

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO BRASILEIRO

Wilian Barbosa GARBIM¹

Vitor SALESI²

Cláudio José Palma SANCHEZ³

RESUMO: A súmula da força normativa da Constituição implica na valorização e eficácia das normas constitucionais, tornando-as preceitos máximos de obediência e princípio para o Estado. Todo esse pressuposto pode ser observado, hoje, doutrina e jurisprudência brasileira, onde até encontra-se princípios neoconstitucionais. Na circunstância em que vem sendo atualmente aplicado, há o enaltecimento da Constituição Federal, mostrando maior efetividade das normas constitucionais. O princípio da força normativa iniciou-se (no Brasil) a partir da Constituição Federal de 1988, tendo maior aplicabilidade das normas constitucionais. Far-se-á uma análise sobre a força normativa e o neoconstitucionalismo e o segundo como desdobramento do primeiro.

Palavras-chave: Força Normativa da Constituição. Eficácia das normas constitucionais. Hans Kelsen. Neoconstitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

Inobstante a ampliação de discussões, opiniões e artigos jurídicos acerca da força normativa da constituição, ressaltando a presença do neoconstitucionalismo, ambos temas envolvem várias temáticas e dificuldades para entende-los e/ou analisá-los por completo.

Apesar de novas correntes de pensadores – esses envolvidos com o mundo jurídico -, tendo nelas transformações, novas teorias e ideias, ainda existe o problema de analisar as efetividades da força normativa e se ela encontra presente, bem como entrelaçar o assunto com o neoconstitucionalismo.

¹ Discente do 1º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: will.garbim@gmail.com

² Discente do 1º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: vitorsalesi@hotmail.com

³ Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Teoria do Direito pela Univem. e-mail: palma@unitoledo.br

Há 57 anos atrás, Konrad Hesse, em uma de suas aulas na Universidade de Freiburg-RFA, falou sobre a força normativa da Constituição. Na época, havia teorias e pensamentos que não concordavam com a de Hesse. Para Lassalle (2001, p. 39), a Constituição reflete os fatores reais de poder, não deve existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, mas quando tal grito de defesa repercute no país é porque a Constituição escrita não reflete a real, os fatores reais de poder. Já Hesse, previa que a Constituição deveria ter frente às forças reais, o estabelecimento, por parte da doutrina, dos diversos tipos de eficácia das normas constitucionais, e da ineficácia de diversos tipos normativos, em virtude da sua ausência de densidade normativa e de possibilidade de aplicação, geraram uma nova perspectiva do problema: a força normativa sem a efetividade.

Com a força normativa, vem em mente o movimento teórico de revalorização do direito constitucional, o *neoconstitucionalismo*. Com a proximidade dos dois assuntos, convém relacioná-los para melhor explanação dos temas que envolvem a constituição.

Como método científico utilizaremos o dedutivo-indutivo, visando debater o tema através de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais, bem como, através de teses e antíteses procurar por sínteses, ou seja, sempre buscaremos fazer uma análise construtiva sobre o tema proposto.

2 KONRAD HESSE E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A obra “A força Normativa da Constituição” de Konrad Hesse coloca-se em posição contrária a de Lassalle. Hesse pregava o enaltecimento da constituição, isto é, ela deveria possuir uma força normativa, tendo assim eficácias de suas normas e de seus princípios. Ele ainda destaca a chamada vontade de constituição, sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a eficácia da força normativa da Constituição. Hesse (1991, p. 15) expõe que a constituição é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, de forma que não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força

condicionante da realidade e a normatividade podem ser diferenciadas, mas não podem ser definitivamente separadas ou confundidas.

Hesse (1991, p. 11) pergunta se existira, ao lado do poder determinante pelas relações fáticas, também uma força determinante do direito constitucional, bem como qual o fundamento e o alcance dessa força do direito constitucional e se 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. Indica que o conceito de constituição jurídica e a própria definição da ciência do direito constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

Hesse (1991, p. 13) indica que uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a constituição jurídica e a realidade político social. Devem, ainda, ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades de atuação da Constituição Jurídica e finalmente, não se ser investigados os pressupostos de eficácia da constituição.

