

RESENHA DE DOUTRINA

Obra: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes¹

Konrad Hesse nasceu em 29 de janeiro de 1919 em Königsberg na Prússia Oriental, atual Kaliningrado na Rússia, no mesmo local de nascimento de Kant, e faleceu em 15 de março de 2005. Foi professor de Direito Público e Eclesiástico da Universidade de Freiburg e, após a Segunda Guerra, lecionou nas Universidades de Breslau e de Göttingen. De 1975 a 1987 foi magistrado do Tribunal Constitucional Alemão, chegando a ser o presidente da Corte. Entre seus discípulos destacam-se Peter Häberle e Frederick Müller.

A presente resenha crítica foi redigida levando-se em conta a concepção de Goldschmidt (1970. p.139-147) de que a obra deve ser estudada a partir de seu próprio texto e que não se deve consultar outras fontes interpretativas diversas para entendê-la, exceto no que se refere ao último capítulo, em que se buscou outros autores para uma conclusão crítica.

Importante contextualizar o momento histórico da produção da obra. Tratava-se de um período de reconstrução da Alemanha do pós-guerra. O país já vivia sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Mas o período era de repensar a falta de efetividade – e normatividade – da Constituição de Weimar de 1919 e a ocorrida utilização da lei para o cometimento de arbitrariedades pelos nazistas. Era a construção de um novo regime não só na Alemanha, mas em todo o mundo.

Foi nesse cenário que *A força normativa da Constituição* nasceu da palestra ministrada por Hesse em 1959 na sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA.

A obra destaca a contraposição às ideias de Lassale (palestra de 1862) no sentido de demonstrar que o conflito entre os fatores reais de poder e a Constituição nem sempre se resolve pelo sucumbimento desta, pois a Constituição tem força normativa própria, é norma coercitiva.

Não obstante, existe compatibilidade entre o pensamento Lassale e Hesse. A teoria deste professor tem como ponto de partida que os fatores reais de poder – nomeado por ele como *consciência geral* ou *realidade* ou *questões políticas* ou *realidade político-social* – e a Constituição jurídica se condicionam mutuamente. “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade” (HESSE, 1991. p.14). Nesse ponto, ambos valorizam a existência dos fatores de poder e sua influência sobre a Constituição.

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Procurador do Distrito Federal; advogado; pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte; pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Projeção; pesquisador do Grupo de Pesquisa sobre Tutela dos Direitos Metaindividuais (UnB); membro do Conselho Editorial da Revista técnica Ensaio Jurídico; autor do livro *Jurisprudência do STF: Anotada e Comentada*, Editora Método, 2009 (Prefácio do Ministro Marco Aurélio Mello); autor do livro *Lei 6.404/76 Comentada e Introdução ao Direito da Empresa*, Obcursos Editora, 2009. Instituição: UFU. Email: profricardofernandes@gmail.com.

Para Hesse, a Constituição vence o conflito com os fatores de poder, desde que se verifiquem alguns pressupostos que serão analisados a frente. Contrariamente, quando não se verificam esses pressupostos é que as questões jurídicas se convertem em questões de poder.

A força normativa da Constituição se baseia em dois pilares centrais. O primeiro refere-se aos *pressupostos realizáveis* que permitem o afloramento da força normativa da Constituição, sobretudo em eventual confronto entre os fatores de poder (questões políticas) e a Constituição (questões jurídicas). Como dito, somente se esses pressupostos não puderem ser satisfeitos que é que os fatores de poder devem prevalecer.

O segundo fundamenta-se na *vontade de Constituição*. Se essa vontade, e não só a vontade de poder, estiver presente na consciência geral, principalmente na dos detentores do poder, a constituição transforma-se em *força ativa*, capaz de impor mudanças sociais.

Lassale destaca que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas; que a Constituição *real* forma-se pelos fatores reais de poder; que leis e instituições devem expressar somente esses fatores, caso contrário transformam-se em pedaço de papel; que em eventual conflito entre os fatores reais de poder e a Constituição, esta deve sucumbir.

