

KONRAD HESSE E A TEORIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

KONRAD HESSE AND THE THEORY OF REGULATORY POWER OF
THE CONSTITUTION

Nilton Marcelo de CAMARGO¹

Resumo: O presente artigo jurídico aborda a força normativa da Constituição². O texto procura sintetizar o pensamento de Konrad Hesse ao demonstrar a relevância da abertura da Constituição ao tempo e à realidade para a preservação de sua estabilidade político-jurídica e respectiva força normativa.

Palavra-chave: Constituição. Democracia. Força normativa.

Abstract: *This article discusses the legal normative force of the Constitution [1]. The text seeks to synthesize the thought of Konrad Hesse to demonstrate the relevance of the opening of the Constitution time and reality for the preservation of its political stability and its legal-normative force.*

Keywords: *Constitution. Democracie. Normative force.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A unidade política e a ordem jurídica. 3. O conteúdo da constituição aberto ao tempo. 4. A sociedade e a consciência de constituição democrática. 5. Constituição e realidade. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em conferência pronunciada para intelectuais e operários da antiga Prússia em 1862, o jurista prussiano Ferdinand Lassalle afirmou o caráter científico

¹ Mestre em Direito, na área de concentração Sistema Constitucional de Garantias de Direito, pelo Centro de Pós Graduação da ITE; Defensor Público no Estado de Mato Grosso do Sul; Titular da Defensoria Pública de Direitos Difusos e Coletivos em Campo Grande/MS; Atualmente exerce a função de Assessor para Assuntos Institucionais da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul; causiri@uol.com.br

² Em famoso texto denominado “A força normativa da Constituição”, o jurista alemão Konrad Hesse reafirma o caráter normativo da Constituição e procura conciliá-lo com a realidade. Destaca ser tarefa delegada ao Direito Constitucional contribuir para a conservação da força normativa da Constituição.

de sua palestra no livro “A essência da Constituição”. Segundo Lassalle, as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas tão-somente questões políticas. Isto porque a Constituição de um país expressa os fatores reais do poder nele existentes. Estes fatores reais representam o conjunto de forças políticas, sociais, econômicas, militares e intelectuais que se manifesta na sociedade e produz uma força determinante das leis e das instituições, formando a Constituição *real*. Para o jurista prussiano, a Constituição jurídica não passava de uma *folha de papel* porque sua capacidade de motivar estaria limitada à sua compatibilidade com a Constituição real.

O jurista alemão Konrad Hesse opõe-se à tese de Lassalle e sustenta que a negação da Constituição jurídica é a negação do direito constitucional que se tornaria simples ciência do ser, porquanto se limitaria a justificar as relações de poder dominantes.

Para Hesse, ainda que de forma limitada, a Constituição contém uma força jurídica própria capaz de ordenar e motivar a vida do Estado e da sociedade porque reproduz o estágio de luta existente entre os múltiplos atores políticos, econômicos e culturais de certa sociedade e que é capaz de refletir uma decisão sobre a forma de ser do Estado durante certa época histórica. Como corpo normativo fundamental do Estado, a Constituição indica valores, reúne os elementos essenciais e define a estrutura do Estado.

A supremacia normativa da Constituição, ao lado de outros elementos, confere-lhe força ativa para que sua função e tarefas próprias sejam realizadas na vida histórico-concreta do povo. Pressupõe aspectos da concepção jurídica da Constituição no sentido formal e material. Envolve a manutenção do Estado e da ordem jurídica interna.

2. A UNIDADE POLÍTICA E A ORDEM JURÍDICA

A Constituição determina as decisões³ que dão peculiaridades ao Estado. Cria órgãos do Estado, determina competências e procedimentos, estabelece orientações normativas, regula procedimentos destinados a superar conflitos que surjam na comunidade, impõe tarefas e procura garantir à sociedade pluralista a convivência solidária num sistema federativo.

“Formação da unidade política” não significa a produção de um harmônico estado de coincidência geral e em nenhuma hipótese a eliminação das diferenças sociais, políticas ou de tipo institucional e organizativo, através da nivelção total.

