



AULA 3 TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO

ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO

Conceito

A palavra constituição pode ser empregada sob vários aspectos. Conjunto dos elementos essenciais. Organização, formação. A lei fundamental de um Estado.

Neste sentido quais os elementos essenciais de um Estado?

- Forma de Estado (Federalista)
- Forma de Governo (Republicana)
- Modo de aquisição e o exercício do poder;
- Limites de atuação do poder;
- Direitos fundamentais;

Objetivo

A Constituição tem por objeto estabelecer:

- A estrutura e organização do Estado e da sociedade;
- O modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício;
- A limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos;
- O regime político e os fins socioeconômicos do Estado;
- Os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais;

Elementos da Constituição

José Afonso da Silva define 5 (cinco) elementos da Constituição.

Elementos orgânicos – são elementos que dispõem sobre a estrutura e organização do Estado e do Poder. Ex. normas do título III e IV da CF/88;

Elementos limitativos – contém os limites da atuação do poder do Estado. Direitos e garantias fundamentais, excedo os direitos sociais.

Elementos socioideológicos – estabelecem as finalidades a serem alcançadas na ordem econômica e social. Estado intervencionista. Direitos Sociais. Ex. Título VII e VIII; Dos direitos sociais, Da Ordem Econômica e Financeira, Da ordem social.

Elementos de estabilização constitucional – prescrevem meios de proteção das normas constitucionais. Ex. Art. 60 (rigidez), Art. 102 (ADIn), Art. 34 a 36 (Da intervenção)

Elementos formais de aplicabilidade – regras voltadas para a aplicação das próprias normas constitucionais. Ex. Preambulo, ADCT.

PRINCIPAIS CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

- **Sociológico**
- **Político**
- **Jurídico**

Sentido sociológico

Ferdinand Lassalle, por meio de uma abordagem do fato social, diante do início dos movimentos sindicalistas na Alemanha, por volta de 1848, entende a Constituição a partir do sentido sociológico. Para ele a Constituição de um país representa a soma dos fatores reais do poder. A Constituição escrita não passa de uma “folha de papel”.

Lassalle escreveu sobre a Essência da Constituição. Em “O que é Constituição” ele define que Constituição não é um simples papel, resulta da conjugação dos fatores sociais.

É o poder quem determina as normas sociais de acordo com seus interesses, criando normas e modificando-as quando necessitam.

Obs.:

Konrad Hesse critica a teoria de Lassalle. A Constituição para o autor é denominada em normas e leis constitucionais que devem estar relacionadas entre si. A forma normativa da Constituição é uma força existente entre os fatores reais de poder e as normas constitucionais. Quando estas normas não atendem as necessidades da sociedade, não serve e deve ser modificada.

Sentido político

No início do Séc. XX, diante da 1ª Constituição Social da Alemanha (Weimar), Carl Schmitt analisa a Constituição como uma decisão política fundamental. Sua visão é positivista sociológica. Foi o principal jurista após a II Guerra Mundial, denominado “jurista príncipe”.

Decisões políticas são decisões relativas a organização da sociedade. As decisões políticas organizam a sociedade. Ex. Estado Federal, Sistema presidencialista, etc...

A Constituição é uma decisão política fundamental. Para Schmitt nem tudo que está na Constituição é Constituição. Existe Constituição e lei constitucional, mas somente as normas que refletem a política social, matérias de decisão política fundamental.

A Constituição é o espelho do que ocorre na sociedade.

Sentido Jurídico

Através da teoria Pura do Direito, Hans Kelsen apresentou uma ideia sobre o ordenamento jurídico como um sistema escalonado.

A pirâmide demonstrava a hierarquia das normas. A norma inferior só é válida se for produzida de acordo com a norma superior.

A Constituição é a norma suprema, norma que deve ser cumprida, rege o mundo do dever ser, não existe norma superior a ela. *E como ela possui validade se não existe nada que a valide???* Kelsen determina que o fundamento da Constituição não é uma norma positivada, mas uma norma hipotética, pressuposta, chamada de norma hipotética fundamental. Ex. Igual aos 10 mandamentos, foram criados por Deus e por isso têm validade. É uma ideia pressuposta.

Kelsen

- *Sentido Jurídico = positivado. A Constituição é a norma positiva fundamental.*
- *Sentido lógico = para criação da Constituição existe uma norma hipotética fundamental.*

Sentido culturalista

Neste sentido, a Constituição é fruto da cultura de um povo. Elementos concretos (históricos, raça, geografia, usos, costumes, ...) e abstratos (religião, moral ...) que compõem uma sociedade.