Hesse, por sua vez, não nega a força da consciência e culturas gerais (fatores reais de poder) ou da divisão de poderes políticos sobre a Constituição. Mas sim valoriza a coincidência entre realidade e norma. Mas ressalta que a condição de eficácia² da Constituição jurídica nada mais é que “a coincidência entre realidade e norma”, a qual reflete apenas um limite hipotético extremo a sua normatividade (HESSE, 1991. p.10). A realidade não contempla, pois, um limite absoluto à Constituição jurídica.

Até porque a realidade é fluída, móvel e a norma é estática, o que provoca uma tensão necessária e imanente entre a realidade e a norma. Tensão esta que faz a Constituição jurídica sucumbir cotidianamente em face da Constituição real, uma vez que o poder da força seria sempre superior ao das normas jurídicas.

Diante disso, o efeito determinante da realidade negaria a própria Constituição jurídica e o Direito Constitucional. Como as Ciências jurídicas são ciências normativas, se as normas constitucionais nada mais fazem que relatar os fatos sociais ou justificar as relações de poder dominantes, não seria o Direito Constitucional uma ciência jurídica. Contudo, o fundamento dessa doutrina é questionado quando se pode admitir que “a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11): a força normativa da Constituição. Existiria essa força? Qual seria seu fundamento? Essa força seria uma ficção necessária?

CAPÍTULO II

Nesse capítulo, sua fundamentação se desenvolve em três fundamentos: 1. o ponto de partida: *condicionamento recíproco* entre Constituição jurídica e realidade político-social; 2. os *limites e possibilidades* da Constituição jurídica e 3. os *pressupostos de eficácia* da Constituição.

1. O estudo constitucional deve ocorrer em um contexto inseparável entre realidade e ordenação. A verificação isolada sobre o campo normativo (ou a norma

² Entenda-se eficácia como a capacidade de produção de efeitos jurídicos.

está vigente ou não) ou no aspecto da realidade (ignorando o aspecto jurídico) não responde adequadamente às questões suscitadas. Com isso, propôs a superação do isolamento entre norma e realidade como se estabeleceu no positivismo jurídico de Paul Laband e Georg Jellinek e no positivismo sociológico de Carl Schmitt.

“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” (HESSE, 1991, p.14).

A *pretensão de eficácia* das normas constitucionais refere-se a situações que pretendem ser reguladas na realidade, a qual não pode ser separada das condições reais, nem tampouco confundida com elas. Não pode ser separada das *concepções sociais concretas* e do *baldrame* axiológico, mas essa pretensão não se confunde com as condições de sua realização.

A Constituição está no mundo deôntico (dever ser), por isso associa-se a essas condições, mas como elemento autônomo. “Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformidade à realidade política e social” (HESSE, 1991, p.15).

2. A *Constituição real* e a *Constituição jurídica* estão em uma relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, sem dependerem diretamente uma da outra.

A Constituição jurídica tem força própria na medida em que “logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p.16). Contudo, somente a Constituição que se vincule a uma realidade concreta (histórica) pode se desenvolver, uma vez que não possui força para mudar, sozinha, a realidade. Essa força reside na *natureza das coisas*.

Toda a Constituição deve encontrar o *germe material de sua força vital* na realidade. Se lhe faltar esse pressuposto – compatibilidade com a realidade – ela não pode emprestar *forma* e *modificação* à realidade; não logra concretizar-se.

“A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18). A eficácia da Constituição assenta-se, pois, na realidade, o que permite seu desenvolvimento e aceitação como ordem geral.

A Constituição jurídica, contudo, pode transformar-se em *força ativa*; embora ela não possa realizar nada, pode impor tarefas. Se essas tarefas forem efetivamente realizadas e se existir uma disposição social de orientar a própria conduta pela ordem constitucional, ela converte-se em *força ativa*. Isso se se fizerem presentes na consciência geral, principalmente na dos dirigentes do Estado, a *vontade concretização da Constituição*.

Essa *vontade de Constituição* origina-se de três vertentes: a) ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado contra arbítrios; b) ordem constitucional legítima e c) ordem que precisa da vontade humana para ser eficaz, ou seja, todos estão convocados a dar conformação à vida do Estado, por meio das tarefas por ele colocadas.