³ Para Hesse, “tais decisões são, segundo a Lei Fundamental, a inviolabilidade da dignidade humana como princípio supremo do ordenamento constitucional, a república, a democracia, o postulado do Estado social de Direito, e a organização territorial em termos de Estado federal”. (HESSE, 2009, p. 7)

Essa unidade é inimaginável sem a presença e a relevância dos conflitos na convivência humana.

Os conflitos evitam a rigidez, o estancamento em formas superadas; são – embora sem exclusividade – a força motriz sem a qual não haveria mudança histórica. A ausência ou a repressão dos conflitos pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente assim como a incapacidade para se adaptar a novas circunstâncias e a produzir formas novas: chega, então, um dia em que a ruptura com o que existe se torna inevitável, e o choque ainda mais profundo. Assim, não é importante apenas que haja conflitos mas também que estes surjam regulados e resolvidos. Não é o conflito enquanto tal que contém a forma nova, mas o resultado a que ele conduz. Em si mesmo, o conflito não permite o viver e o conviver humanos. Por isso, o problema não está tanto em abrir espaço para o conflito e os seus efeitos, quanto em garantir – não, em termos definitivos, por conta do tipo de regulação dos conflitos – a formação e a preservação da unidade política, sem ignorar ou reprimir o conflito em nome da unidade política e sem sacrificar a unidade política em nome do conflito. (HESSE, 2009, p. 79).

A formação e a conservação dessa unidade política, a atuação e a execução dos deveres conferidos aos órgãos públicos são reguladas pelo ordenamento jurídico, competindo à Constituição fazer com que órgãos públicos, com estruturas e fins distintos, complementem-se e garantam cooperação, responsabilidade, controle, limitação do poder e impeçam abusos no exercício das competências.⁴ Ao instituir órgãos e confiar-lhes objetivamente certas tarefas estatais, mas com competências e fins, distintos e delimitados, e com poder estatal regulado pelo direito, a Constituição procura adequar as respectivas tarefas estatais à natureza do órgão de maneira coordenada e complementar aos demais.

Igualmente compete à Constituição cunhar os fundamentos e estabelecer os princípios que regularão a ordem jurídica, assim como instituir conteúdos jurídicos legítimos, sobretudo, em matéria de direitos fundamentais, dotando-os de força vinculante para irradiar-se por todo o ordenamento jurídico. A Constituição deve extrair da historicidade os elementos para a formação de um modelo de Estado

⁴ Hesse (2009) destaca a importância da ordem jurídica para a organização e cooperação dos poderes e órgãos do Estado: “[...] o Estado, a fim de que os seus poderes se façam operativos, necessita de que se constituam esses poderes, dotando-os de organização, assim como, para cumprir suas tarefas, de algumas regras de procedimento: a cooperação organizada e processualmente ordenada exige uma ordem jurídica, mas, veja-se bem, não uma ordem jurídica qualquer, mas uma ordem jurídica que assegure o êxito dessa cooperação criadora de unidade, assim como a realização das tarefas estatais, eliminando-se o abuso das atribuições de poderes concedidas ou admitidas como necessárias para o cumprimento dessas tarefas, ficando bem entendido que tal garantia e assecuração não é só uma questão de estabelecimento de normas, mas, principalmente, de atualização da ordem jurídica”. (HESSE, 2009, p. 84).

Constitucional que reúna os valores vitais da sociedade e atenda às necessidades, pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportamento da presente e futuras gerações.⁵ A Constituição é a ordem *jurídica fundamental da Comunidade* (HESSE, 2009, p. 86). Assim, cabe-lhe regular toda a convivência em sociedade.

Não obstante sua função reguladora da convivência social, a Constituição o faz tão-somente em termos gerais e naquilo por ela considerado mais relevante e vital ao regime democrático. À ordem jurídica interna cabe conformar e concretizar a Constituição.