QUESTIONAMENTOS:

SENTIDO SOCIOLÓGICO – FERNDINAND LASSALE

1. Qual é a essência da Constituição?
2. Há diferença entre Constituição e Carta Constitucional?
3. Qual o significado da “Lei Fundamental” para o autor?
4. Os problemas constitucionais são problemas jurídicos ou questões de poder?
5. O que são fatores reais de poder?
6. Explique o exemplo de Lassalle sobre qual a consequência se todos os textos constitucionais fossem queimados.
7. Todo Estado tem Constituição na visão do autor?
8. Quando uma Constituição escrita pode ser duradoura?

SENTIDO POLÍTICO – CARL SCHIMITT

1. Qual o sentido da Constituição para este autor?
2. Qual a diferença entre Constituição formal e Constituição material?
3. Existem normas no texto constitucional que não fazem parte da Constituição?
4. O que significa decisão política fundamental?
5. Existe um titular para tomar as decisões políticas fundamentais?
6. O que significa a “Lei Fundamental”. A Lei fundamental pode ser definida como constituição **formal** ou material?

SENTIDO JURÍDICO – HANS KELSEN

1. Porque Kelsen determina que o direito deve ser analisado de forma pura?
2. Qual a diferença entre o “ser” e o “dever ser” previsto na teoria do autor?
3. Defina a norma Fundamental de acordo com o pensamento do autor;
4. Os países que não possuem Constituição escrita, possuem a norma

- fundamental, conforme a teoria positivista de Kelsen? Justifique.
5. O que é a “norma hipotética fundamental”?
 6. Para Kelsen podem existir normas costumeiras ou somente normas positivadas?
 7. Pode-se pensar em Constituição sem validade, efetividade ou aplicabilidade?
 8. Qual a diferença entre Constituição formal e Constituição material?

CONCEITO MATERIAL DE CONSTITUIÇÃO

Conforme Paulo Bonavides, o conceito de constituição pode ser ainda, material ou formal, de acordo com o seu conteúdo.

Neste sentido, explica: “Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição.”

E por serem conceitos materiais de constituição, mencionaremos com maior apuro dois clássicos, em especial.

Primeiramente, o conceito sociológico proposto por Ferdinand Lassalle e, posteriormente, o conceito ontológico de Karl Loewenstein.

Mister se esclarecer que, a principal proposta de Lassalle, foi a de estabelecer a consistência da verdadeira essência de uma Constituição, conforme o título da obra escrita na Alemanha do final do século XIX.

Logo, a Constituição é, em sua essência, a somatória de todos os fatores reais do poder que regem um país e tais fatores, quando consubstanciados numa “folha de papel” (documento escrito) são erigidos a direitos e, por conseguinte, instituições jurídicas (lei).

E tais fatores limitam o legislador, haja vista que a Constituição é composta por fragmentos de todos estes poderes, ou seja, os vários segmentos da sociedade devem participar da Constituição.

Então, se todos os cidadãos têm direito ao mesmo poder político, o que significa não somente votar, mas votar de forma igual, todos devem respeito à Constituição (cidadãos, governantes e inclusive o exército), mas quando esses fatores são desconsiderados, a Constituição, real e efetiva, não se coaduna com o documento escrito, sendo este “mera folha de papel”.

Ainda, as constituições não seriam necessariamente produtos dos tempos modernos, pois Lassalle acredita que todos os povos, *a priori*, possuem e sempre possuíram alguma constituição, real e efetiva, independente de estar escrita ou não.

Assim, o documento que costumamos chamar de Constituição, nada mais é do que um resumo de todos os direitos da nação e os mais importantes princípios de governos (folha de papel). E este deve, na verdade, ser a expressão ou o reflexo dos fatores reais do poder, para assim ser considerado uma Constituição, por sua essência.

Desta forma, teria sido na fase de transformação do feudalismo para o absolutismo e a partir deste, em face da revolução burguesa, que se associaram as noções de constituição consubstanciada num documento escrito ao conteúdo do pacto social *rousseauuniano*.

E assim, o documento que surge simultaneamente com os estados-modernos, e que Lassalle chama de “folha de papel”, pode ser ricamente escrito, pode ser intitulado de “constituição”, pode até atestar determinados direitos e princípios, mas se não expressar os fatores reais do poder, não passará daquilo que é: mera folha de

papel, não obstante o que se diga em contrário.

Já para Loewenstein, a Constituição consiste num dispositivo de controle de poder e a história do constitucionalismo moderno se resume na busca das limitações do poder absoluto, que é exercido pelos detentores do poder político, ou seja, é o que justifica a existência da autoridade, seja de ordem moral, espiritual ou ética.