3. A força que constitui a essência e eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, que se transforma em *força ativa*.

Existem alguns *pressupostos* para o desenvolvimento dessa força normativa ótima. O primeiro, pode ser demonstrado nas próprias palavras do professor: (a) “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro a de ser o desenvolvimento de sua

força normativa” (HESSE, 1991. p.20). Há, porém, um requisito essencial para tanto, trata-se da incorporação normativa dos elementos sociais, políticos e econômicos e, principalmente, que incorpore o estado espiritual do seu tempo.

Por isso, recomenda que a Constituição contenha *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo deve mostrar-se apto a ser desenvolvido, para que se mostre apta a adaptar-se a eventuais mudanças. “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com inevitável desvalorização da força normativa da Constituição” (HESSE, 1991. p.21).

Além disso, não deve conter uma estrutura unilateral, deve também incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária, ou seja, parte da deve preservar não uma princípio como o federalismo, deve também considerar o unitarismo. No mesmo sentido, não deve prever só direitos, mas também deveres.

O segundo, (b) também nas palavras do professor: “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*” (HESSE, 1991. p.21).

Nesse ponto, Hesse volta a destacar a *vontade de Constituição*. Nesse prisma, o respeito à Constituição é fortalecido quando a sociedade se dispõe a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional.

Ressalta o perigo das revisões constitucionais, uma vez que elas abalam a confiança na inquebrantabilidade da Constituição, debilitando sua força normativa. A estabilidade é essencial para a eficácia da Constituição. Mas se há mudança nas relações fáticas capazes de não mais permitir que o sentido de uma proposição normativa não mais seja realizado, a revisão constitucional é inevitável.

A interpretação constitucional é essencial para a consolidação da força normativa. A interpretação deve ser submetida ao *princípio da ótima concretização da norma*. “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (p.23).

CAPÍTULO III

1. A Constituição jurídica se condiciona e limita por uma dada realidade histórica. Mas “graças a seu elemento normativo ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)” (HESSE, 1991. p.24). Com essas considerações, Hesse ressalta a necessidade de compatibilização da Constituição com a realidade atual e com as construções históricas.

Entende que a Constituição tem o força suficiente para alterar a realidade. A Constituição tem o condão de “despertar a ‘força ativa que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social” (HESSE, 1991. p.24). Assim, a Carta tem força para modificar a realidade política e social.

A efetividade da força normativa depende da convicção na inviolabilidade da Constituição jurídica. Quanto mais forte for a convicção dos responsáveis pela vida constitucional sobre essa inviolabilidade – *vontade de Constituição* –, mais sua *força ativa* se mostrará presente, inclusive para alterar a realidade. Quanto mais

forte for essa vontade, menos limites ou restrições não de se impor à sua força normativa ou *força ativa*.

É nos momentos de crise – *estado de necessidade* – que a força normativa precisa demonstrar sua força, mostrar a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.

2. “A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente a parte mais fraca” (HESSE, 1991. p.25). Caso não se verifiquem os pressupostos realizáveis da força normativa da Constituição, aí sim a Constituição jurídica deve sucumbir em face da Constituição real.

O autor ressalta que, com isso, o Direito Constitucional “não está obrigado a abdicar de sua posição enquanto disciplina científica” (HESSE, 1991. p.26), uma vez que não é uma ciência da realidade – como a Sociologia ou a Ciência Política – ou uma ciência normativa – tal como imaginado pelo positivismo formalista –, mas contém as duas características. Deve explicar como as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível.

“A força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E essa força tem limites”; sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos citados (HESSE, 1991. p.26).

CAPÍTULO IV

A política interna mostra-se, em grande medida, *juridicizada*. As Cortes Constitucionais proferem a última palavra sobre os as questões mais relevantes da vida estatal.

Ressalta também que os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional.

A força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos realizáveis, quanto a *práxis* e ao conteúdo da Constituição. Apenas quando esses pressupostos não são satisfeitos é que se converta as questões jurídicas em questões de poder.