Não devem restar indeterminados os *fundamentos da ordem da Comunidade*. Ao estabelecer-se, com caráter vinculante, tanto os princípios que regem a formação da unidade política e a fixação das tarefas estatais, quanto as bases do conjunto do ordenamento jurídico, tais fundamentos devem ficar subtraídos à luta constante dos grupos e tendências, criando-se um núcleo estável do que já não se discute, que não é discutível e, por isso mesmo, não precisa de novo acordo e nova decisão. A Constituição pretende criar um núcleo estável daquilo que deve considerar-se decidido, estabilizado e distendido.

Porém tampouco devem restar indeterminados a *estrutura* estatal e o procedimento através do qual hão de se resolver as questões deixadas em aberto. (HESSE, 2009, p. 89).

Em sentido contrário, a Constituição também encontra motivos justificáveis para manter-se inacabada ou incompleta em certos segmentos insuscetíveis de regulação jurídica detalhada, por encontrar acentuada dificuldade em sua regulamentação ou por escolha política⁶.

3. O CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO ABERTO AO TEMPO

Desse modo, é natural e aceitável que a Constituição tenha lacunas para não ser considerado um sistema fechado e estar sempre aberta a novas mudanças. “Se a Constituição quer ensejar a resolução das múltiplas situações críticas historicamente mutantes, seu conteúdo terá de permanecer, necessariamente, *‘aberto ao tempo’*” (HESSE, 2009, p. 89).

⁵ Hesse (1998, p. 29) observa que: “Essa fusão da pluralidade nunca está definitivamente concluída, de modo que ela pudesse, sem mais, ser pressuposta como dada, senão é um processo permanente e, por causa disso, sempre também dado. É uma tarefa que, enquanto não está sujeita a nenhuma discricção, como convivência humana, somente no Estado e pelo Estado é possível”.

⁶ Cita-se, por exemplo, a hipótese da Constituição deixar em aberto certa matéria para ensejar discussão, decisão e sua consolidação. Há segmentos que, por sua natureza, não se pode elaborar uma regulação jurídica detalhada, como no caso da política econômica externa.

O Direito Constitucional cria regras de ação e de decisão políticas; proporciona diretrizes e pontos de orientação para a política, mas sem poder substituí-la. Por isso, a Constituição deixa espaço para a atuação das forças políticas. Quando ela não regula numerosas questões da vida política, ou o faz apenas em linhas gerais, isso não deve ser visto apenas como uma renúncia a essa regulação ou tampouco como um remeter dessa tarefa ao processo de atualização e concretização, mas também, para além disso, como uma atitude constitucional em prol da livre discussão e da livre decisão dessas questões. Que essa liberdade não possa converter-se num sistema fechado, que impeça a atuação de diferentes forças, é algo que a Constituição procura assegurar mediante distintos tipos de prescrições materiais, organizativas e processuais, cuja função não consiste apenas nessa garantia.

Por meio das suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e à regulação constitucional do processo de formação de unidade política e de atuação do Estado, a Constituição cria unidade estatal, dá forma à vida da Comunidade, assegura continuidade supra-pessoal, com o conseqüente efeito estabilizador. Ao mesmo tempo, permite entender e compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege de recaída no informe e indiferenciado, com a conseqüente eficácia estabilizadora. Através da ordenação do processo de formação de unidade política; da instituição, sempre limitada, de atribuições de poderes estatais; da regulação processual do exercício dessas atribuições; e do controle dos poderes estatais, a Constituição intenta limitar o poder estatal e prevenir o abuso desse poder. Nessa função de possibilitar e garantir um processo político livre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de restringir o poder e, nisso tudo, de assegurar a liberdade individual reside a *peculiaridade da Constituição*. (HESSE, 2009, p. 90-91).

A Constituição permite uma abertura sempre limitada porque não lhe é dado perder o sentido e conteúdos essenciais ao regime democrático que adotou. Nessa abertura, considera as mudanças técnicas, sociais, econômicas, culturais que a adaptam-na à evolução histórica e permitem a permanência de sua própria existência e eficácia.

