moroso, enquanto o direito pressuposto pode modificar-se de um dia para o outro, com a utilização de uma simples propaganda, ou até por meio de campanhas nacionais, seja qual for o assunto. Assim, quando o direito pressuposto chega a um ponto que em muito discorda do direito posto, isto é, quando as idéias e pretensões de uma sociedade modificaram-se e/ou evoluíram rapidamente e o direito posto não as pode acompanhar ocorre, então, uma “revolução”, sendo o direito pressuposto o autor de tal “revolução”, modificando o direito posto, para que esse atenda a seus interesses e pretensões. Deve-se, nesse ponto, identificar o caráter político do direito pressuposto, uma vez que são as ações

políticas os principais agentes transformadores do direito pressuposto, e, como já estudado, é o direito pressuposto a base para a criação do direito posto.

B) O PENSAMENTO DE FERDINAND LASSALE

Outro autor de suma importância para estudarmos a real força normativa de uma constituição é Ferdinand Lassale, cujas idéias são expostas e estudadas em seguida.

Lassale, em sua obra *A Essência da Constituição*, estabelece o conceito de *fatores reais de poder*. Segundo seu pensamento, a Constituição nada mais é do que o reflexo dos fatores reais de poder, não apresentando, portanto, força normativa própria, identificando a metáfora de que não passa de uma *folha de papel*, visto que pode ser simplesmente rasgada e jogada fora quando não mais útil. Tais fatores reais de poder configuram o jogo de forças e a política dos segmentos mais fortes e importantes da sociedade, sendo que um fator real de poder de hoje pode não ser o de amanhã. São diversos: a burguesia, o proletariado, o exército, os industriais, os agropecuários, etc.

Um trecho elucidativo da obra é o seguinte: `` *Juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito-instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido.* `` (LASSALE, 2010, p. 20).

No pensamento de Lassale, no qual a Constituição não possui força normativa própria, isto é, não é considerada um documento de caráter jurídico, quando os fatores reais de poder já não condizem com o que está positivado na Constituição, esta sucumbe, dando espaço para o surgimento de uma outra que legitime esses novos fatores reais de poder. Para Lassale, portanto, a Constituição é um documento extremamente vulnerável, sem importância prática, visto que serve apenas para legitimar a ordem econômica-social vigente em um determinado território. A Constituição, nesse caso, é considerada um documento essencialmente político, o que dá espaço para o surgimento de conflitos sociais quando dois ou mais segmentos da sociedade almejam ter seus anseios refletidos no documento constitucional. Lassale acredita haver uma `` *Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam.* ``

(LASSALE, 2010, p. 29). E o esperado é que essa constituição real e efetiva esteja positivada na constituição folha de papel, para que essa seja duradoura e efetiva.

Outro trecho de sua obra que muito bem exemplifica o assunto em questão: *“Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”* (LASSALE, 2010, p. 39).

Fica entendido, portanto, que para que uma constituição perdure e angarie algum respeito como documento de caráter jurídico, isto é, para que as pessoas temam desrespeitá-las com medo de serem punidas, é necessário que ela esteja em sintonia com os fatores reais de poder da sociedade.

C) PODER CONSTITUINTE E PODER CONSTITUÍDO

Outro ponto de importância para se analisar a força normativa de uma constituição são as noções de poder constituinte e poder constituído. De início, toma-se como definição de poder constituinte a idéia de J. J. Canotilho, segundo o qual: *“...o poder constituinte se revela sempre como uma questão de poder, de força ou de autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.”* (CANOTILHO, 2000, p. 65). Canotilho ainda afirma ser o povo, entendido como uma instituição pluralística (indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores), o único e exclusivo titular do poder constituinte.

Encontra-se, nesse ponto, uma convergência entre as idéias de Canotilho e de Emmanuel Sièyes. Segundo Sièyes, que entendia povo como nação, o titular do poder constituinte é a Nação, que nesse caso assume personalidade. Ela possuiria o poder constituinte, um poder soberano e sem limites, e por meio dele criaria uma constituição que a representasse. Tal constituição definiria o poder constituído, e esse não poderia alterar a constituição, visto que somente a Nação, titular do poder constituinte, poderia fazê-lo. Entende-se aqui, portanto, que para esses dois pensadores o único fator real de poder existente é o povo, e que por isso a constituição o representa.

Deve-se entender como poder constituído todo o aparato estatal, o que inclui a divisão de poderes e suas funções, entre outros, isto é, o poder constituído encontra-se essencialmente no texto constitucional criado pelo poder constituinte, e nos demais documentos que de alguma forma regulam a sociedade.

Segundo a teoria moderna acerca de Poder Constituinte, o Poder Constituído não é uma transformação do primeiro, e sim uma criação dele. Desse modo, o Poder Constituinte age para derrubar ou manter determinada ordem, ou seja, de acordo com suas pretensões, entra em ação para derrubar ou manter determinado Poder Constituído.

De acordo com a teoria moderna sobre o Poder Constituinte, diz-se que esse cria o Poder Constituído, estabelecendo regras e princípios a serem seguidos. Quando o Poder Constituído (criação) “desobedece” o Poder Constituinte (criador), esse entra em ação para corrigi-lo, ou para instaurar um novo Poder Constituído.

Como o titular do poder constituinte é o povo, há um trecho muito ilustrativo da obra de Lassale que auxilia a entender esse assunto: “*Mas a população, um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e pior redigidos, e que tudo é feito contra a sua vontade e os interesses gerais da nação, pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada.*” (LASSALE, 2010, p. 27).