Finaliza fazendo uma crítica ao regime de sue tempo: “nem sempre predomina nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional” (HESSE, 1991. p.29). Naquele cenário de início do pós-guerra, entende que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos.

Para Hesse, a Lei Fundamental de Bonn não estava preparada para o embate – *prova de força* – quando ocorresse eventual estado de necessidade. Isso porque não havia um estatuto jurídico sobre o estado de necessidade. Com isso, poder-se-ia ser criado, nessa realidade de exceção, uma regra jurídica suprapositiva sem limites. Entende que é melhor enfrentar o problema, mesmo com o risco de se criar um regime autoritário, uma vez que, “sem dúvida, a existência de competência excepcional estimula a disposição para que dela se faça uso” (HESSE, 1991. p.31).

CONCLUSÃO CRÍTICA³

Essa obra de Hesse demonstra um retrato histórico da época em que se buscou a valorização da normatividade da Constituição, sobretudo em decorrência da baixíssima efetividade da Constituição de Weimar que enunciou um rol de direitos sociais inaplicáveis em concreto.

Hesse também sustentava um sentimento de resistência às alterações constitucionais formais desnecessárias. Tema que é ressaltado na discussão constitucional pátria, sessenta anos depois da palestra de Hesse, sobretudo após as sessenta e duas emendas à Constituição de 1988, muitas delas desnecessárias.

A interpretação constitucional também foi citada em seus estudos. Tema que volta hoje ao centro das discussões constitucionais, sobretudo em face da discussão acerca do ativismo judicial e sua compatibilização (ou não) com o princípio democrático.

Suas teorias interpretativas também são incluídas em um Método normativo-estruturante de interpretação constitucional. Para Hesse, “a interpretação constitucional é *concretização*” (MENDES et. al., 2007. p.101).

Não só a interpretação de Hesse, mas a interpretação constitucional como um todo tem gerado grande interesse dos constitucionalistas atuais. Isso porque, no presente fica cada vez mais claro que norma é resultado da interpretação e não resultado do (enunciado) texto propriamente dito. Nesse sentido, Humberto Ávila (2009. p.24) acrescenta que a “transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”. É dizer: é o intérprete da norma que fixa a sua extensão e abrangência.

Em suma, a obra ora analisada ressalta alguns pontos de extrema relevância pretérita e atual: 1) sua busca pela concreção da Constituição é relevante para a discussão acerca da efetividade das normas constitucionais programáticas⁴ ou das normas de direitos fundamentais sociais; 2) seu sentimento de resistência às alterações constitucionais formais desnecessárias reflete tema de grande interesse atual acerca das infundáveis emendas à Constituição de 1988; 3) seu interesse pela interpretação e argumentação jurídica é tema cujo estudo atual se expande em face das novas decisões jurisprudenciais (com algum perfil aditivo); 4) seu interesse pela compatibilidade da Constituição com os anseios sociais reflete o tema da legitimidade da Constituição⁵ e da nova leitura da democracia; 5) a juridicização da política também remonta a tema de bastante atualidade no que se refere à possibilidade de imposição de políticas públicas pelo judiciário; entre outros.

Por todos esses motivos, Konrad Hesse foi um dos constitucionalistas com grande prestígio internacional, cuja leitura se recomenda.

³ Capítulo inexistente na obra de Hesse, mas que o autor da presente resenha entendeu necessário para apresentar suas conclusões sobre a obra e o autor.

⁴ Sobre o tema, ver FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *A releitura do conceito de normas constitucionais programáticas à luz do princípio da máxima efetividade da Constituição*. (no prelo).

⁵ A argumentação desenvolvida por Hesse demonstra sua preocupação com a valorização da cultura (realidade concreta), mesmo sendo ele um defensor da normatividade da Constituição. São essas ideias que influenciarão o pensamento de Peter Häberle que demonstra, na *Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*, uma preocupação latente em valorizar a participação de toda a sociedade na interpretação constitucional, sendo o precursor teórico da participação de *amicus curiae* no processo constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOLDSCHMIDT, Victor. **A religião de Platão.** Tradução Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. 2.ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

Recebido em: 20 de fevereiro de 2011

Aceito em: 15 de abril de 2011