Segundo Hesse (2009, p. 13), “toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança

histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição”. Deixar de observar a mudança histórica leva à petrificação da Constituição que, em curto ou longo período, deixará de cumprir suas tarefas. A Constituição também poderá descumprir suas tarefas se adaptar-se, sem reservas, às circunstâncias do momento, que não significam, necessariamente, uma mudança histórica; “[...] em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetros de suas normas”. (HESSE, 2009, p. 13).

Em ambos os casos, para Hesse, a força dos fatos revela-se superior ao poder do Direito. “No primeiro caso, o tempo deixa defasada a Constituição, e, no segundo, a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento”. (HESSE, 2009, p. 13 e ss).

Por isso, da perspectiva de *Constituição no tempo*, a Constituição 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. Partindo disso, nem a constituição com um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança. Esta pode ser levada a efeito por duas vias. Uma dessas vias consiste em modificar o conteúdo das normas constitucionais mantendo intacto o texto literal, isto é, mediante uma mutação constitucional. [...].

Mais além desse limite, para superar novas situações ou para proceder a reformas, impõe-se a modificação do texto, a reforma constitucional (cfr. art. 79.1 GG). Em todo caso, a reforma constitucional pressupõe que se mantenham intactas as decisões fundamentais que configuram a identidade da Constituição [...]. As *reformas constitucionais* que eliminam essa identidade produzindo descontinuidade são inadmissíveis. Na realidade, tratar-se-ia de exercer o poder constituinte, de substituir a atual por outra nova Constituição, à margem da ordem constitucional. (HESSE, 2009, p. 14-15).

A abertura e a amplitude da Constituição não se mostram aptas a dar respostas ou resolver certos problemas surgidos numa situação determinada⁷. Denomina-se, para Hesse (2009), um caso de “revisão constitucional”, compreendido

⁷ Para Hesse (2009, p. 89), “a esse ponto se chegará tanto mais depressa quanto mais estritas e detalhadas sejam as disposições materiais da Constituição”.

exclusivamente como a revisão do texto da Constituição⁸. Sua alteração estará vinculada a maior ou menor rigidez da Lei Fundamental. “A problemática da revisão constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional” (HESSE, 2009, p. 94-95).

Na mutação constitucional a aplicação de certa norma constitucional modifica-se com o tempo, sem que haja qualquer alteração no texto normativo, mas atribui-se à norma um sentido distinto do original. A mutação constitucional que, pelo impacto da evolução da realidade constitucional, provocar a mudança de sentido da norma sem contrariar ou agredir os princípios estruturais da Constituição é um ato legítimo de interpretação constitucional (CANOTILHO, 2006, p. 1229). A mutação constitucional também pode ser provocada pelo fenômeno da contradição entre Constituição e realidade constitucional.^{9 10}

Se se dificultam as reformas constitucionais numa Constituição que deixa pouco espaço para a mutação, então resulta efetivamente correto falar-se de uma Constituição “rígida”; embora o conteúdo das disposições constitucionais, neste caso, esteja determinado com relativa precisão, dificilmente a Constituição estará em condição de cumprir seu desiderato na realidade histórica da vida da Comunidade. A situação não é muito melhor quando uma Constituição que deixa pouco espaço para a mutação se torna “móvel”, possibilitando sua reforma a qualquer momento e sem obstáculos. É certo que esta solução compatibiliza uma mais rápida adaptação, com maior precisão do texto, mas tampouco nesse caso pode a Constituição cumprir a sua missão como ordem jurídica fundamental da Comunidade, porque fica privada de um aspecto essencial, da sua virtude estabilizadora. Diversamente, atende-se à ideia e ao conteúdo da Constituição quando se deixa espaço para a mutação constitucional nos limites traçados no texto, ao mesmo tempo em que se criam obstáculos para a reforma constitucional. Tal solução opera simultaneamente essa

⁸ Canotilho denomina transição constitucional “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”. Para o jurista lusitano, alteração constitucional “consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional”. (CANOTILHO, 2006, p. 1228).

⁹ Para Hesse: “Ver uma mutação constitucional na ‘contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional’ ou, na terminologia atual, entre Constituição e realidade constitucional, simplesmente não é admissível pelo fato de que se está argumentando em diferentes níveis; o que muda não é o conteúdo da norma constitucional, para cuja determinação colabora o seu texto, mas outra coisa. Portanto, o conceito deveria ficar limitado a modificação do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado”. (HESSE, 2009, p.153-154).