Feito essas considerações, pode-se dizer que há uma nítida relação entre tais teorias. Direito pressuposto está ligado ao surgimento de novos fatores reais de poder e à ação do Poder Constituinte (a Política), enquanto direito posto relaciona-se ao que está positivado em forma de lei e ao Poder Constituído (o Direito).

D) A INTEDEPENDÊNCIA ENTRE POLÍTICA E DIREITO

Outro ponto de grande importância para se estudar a força normativa de uma constituição é a relação entre política e direito.

Um autor que muito bem escreve a respeito do assunto é Antonio Negri. Seguem duas passagens de sua obra “O poder constituinte”: “... o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que este é compreendido numa

sociedade democrática.'' (NEGRI, 2002, p. 07), ''... o poder constituinte permanece sempre estranho ao direito.'' (NEGRI, 2002, p. 07).

Ainda com Negri, pode-se afirmar que o poder constituinte é o único capaz de ''*instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isso, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade.*'' (NEGRI, 2002, p. 08). O poder constituinte, portanto, ao formular um novo direito (a constituição), quer apenas impor limites ao seu próprio campo de atuação.

No binômio poder constituinte/constitucionalismo, onde cada um se refere, respectivamente, à política e direito, percebe-se, como diz Norberto Bobbio, uma interdependência recíproca, visto que um cria o outro, e esse outro, por sua vez, o controla.

Dimitri Dimoulis, em seu Manual de Introdução ao Estudo do Direito, afirma que a criação do direito é um assunto exclusivamente político, isto é, que o direito é um produto da política. De seu livro: ''...o direito nasce por decisões políticas'' (DIMOULIS, 2007, p. 124). Dimitri demonstra ainda que todas as regras jurídicas, mesmo aquelas de aparência técnica, são resultado de um processo político, e de que o direito ''pertence'' à política.

Na visão positivista, o direito, portanto, é um produto, finalidade e instrumento da política. Produto porque, como já dito, nasce de decisões políticas. Finalidade porque os políticos, para imporem suas vontades e a de seus representados, positivam-nas, transformando-as em direito. E por último, instrumento porque ''*o direito funciona como critério e limite da política.*''(DIMOULIS, 2007, p. 126), e porque é usado, de acordo com Bobbio, para justificar ações políticas.

Em seu livro, ainda, é demonstrado que o direito tem o importante papel de civilizar os conflitos políticos e proteger os mais fracos. As normas jurídicas, entretanto, são frágeis, já que podem ser modificadas por outras decisões políticas, ou até mesmo modificadas. Dimitri conclui: ''... o direito depende da política muito mais do que a política depende do direito.'' (DIMOULIS, 2007, p. 129).

CONCLUSÃO

Entende-se que: quando o direito pressuposto reflete novos fatores reais de poder suficientemente fortes para derrubar a ordem vigente, o Poder Constituinte (política) entra em

ação e derruba o Poder Constituído (direito), legitimando, através da criação de um novo direito posto, os novos fatores reais de poder, estabelecendo um novo Poder Constituído, numa relação dialética, na qual esse ciclo está sempre recomeçando.

Disso depreende-se que a Constituição é um documento essencialmente político, não possuindo, portanto, força normativa própria, visto que apenas reflete as vontades dos segmentos sociais que vão surgindo, desenvolvendo-se, e ganhando força suficiente para imporem suas vontades. Se esses fatores reais de poder forem suficientemente fortes e capazes de ganharem ou manipularem a vontade popular, encontrando respaldo nela, eles encarnam o próprio poder constituinte, o que dará origem a um poder constituído voltado à atender suas vontades e pretensões.

De acordo com essas idéias expostas, a Política, portanto, tem controle sobre o Direito, já que o cria e o recria de acordo com as convenções e vontades em um determinado momento.

Dimitri, em seu livro, afirma: *“A maior prova disso é o modo de criação das Constituições. O poder constituinte originário que cria uma nova Constituição é sempre ilegal, já que sua intenção é abolir a Constituição anterior, ou seja, o texto jurídico supremo. Assim sendo, o direito que pretende limitar a política revela-se como produto de atos políticos que contrariam o direito em vigor.”* (DIMOULIS, 2007, p. 128).

Pode-se, a partir desse argumento, afirmar que o direito está sempre atuando em favor de uma ordem que antes era considerada ilegal, isto é, o direito tem o papel de “legitimar” e manter uma ordem ilegal/legal até que venha uma nova ação do poder constituinte que irá derrubar essa para instaurar outra ordem.

Por fim, é conveniente afirmar, então, que o caráter jurídico de uma Constituição é meramente superficial, visto que essa característica só se faz valer enquanto a vontade política majoritária estiver em comum acordo com o que encontra-se na Constituição.

ABSTRACT: According to Eros Roberto Grau, the Positive Law comes from the Society Law. Ferdinand Lassale demonstrates the absence of juridical character in Constitutions, based in the notion of real factores of power. Constituting Power is one and sovereign, and

Constituted Power must follow the rules put by his creator. Policy and Law are together and separated, because one creates and controls other.

KEY WORDS: Positive Law, Society Law, Constitution, real factores os power, Constituting Power, Constituted Power, Policy.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. 7^a tiragem. Editora Campus.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7^a edição. Editora Almedina.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. 2^a edição. Editora Revista dos tribunais.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3^a edição. Malheiros Editores.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 9^a edição. 2^a tiragem. Editora Lumen Juris.

NEGRI, Antonio. O poder constituinte. DP&A editora

SIEYES, Emmanuel. O Que é o Terceiro Estado. Editora Temas&Debates.