E de suas exortações, concluímos que é obrigatoriamente necessária a aprovação e participação no exercício do poder dos seus destinatários e isto é possível graças à representação.

Se bem que, também a representação pode ser meramente simbólica ou real, mas de modo geral, a finalidade da Constituição é a criação de instituições limitadoras e controladoras do poder político (por exemplo, a tripartição dos poderes).

Neste sentido também, a Constituição, segundo o autor, apresenta dois significados, quais sejam:

1º) de liberação dos governados do poder de controle social absoluto por seus governantes; e

2º) de garantidora da legítima participação dos governados no processo do poder.

Segundo Loewenstein, foi somente com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, que surgiu a necessidade da Constituição formalizar a “ordem governamental da sociedade estatal” num documento escrito, daí decorre a preocupação com o seu conteúdo material.

Assim, o autor cita cinco elementos mínimos que deve conter toda Constituição:

1) a descentralização racional do poder político em vários órgãos;

2) a limitação desses poderes racionalmente distribuídos;

3) os meios preventivos e eficazes de cooperação e controles recíprocos entre esses poderes;

4) o método racional para a reforma constitucional;

5) o reconhecimento dos direitos individuais e liberdades fundamentais, bem como, a sua proteção frente a qualquer pessoa.

Face ao exposto, podemos verificar que, ambos os autores, muito embora tenham conceitos diferentes de constituição (partem de enfoques diversos), preocupam-se com o seu conteúdo, mais do que com a forma, propriamente.

Pois a mera aparência de constituição, não importando o nome que se lhe dê, não significa necessariamente se tratar de uma real situação de poder político.

CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição pode ser definida sob vários aspectos:

1. QUANTO AO CONTEÚDO

- **Formal** – É a Constituição que elege a norma constitucional conforme o processo de formação legislativo. Conteúdo que passou por um processo legislativo diferenciado. Ex. CF brasileira.

Existem dispositivos que não possuem conteúdo constitucional. Ex. restrição de propagandas de bebidas alcoólicas (art. 220, §4º). Colégio D. Pedro I (art. 242, §2º).

Carl Schmitt definia a Constituição através do sentido material e formal, alegando que só se refere a decisão política fundamental as normas materialmente constitucionais.

De acordo com Carl Schmitt a Constituição possui normas que fazem parte da Constituição, incluídas pelo poder Constituinte, mas não possuem conteúdo constitucional, para o citado autor, estas são denominadas “leis constitucionais”.

- **Material** – temas típicos de uma constituição, fundamentais e estruturais de um Estado. A Constituição deve tratar da organização e limitação do poder e sobre os direitos e garantias fundamentais. Existem normas materialmente constitucionais que não estão na constituição, como os tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, §2º).

O sentido material das normas constitucionais refere-se ao conteúdo próprio de uma Constituição, ou seja, normas que tratem da organização de um Estado, da limitação do poder e dos direitos fundamentais.

2. QUANTO A FORMA

- **Costumeira/ Não escritas/ Consuetudinária** – common law. Os costumes da sociedade prevalecem. Não existe um único documento codificado, mas leis esparsas e julgados que fundamentam a organização da sociedade.

Baseiam-se nos usos, costumes, jurisprudências, convenções. Ex. Constituição da Inglaterra.

- **Escrita/ Instrumental** - Constituição formada em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um Estado. Traz estabilidade e transparência.Ex.: Constituição norte-americana de 1787 (complementada por costumes), Brasileira, Espanhola.

3. QUANTO A ORIGEM (significa se a origem veio da vontade popular ou de imposição)

- **Outorgadas** – imposta por um governante, de maneira unilateral. Constituições de 1824, 1937 e 1967 e 1969. Tais Constituições são denominadas “Cartas Constitucionais”, pois não possuem conteúdo essencialmente resultante dos interesses sociais.

- **Promulgadas** – fruto do movimento popular. Através de representantes do

povo, através de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita pelo povo. Também pode ser chamada de Constituição Popular/ Democrática ou Votada. Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

- **Cesaristas** – segundo José Afonso da Silva. A participação popular não é democrática, apenas ratifica a vontade do detentor de poder. Ex. Plebiscito popular (Chile).
- **Pactuadas** – Duas forças políticas com interesses divergentes. Pacto de forças políticas antagônicas. Carta Magna de 1215 na Inglaterra (Realeza e nobreza).

4. QUANTO AO MODO DE ELABORAÇÃO

- **Dogmática/ sistemáticas** – elaborada em um dado momento. Une um dogma de um determinado período. Sempre será escrita. Ex. Republica. Esta Constituição necessariamente será escrita.
- **Histórica** – elaborada ao longo dos anos. Aproximam-se das costumeiras. Ex. Inglesa.