¹⁰ Certamente não cabe a esse trabalho estabelecer qualquer discussão sobre o fenômeno da mutação constitucional, tampouco seus limites e aplicação. O trabalho limita-se tão-somente a apresentar brevíssima introdução ao preceito, porquanto mantém relação com a força normativa da Constituição.

relativa elasticidade e essa relativa estabilidade, necessárias ao adequado cumprimento de seu desiderato por parte da Constituição (HESSE, 2009, p. 95).

O Direito Constitucional empresta relevante trabalho à Constituição porque suas peculiaridades quanto ao nível hierárquico das normas constitucionais, a natureza e validade de suas normas, ao diferenciar-se dos demais ramos do Direito, exige a tomada de consciência para compreensão dos problemas constitucionais, sua adequada solução e a forma como ela será imposta na realidade social.

4. A SOCIEDADE E A CONSCIÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

A vigência da uma ordem jurídica apta a atender os âmbitos econômico e social e outros imperativos da sociedade moderna necessita de aceitação coletiva, a qual encontra repouso no cumprimento dos conteúdos da própria ordem jurídica, dando-lhe um caráter duradouro. Em sentido contrário, o descumprimento conduzirá a sociedade a esferas de conflitos de acentuada gravidade e, sem resolução hábil, abrirá espaço para que a coação e o autoritarismo tome seu assento.

Não é a vontade dos diferentes legisladores que consegue que as normas da Constituição sejam acatadas, que se afirme o Estado como unidade política de ação estabelecida por ela, e seja assumido responsabilmente, mas, sim, que, ademais, o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente hão de viver sob ela. Isso depende de que a ordem positivada nela, e por ela se considere *moralmente reta*, ordem legítima, e exiba à sua volta efeitos integradores (HESSE, 2009, p. 12-13).

Mostra-se relevante a Constituição manter-se harmônica à realidade com capacidade para formar uma realidade histórica viva. Uma realidade com nível de desenvolvimento cultural, político, social, econômico dos tempos atuais. Mantendo-se em sintonia com a realidade e quanto melhor assumir as forças e tendências de cada época, melhor poderá expor seus efeitos. Essa realidade histórica viva é um pressuposto para que a Constituição possa cumprir as funções assinaladas. “Quando tenta apegar-se as formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade.” (HESSE, 2009, p. 12).

À Constituição cabe preservar sua identidade e cumprir o conteúdo de suas normas. Muitas vezes a faz através da jurisdição constitucional, cujo fim

primeiro é preservar a ideia que a legitima: a submissão de todo poder do Estado à Constituição, com atenção a seu regime democrático, que expresse o conteúdo da própria Constituição. Com isso, o Supremo Tribunal cumprirá sua função primeira de ser o guardião da Constituição. Para que o Tribunal cumpra aludida função, Hesse (2009) considera fundamental o modo como se aplica a interpretação constitucional.¹¹

O caráter aberto e amplo da Constituição espera que, para interpretação do conteúdo de suas normas, se leve em consideração princípios de unidade e máxima eficácia, circunstâncias políticas, sociológica, históricas e relativas à adequação e proporcionalidade dos resultados à situação que regula, porquanto a interpretação constitucional é concretização.¹² “A concretização pressupõe a ‘compreensão’ do conteúdo da norma a ‘concretizar’, não podendo desvincular-se nem da ‘pré-compreensão’ do intérprete nem do problema concreto a se revolver.” (HESSE, 2009, p. 109).

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto de vista quase arquimediano, situado fora da experiência histórica, mas apenas desde a concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma *pré-compreensão*, que lhe enseja contemplar a norma sob certas perspectivas, fazer uma ideia do conjunto e esboçar um primeiro projeto ainda carente de comprovação, correção e revisão, por meio de uma análise mais profunda, até que, como resultado da progressiva aproximação da “coisa” nos projetos sucessivamente revistos, a unidade de sentido se fixe claramente. (HESSE, 2009, p. 109).