A força normativa da Constituição Federal encontra-se, hoje, consolidada em nosso Estado. Todos os poderes – idealizados por Montesquieu em sua teoria da tripartição -, devem prestar obediência à Constituição, pois ela possui, diga-se de passagem, a força máxima, que regula e serve de preceito aos atos dos poderes. Quando o legislativo cria leis que afrontam a Constituição Federal, elas não podem ser aceitas e/ou são revogadas. Se o Executivo deixa de agir de forma constitucional, ele irá sofrer ações cabíveis aos atos inconstitucionais, e o mesmo ocorre com o Judiciário.

No Brasil, só houve esse enaltecimento da constituição a partir de 1988, ano em que foi criada a nossa Constituição Federal que vigora até os dias atuais. Antes, as constituições não foram criadas com o pensamento de tê-la como preceito máximo, muitas delas foram outorgadas e até fizeram parte de golpes. Hoje, a Constituição Federal de 1988 possui sua força normativa mais estabelecida e eficiente, visto que ainda há algumas ineficiências, mas tudo o que é inconstitucional não pode e não deve acontecer/ocorrer. Podendo assim dizer que vivemos em um Estado Constitucional.

2.1 A efetividade da constituição

É totalmente utópico dizermos que a atual Constituição Federal de 1988 possui sua efetividade completa, ou seja, sabe-se que há problemas em efetivá-la integralmente, porém certas normas constitucionais simplesmente não se encaixam na sociedade atual ou são puramente textos constitucionalizados.

Apesar da premissa muito chamativa e envolvente da força normativa da constituição, há hoje em dia a sua utilização somente no que é desejado para um certo acontecimento ou momento, isto é, utiliza-se deste meio, em muitos casos, simplesmente porque convém utilizá-lo.

Partindo do pressuposto aqui indicado, pode-se pensar claramente que a efetividade é falha. Há a necessidade de atualizar e alterar normas constitucionais e até, diga-se de passagem, retirar algumas para que facilite o dispositivo de sua efetividade.

O importante neste plano sintático de concretização é que haja uma harmonia interna entre os diversos subsistemas constitucionais (Político, Fiscal, Social, Econômico), que integrados e harmonizados preservarão a conexão Norma Isolada – Sistema Normativo, permitindo a aplicação coerente das sanções constitucionais na órbita jurídica (BOBBIO, 2009).

Um exemplo da não efetividade e, possivelmente, desobediência da constituição (por se tratar de uma norma esquecida e materializada como constitucional), encontra-se no art. 208º, § 3º:

“Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.”

O dispositivo é mais aplicável para diretores, coordenadores e professores das redes estadual e municipal de ensino, enquanto agentes do poder público e, como os estabelecimentos privados de ensino seguem as orientações nacionais. E na realidade, não é efetivo pois são poucas as pessoas que a conhecem, tornando a norma como esquecida.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo trata-se de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico, movimento este que surgiu a partir da segunda metade do século XX.

O neoconstitucionalismo visa refundar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional.

A expressão neoconstitucionalismo começou ser utilizada para demarcar uma transição históricas após a Segunda Guerra Mundial, período que contribuiu para mudar radicalmente o mundo jurídico – iniciando aqui a Terceira Dimensão de Diretos -, e conforme adverte Miguel Carbonell (2007, p. 9-11) a análise da expressão:

"El neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas <materiales> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por médio de la ordenación de ciertos fines y objetivos"

Uma outra definição, deve ser atribuída ao Professor Luis Roberto Barroso (2006, p. 9), que diz:

"o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento

de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito."

