

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. (Tradução de: *Die Normative Kraft der Verfassung*).

Lucas do Monte Silva

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. lucasdmonte1@gmail.com

Konrad Hesse, professor e constitucionalista alemão, em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg – RFA (Alemanha Ocidental), em 1959, buscou repaginar as ideias de Kelsen, defendendo a Constituição jurídica e tecendo duras críticas às ideias de Lassalle.

Para Hesse, diferentemente de Lassalle, caso haja um embate entre os fatores do Poder e a Constituição, quem ganharia seria a última, pois existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar a força normativa da Constituição nessas situações. Somente quando eles não estiverem presentes é que a Constituição jurídica sucumbiria perante à Constituição real. Já para Lassalle, quem ganharia seriam os fatores do poder, pois, para ele, os fatores constitucionais (superiores e fundamentais) são questões políticas e não jurídicas, como Hesse perfilha. Tais questões políticas seriam mero reflexo das relações do poder dominante. Ademais, assevera que a Constituição formada por tais relações seria a Constituição real, à medida que a Constituição jurídica seria uma folha de papel, tendo em vista que não condiziria com a realidade da sociedade.

Nesse sentido, como exposto supra, Lassalle, em sua obra “O que é uma Constituição?” (2002), afirma que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim, questões políticas. Nessa linha, Georg Jellinek (1970) também afirma que as normas jurídicas conseguem controlar, concretamente e a contento, a divisão de poderes políticos. As forças políticas seguem um conjunto de leis próprias que independe das formas jurídicas da nação.

A partir da teoria de Lassalle, que tem como base a realidade e pressupostos a partir da experiência histórica, observa-se que, tanto no que refere a questões de política cotidiana quanto questões constitucionais (fundamentais) do Estado, a força política está sempre acima da força do ordenamento jurídico. Assim, é possível inferir que a norma é subordinada à realidade fática e não o inverso.

Hesse, por sua vez, assevera que essa subordinação se dá em razão da condição de eficácia da Constituição jurídica, cuja base é a coincidência de realidade e norma, sendo assim apenas um limite hipotético extremo. Observa-se, então, que a realidade não seria um limite absoluto dessa Constituição.

O Direito Constitucional é uma ciência normativa e não uma ciência da realidade como a Ciência Política e a Sociologia. Caso as normas constitucionais tivessem apenas a função de justificar as relações de poder dominantes, mostrando apenas a constelação fática do poder, ter-se-ia a descaracterização dela como ciência normativa, transformando uma ciência do dever ser para uma ciência do ser (como a Ciência Política). Salienta-se que o Direito Constitucional examina elementos de ciências da realidade – História e Economia, por exemplo – com o objetivo de observar as situações e forças que modificam a organização do Estado. Observa-se, assim, que não é necessária a abdicação do Direito Constitucional como disciplina científica, pois o significado próprio da Constituição jurídica o legitima.

Nesse sentido, traz-se à baila a força normativa da Constituição, isto é, uma força própria, organizadora e motivadora da vida do Estado. Um Direito Constitucional como ciência do ser não teria essa força.

Para Hesse, o conceito da ordenação jurídica na realidade somente pode ser apreciado se a ordenação e realidade forem consideradas em sua relação inseparável e de condicionamento recíproco. Ao investigar apenas um desses elementos, de forma unilateral, não se terá uma conclusão adequada às situações do cotidiano. Os

juristas positivistas, por exemplo, apreciando apenas a ordem jurídica, acreditam que não há outra possibilidade além da norma “está em vigor” ou “está derogada”. Já os cientistas das ciências do ser (sociologia, por exemplo), observando apenas a realidade social, não veem o quadro geral do problema, ignorando, assim, o ordenamento jurídico.

No passado, grandes juristas, como Paul Laband, Georg Jellinek, Carl Schmitt preconizavam o isolamento entre norma e realidade, entre o dever ser e o ser. Hesse, contudo, mostra que essa radical separação não tem sentido; as duas devem ser vistas conjuntamente. A ênfase em um desses elementos pode causar uma realidade sem apreciação normativa, além de uma norma jurídica utópica sem relação com a realidade.