A interpretação da Constituição adequada à sociedade pluralista absorve as forças produtivas de interpretação que, na qualidade de cidadão, órgãos estatais, grupos de interesse, opinião pública, atuam ao menos como pré-intérpretes do sistema normativo constitucional. (HABERLE, 2002, p. 9). Com isso, a hermenêutica constitucional acolhe pontos de vista interpretativos distintos que a ajudem a alcançar a máxima eficácia nas circunstâncias, na forma e no resultado racionalmente possível de cada problemática enfrentada. Por isso, aos princípios da interpretação constitucional “cabe a tarefa de orientar e dirigir o processo de relacionamento,

¹¹ Hesse lembra que “o objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão” (HESSE, 2009, p. 103).

¹² Na arguta observação de Hesse: “Restringir-se às ‘regras tradicionais de interpretação’ supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional; supõe ainda, em larga medida, ignorar, também, tanto a estrutura interna quanto os condicionamentos do processo interpretativo e, assim, só de forma imperfeita, conseguir resolver o problema de uma interpretação correta com base em princípios seguros”. (HESSE, 2009, p. 108).

coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema.” (HABERLE, 2002, p. 113).

Se a Constituição, como se pôde ver, não contém um sistema fechado e unitário (quer seja este lógico-axiológico ou de valores hierarquizados) e se a interpretação de suas normas não pode ser simples execução de algo preexistente, far-se-á necessário um procedimento de concretização que responda a essa situação. Pois bem, através de uma atuação “tópica” orientada e limitada pela norma (o que significa dizer vinculada pela norma), haverão de encontrar-se e provar-se pontos de vista que, buscados pela via da *inventio*, sejam submetidos ao jogo das opiniões favoráveis e contrárias e fundamentem a decisão de maneira mais esclarecedora e convincente possível (*topoi*). Sempre que estes pontos de vista contenham premissas objetivamente adequadas e fecundas terão consequências que levem à solução do problema ou, ao menos, colaborem para isso. Neste sentido, não ficam entregues à discrição os *topoi* que devam ser trazidos à colação na multiplicidade dos pontos de vista. De um lado, o intérprete só pode utilizar na tarefa de concretização aqueles pontos de vista que tenham relação com o problema; a vinculação ao problema exclui *topoi* estranhos à questão. De outro lado, está obrigado a incluir no seu “programa normativo” e no seu “âmbito normativo” (cfr. *Supra* n.46) os elementos de concretização que lhe ministra a própria norma constitucional, assim como as diretrizes contidas na Constituição, em ordem à aplicação, coordenação e valoração desses elementos no curso da solução do problema (HABERLE, 2002, p. 111).

A Constituição democrática constrói um sistema de direitos fundamentais cujo fim primordial é garantir as condições de liberdade e igualdade entre os indivíduos para o desenvolvimento de uma vida com dignidade. Tem-se direitos fundamentais como direitos de defesa e de não intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, assim como direitos fundamentais que, considerados numa dimensão de prestação estatal de programação, cooperação e intervenção, procuram dar ao cidadão condições materiais para em sociedade ter uma vida digna.

Dessa forma, num Estado de Direito, os direitos fundamentais operam como limite da ação estatal, como garantia dos fundamentos do ordenamento jurídico, em particular dos institutos essenciais do ordenamento jurídico privado; obrigam a proteger os conteúdos que garantem mediante

procedimentos adequados. De igual maneira, o ordenamento democrático da Lei Fundamental busca sua configuração jurídica nos direitos fundamentais, nos princípios de um sufrágio geral, livre, igual e secreto, o da igualdade de oportunidades dos partidos políticos, da liberdade religiosa e ideológica, das liberdades de expressão, reunião e associação. Esses direitos fundamentais regulam e asseguram a livre e igual participação dos cidadãos na formação da vontade política e, ainda mais, protegem a atividade e a igual oportunidade das minorias políticas e a formação da opinião pública: em conjunto, a liberdade e abertura do processo político como o traço decisivo da democracia que regula a Lei Fundamental. (HESSE, 2009, p. 37).