3.1 Neoconstitucionalismo no Brasil

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de *reconstitucionalização* do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Luis Roberto Barroso cita em sua obra (2012, p.02):

"A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos. "

Com as mudanças verificadas com a Constituição de 1988, podemos destacar o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo, onde regras e princípios tiveram reconhecido seu caráter normativo e passaram a ser concretizadas pelo poder judiciário.

3.2 Nova realidade constitucional?

Vários juristas e cientistas políticos já apontam o neoconstitucionalismo como a nova realidade, porém é ainda incerto afirmar tal sentença se ainda é possível admitir a não efetividade dessa corrente e também da força normativa.

Inobstante, toda essa força normativa da constituição sendo enaltecida, juntamente com correntes teóricas e *neoconstitucionalistas*, podemos dizer que estamos em uma fase de transição de ideias constitucionais, mas que jamais o neoconstitucionalismo deve ser entendido como um sucessor do constitucionalismo, e sim um desdobramento do mesmo.

3.3 A judicialização

A judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, Luis Roberto).

4 RELAÇÃO ENTRE A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Após analisar um pouco sobre os dois temas (complexos) apresentados nesse artigo, fica claro uma ligação entre os dois. O que pretendo expor aqui é uma teoria de desdobramento, ou seja, o neoconstitucionalismo teria surgido como um ramo de um galho principal que seria a força normativa da constituição, mesmo que a teoria de Hesse tenha vindo depois, visto que toda a súmula do neoconstitucionalismo se encontra na efetividade dessa teoria.

A partir desse raciocínio, pode-se conciliar os dois. Assim, o que o neoconstitucionalismo busca é a efetividade da força normativa da constituição, seria então a busca pela aplicação plena da teoria de Hesse.

Para sintetizar essa ideia, basta resumir os dois temas a um simples princípio: enaltecimento da constituição. Tanto o neoconstitucionalismo, quanto a teoria da força normativa da constituição possuem como base esse princípio, podendo partilhar de um mesmo âmbito teórico.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vimos que os dois temas são complexos e que não foi possível exauri-los por completo aqui. A força normativa da constituição, apesar de possui uma ideia simples e objetiva, encontra vários obstáculos para a sua efetivação. Já o neoconstitucionalismo, ele é um fenômeno muito complexo, que ainda possui muitas discussões ao redor de seu significado e sua presença no direito atual.

A efetivação da força normativa da constituição não é referencial de completude. Várias normas constitucionais viram apenas letras esquecidas e tantas outras não são conhecidas pelo povo. Há a necessidade de rever todo o texto constitucional, torná-lo atualizado para que encaixe melhor na sociedade e ainda promover seu estudo e conhecimento por toda a população, facilitando assim a transição de uma efetividade em desenvolvimento ou até estagnada para a sua fase ativa e sem solavancos.

O neoconstitucionalismo, apesar de ser tratado como um vilão da ciência jurídica, apresenta um preceito interessante para a teoria de Hesse. Importante ressaltar que não devemos encarar tal segmento teórico com pensamentos de supervalorização, deve-se racionalizar o seu uso para implementar em áreas que precisam de tais preceitos, que é o caso da força normativa de nossa constituição.

Assim, com a junção da força normativa da constituição e segmentos selecionados e aprimorados do neoconstitucionalismo, criaria um sistema evoluído do pensando por Konrad H., preenchendo as lacunas das inefetividades e

promovendo o enaltecimento da Constituição Federal de 1988 para termos como um preceito máximo de garantia de direitos do povo brasileiro.

Contudo, esse é um pensamento longínquo, visto que no Brasil questões neoconstitucionais ainda geram muitas problemáticas e ainda há muito o que se fazer para atingir a força normativa efetiva de nossa constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**.

BARROSO, Luis Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *Conjur - Consultor Jurídico*. 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

CARBONELL, Miguel. (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. - Madrid - Espanha: Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de Direito Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

<<http://lelivros.online/book/baixar-livro-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988-senado-federal-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

<<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla>>. Acesso em: 15 mai. 2016.