A norma constitucional, porém, não tem existência autônoma na realidade. Ela depende da pretensão de eficácia das normas constitucionais; isto é, a sua essência depende da sua vigência, ou seja, concretização na realidade da situação por ela regulada. Nessa pretensão devem ser consideradas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, além das condições axiológicas que afetam a eficácia das proposições normativas.

Observa-se, assim, que a Constituição não é apenas uma reflexão do ser, mas também do deve ser. Ela busca, por meio de sua força normativa, impor ordem à realidade.

Ademais, Hesse assevera que a Constituição real e a Constituição jurídica não dependem uma da outra, mas uma influencia a outra. Para o professor alemão, a pretensão de eficácia da Constituição jurídica é um dos fundamentos autônomos dos poderes que afetam o Estado – sem ela não há força normativa na Constituição. Além disso, no que refere a limites e à possibilidade dessa pretensão de eficácia, o autor cita Wilhelm Humboldt, mostrando que a Constituição não pode ser elaborada apenas no plano racional, isto é, na teoria; ela deve ser produto da luta do acaso poderoso com a racionalidade, vinculando-se a uma situação histórica concreta e suas condicionantes. Nesse sentido, segundo Humboldt, para uma Constituição (jurídica) possuir efetividade não se deve elaborá-la de forma abstrata e teórica; devem ser consideradas as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes; sem ela não lograr-se-á a concretização da Constituição.

Para o constitucionalista alemão, a eficácia da constituição assenta-se nas formas e tendências majoritárias do seu tempo, ou seja, do presente na sua elaboração. Assim, a Constituição deve ser vista como a ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

A Constituição também pode impor tarefas em razão da vontade de concretizar essa ordem, dependendo, contudo, se na sua força ativa houver, na consciência geral, além da vontade do poder, a vontade de Constituição.

Tal vontade, segundo Hesse, divide-se em três vertentes. A primeira que se baseia na “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme” (1991, p. 19), a segunda que tem como fundamento a “compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação)” e, por último, a terceira, que assenta na “consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.”

A vontade da Constituição deve ser preservada, mesmo que, para isso, tenha que se renunciar certas vantagens. Quando esse sacrifício ocorre, é possível observar o respeito a um documento indispensável ao Estado de Direito, qual seja, a Constituição e sua vontade.

Outrossim, mostra-se indispensável que a Constituição se adapte às condições de uma eventual mudança dessas condicionantes. Para tanto, é precípua que a Constituição limite-se ao estabelecimento de poucos princípios fundamentais, que podem ser desenvolvidos junto com a sociedade. Além disso, as disposições técnico-organizatórias devem ter um alto grau de abstração. Tudo isso, tendo em vista que a frequente revisão e reforma constitucional abala a confiança de sua rigidez e estabilidade, aumentando a falta de confiança em sua imagem.

No que se refere à interpretação, seguindo o princípio da ótima concretização da norma, Hesse afirma que a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar e efetivar a contento as normas jurídicas dentro das condições da sociedade. Caso haja uma mudança fática, deve ocorrer uma mudança na interpretação da norma que a rege, e, caso não seja possível tal adaptação, a revisão constitucional mostra-se inevitável. Salienta-se que não podem ser revisados e alterados os prin-

cípios basilares da Lei Fundamental e também não podem se distanciar o Direito Constitucional da realidade, mostrando-se, assim, que a Constituição está em um andar superior ao da soberania nacional.

Por derradeiro, Hesse assevera que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, ou seja, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia das normas constitucionais somente pode ser concretizada e efetivada considerando os elementos da realidade. A Constituição jurídica, contudo, pode modificar a realidade, considerado tanto os fatores sociais quanto econômicos e políticos, em razão da sua força normativa. Salienta-se que essa força possui limites e nenhum poder do mundo pode modificá-los.

Vale ressaltar que em momentos difíceis – revolução, guerra, instabilidade – deve-se preservar a força normativa da Constituição, caso contrário não se terá nada e ninguém que possa defender a sociedade da arbitrariedade do Estado.

Nesse sentido, infere-se que o objetivo da ciência como Direito Constitucional é a concretização – preservação, efetivação e fortalecimento – plena da força normativa. Para tanto, faz-se mister que a vontade da Constituição seja preservada sempre.

REFERÊNCIAS

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatroz, 1970.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

Recebido em: 10/6/2015.

Aceito em: 26/1/2016.