A proteção dos direitos fundamentais pela Constituição é alcançada através de cláusulas de proibição e por um sistema de controle de normas realizado pelos Tribunais. Constituições democráticas expressamente proíbem, pela via da reforma constitucional, iniciativas que afetem os princípios fundamentais como o do próprio Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. Por previsão constitucional, a Lei Fundamental é guardada, protegida por certo Tribunal Constitucional que afasta do ordenamento jurídico toda norma que, formal ou materialmente, seja incompatível com a Constituição. Se a todo cidadão é garantido o direito de acesso à via jurisdicional para a proteção e defesa de seus direitos, competirá a todo órgão do Poder Judiciário o respeito e a tutela dos direitos fundamentais. Isso não afasta o dever constitucional de cada órgão público agir com responsabilidade, probidade e respeito à Constituição e às leis ao exercer suas funções para consecução das tarefas estatais.

Daquilo que foi apresentado até esse ponto, observa-se que existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar a força normativa da Constituição¹³. De tal modo que as questões jurídicas só se converterão em questões de poder se os pressupostos que fazem emergir sua força normativa não puderem ser satisfeitos.¹⁴

¹³ Para Hesse, “se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. [...] Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas”. (HESSE, 1991, p. 25).

¹⁴ Segundo Mendes, “a Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. (MENDES, ano, 1991, p. 5).

5. CONSTITUIÇÃO E REALIDADE

Em sua época, Lassalle (1862) sustentava que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. Isto porque a Constituição de um país expressa os fatos reais nele dominantes (o poder social, o poder econômico, o poder militar, o poder ruralista). Esses fatos reais produzem uma força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade. Logo essas expressam tão-somente a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder. Portanto, para Lassalle, a Constituição jurídica era apenas um limite hipotético e racional à realidade. Diante da tensão existente entre a Constituição jurídica e a realidade fluida e irracional, a Constituição jurídica sucumbe frente à força da Constituição real (HESSE, 1991, p. 9-10). “Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica”, afirma Hesse (1991), comparando-a a uma ciência do ser.¹⁵ Contudo, o mencionado jurista rejeita a tese de Lassalle: “Ao contrário, essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.” (HESSE, 1991, p. 11). Desse modo o conceito de Constituição jurídica e a própria definição do Direito Constitucional não passariam em vão; teriam uma razão de existir enquanto ciência normativa. Cuida-se de admitir a existência da força normativa da Constituição.

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “esta em vigor” ou “esta derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

¹⁵ Segundo Hesse: “Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política. Afigura-se justificada a negação do Direito Constitucional, e a conseqüente negação do próprio valor da Teoria Geral do Estado enquanto ciência, se a Constituição jurídica expressa, efetivamente, uma momentânea constelação de poder”. (HESSE, 1991, p. 11).

[...]

Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro [...].

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE, 1991, p. 14-15).

O fundamento do condicionamento recíproco da norma constitucional com a realidade, aliada a sua pretensão de eficácia, para concretizar-se na realidade, não pode ser separada das condições históricas, sociais, econômicas. Assim, a Constituição procurará realizar-se.¹⁶ Para Hesse, “somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se” (1991, p. 16).

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem

¹⁶ Segundo Hesse, “abstraidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 21).

e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, 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 da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 15).

Para não ser considerada uma simples construção da normativa, somente a Constituição que conseguir extrair do tempo, da história, das circunstâncias sociais, econômicas, da natureza das coisas o extrato de sua força vital conseguirá desenvolver-se. Cuida-se da adaptação da força normativa da Constituição a uma realidade. Não é outra a razão pela qual a teoria ontológica das Constituições busca analisar a relação do texto da Constituição com a realidade. Cuida-se da relação do texto constitucional (deve ser) com a realidade (ser): econômica, política, social, cultural.¹⁷

Onde inexistente força a ser desperta – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de uma força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se. [...] A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relação da vida. (HESSE, 1991, p. 18).