5. QUANTO A RIGIDEZ/ ALTERABILIDADE/ ESTABILIDADE (flexibilidade/estabilidade/ modo de alteração) – relaciona-se com o modo de alteração em relação as demais leis não constitucionais:

- **Imutável/ Permanente** – não admite nenhuma mudança.
- **Rígida** – o procedimento para alterar a Constituição é mais rígido do que o procedimento de uma lei. A rigidez na Constituição brasileira está prevista no art. 60, determinando um procedimento com quórum de votação de 3/5 dos membros de cada casa em dois turnos de votação. (Ver emendas com o nome da casa)
- **Flexível** – o procedimento para se alterar a Constituição é igual ao procedimento para se alterar uma lei. Neste sentido não existe hierarquia entre norma constitucional e lei infraconstitucional
- **Semirrígida/ semiflexível** – é parte rígida e parte flexível. Algumas normas possuem processo mais dificultoso de alteração e outras não. Ex. Constituição Imperial de 1824, art. 178.
- **Super-rígida** – o procedimento é mais rígido que o da lei e existem algumas cláusulas que não admitem mudanças (cláusulas pétreas). Para Alexandre de Moraes a Constituição brasileira de 1988 é super-rígida, por apresentar normas imutáveis.

6. EXTENSÃO

- **Analítica/ prolixa** – abordam vários assuntos, de forma minuciosa. Ex. Brasileira 1988.
- **Sintética/ reduzida/ Concisa** – Normalmente que possuem os princípios fundamentais e estruturais do Estado. Direitos de primeira dimensão. Tais princípios são interpretados e adequados com a evolução da nação. Normalmente duram mais. Ex. Norte-Americana.

7. CONTEÚDO ECONÔMICO (Constituição liberal/ garantia, dirigente/ programática e balanço)

O Direito Constitucional surge com revoluções liberais (Revolução Gloriosa, Revolução Francesa), movimentos em busca de extinguir o absolutismo. Neste momento os cidadãos eram governados pelo rei que possuía um poder advindo de Deus que era ilimitado.

Surge a racionalização do pensamento com o iluminismo. O Ser humano é dotado de razão e não só pelo mítico (Deus) e a sociedade deve se organizar.

O Estado liberal de direito, todo poder não emana só de Deus, mas emana da vontade dos homens, através das leis. A primeira vontade era o direito a liberdade, a fim de afastar o Estado da vida das pessoas, hoje consagrado no art. 5º da CF/88.

- A **Constituição Liberal/ Garantia** - vem garantir a liberdade das pessoas sem a intervenção estatal. Também chamada Constituição Negativa. A Constituição Garantia vem garantir a proteção dos direitos de primeira geração sobre a intervenção estatal. Vem garantir o direito a liberdade das pessoas.

As Constituição sintéticas normalmente são Constituições Garantia e Negativas. Normas que limitam a atuação do Estado.

Com o fim da monarquia e dos privilégios da nobreza o Estado é afastado, consagrando a liberdade econômica que adquire grande poder unicamente nas mãos da burguesia. O mercado se auto regulava. Os pequenos comerciantes não conseguiam concorrer com o poder da burguesia com poderes ilimitados, cabendo a estes buscar riquezas com o trabalho que era explorado pelos detentores de poder que buscavam o lucro, a mais-valia. Momento da Revolução Industrial.

Inicia-se a Questão Social em busca de melhores condições de vida e de trabalho através da participação Estatal. O Estado passa a abarcar não só as liberdades, mas normas voltadas para o social que se consolidam nas Constituições cidadãos, normalmente escritas e claras para a sociedade.

As normas de caráter social são normas programáticas, ou seja, exigem a atuação do Estado com a determinação de programas de atuação.

- A **Constituição dirigente/programática ou Social** - busca através de metas políticas o desenvolvimento para o Estado. A Constituição Dirigente determina como finalidade do Estado a criação de políticas públicas que devem ser concretizadas através de um programa, ou de normas programáticas. A principal característica da Constituição dirigente é a fixação de objetivos e tarefas a serem realizadas pelo Estado diante do contexto social e econômico

vivenciado, como também a implementação dos direitos fundamentais em geral: *“Tem-se o Estado social, conjuntamente com as normas programáticas”*.¹

- **Constituição Balanço** – reflete um degrau de evolução socialista. Ideias de Lassale. Cada Constituição que for criada deve fazer um balanço do novo estágio.

¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade** – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.