Aspecto diverso da força normativa da Constituição diz respeito a possibilidade da própria Constituição estabelecer tarefas que, efetivamente realizadas, a transformará em força ativa. “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.” (HESSE, 1991, p. 20). Assim, a força normativa está relacionada com a capacidade da Constituição para operar na realidade de forma reguladora e determinante.

Logo, ao se falar em sua concretização, levantam-se exigências no sentido de: (1) fixar princípios diretores que conduzam à ideia de unidade política e de

¹⁷ A teoria ontológica das Constituições foi desenvolvida na década de 50 do século XX pelo jurista Karl Löwenstein e visa estudar a realidade vivenciada subjacente ao texto constitucional.

desenvolvimento estatal; (2) fixar procedimentos capazes de solucionar controvérsias internas à comunidade; (3) fixar uma disciplina de organização e de formação da unidade política e da atuação estatal; e (4) criar as bases dos princípios componentes da ordem jurídica.” (FERNANDES, 2012, p. 96-97).

A força normativa¹⁸ funda-se na capacidade da Constituição de harmonizar-se com as forças espontâneas e com as tendências da realidade e em coordenar essas forças para seu próprio desenvolvimento.

Sua força vital e operativa baseia-se na sua capacidade para conectar-se com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, da sua capacidade para desenvolver e coordenar essas forças, para ser, em razão do seu objeto, a ordem global específica de concretas relações existenciais.

De outro lado, a força normativa da Constituição acha-se condicionada pela *vontade constante*, dos implicados no processo constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Dado que a Constituição, como toda ordem jurídica, precisa atualizar-se pela atividade humana, sua força normatizadora depende da disposição para se considerar vinculantes os seus conteúdos e da decisão de realizar esses conteúdos, inclusive contra eventuais resistências; e isso tanto mais porque a atualização da Constituição não pode ser apoiada e garantida da mesma forma como os demais direitos, que não o Direito Constitucional, são atualizados pelos poderes estatais, que, de resto, não se constituem senão mediante essa atualização (HESSE, 2009, p. 97).

A práxis é elemento fundamental para o desenvolvimento da força normativa da Constituição porque os cidadãos, ao assumirem tarefas dadas pela Constituição, tornam-se participantes da vida constitucional. Por isso, para gerar a força ativa necessária, a Constituição deve levar em conta os elementos sociais, políticos, econômicos e incorporar em suas normas o conteúdo espiritual de realização de seu tempo. Para Hesse, “quanto mais intensa for a ‘vontade de Constituição’ (*Wille zur Verfassung*) tanto mais recuados estarão os limites das possibilidades de realizar-se a Constituição, sem que essa vontade, no entanto, possa eliminar por completo tais limites.” (HESSE, 2009, p. 97).

¹⁸ Hesse lembra que: “Essa força normativa acha-se condicionada de um lado pela possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição. Quanto maior for a conexão dos seus preceitos com as circunstâncias da situação histórica, procurando conservar e desenvolver o que já está esboçado na disposição individual do presente, tanto melhor conseguirão esses preceitos desenvolver a sua força normativa. Quando a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, vê-se incapaz de conseguir que se realize o que ela dispõe em contradição com esse estágio de desenvolvimento”. (HESSE, 2009, p. 97).

6. CONCLUSÕES

A Constituição estará revestida de força normativa quando conseguir impedir que as questões constitucionais se convertam em questão de poder.

A força normativa está condicionada à possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição. Quanto mais ampla e profunda for a conexão de seus preceitos normativos com a historicidade e a realidade, afinada com o propósito de conservar e desenvolver a construção jurídica-social presente, com maior será a perspectiva destes elementos desenvolverem a força normativa.

Por outro lado, quando a Constituição ignora os elementos fomentadores do desenvolvimento político, econômico, social e espiritual do seu tempo, se vê incapaz de conservar e ampliar sua própria realização, situação que provoca a fragilidade da força normativa e a instabilidade jurídica-social para sua ruptura.

7. REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Conceito e peculiaridade da Constituição*. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Apresentação*. In: HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Recebido em: 08/04/2015

Aceito em: 22/05/2015