

Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Professor Titular da UnB

"Esta Constituição é a minha bíblia jurídica; seu plano de governo, o meu plano de governo; e o seu destino, o meu destino" (HUGO LAFAYETTE BLACK — Crença na Constituição).

SUMÁRIO

- I — *Colocação do tema: por que uma nova crença na Constituição?*
- II — *Condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social.*
- III — *Limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica.*
- IV — *Pressupostos de eficácia da Constituição.*
- V — *Conclusão.*

Acabo de ler, em cuidadosa tradução de Gilmar Ferreira Mendes, texto em português do Escrito de Konrad Hesse, "A força normativa da Constituição", para publicação no Brasil.

A divulgação desse estudo, a ocorrer brevemente, dar-se-á num momento singularmente oportuno, porque a nossa atual Carta Política acaba de completar apenas dois anos de vigência, mas já se ouve, nos mais diversos setores da sociedade, e com intensidade crescente, a perniciosa pregação de que se faz necessário reformar o seu texto, para ajustá-lo a uma imprecisa e mal definida realidade nacional.

Por isso, mas — como se verá adiante — não apenas por isso, é que a publicação desse precioso Escrito de Konrad Hesse parece-nos extremamente importante, porque a sua idéia central é, precisamente, a de que, embora não disponha de existência autônoma, em relação à realidade, da qual, aliás, não pode estar desvinculada, a Constituição não é imposta, simplesmente, por essa mesma realidade; em outros termos, embora con-

dicionada pela realidade político-social, a Constituição não é determinada por essa mesma realidade.

Daí, desde logo, Hesse nos advertir de que a força vital e eficaz da Constituição assenta-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 —, mas sua força normativa não deriva dessa adaptação a uma dada realidade, antes se devendo a um fator de natureza espiritual e cultural, que ele sugestivamente denomina *vontade de Constituição*.

Acentuando a natureza espiritual dessa atitude perante a Constituição, dessa crença de que a Constituição não é e não deve ser um subproduto mecanicamente derivado das relações de poder dominantes, Hesse nos diz que essa vontade de Constituição — “que indubitavelmente constitui a maior garantia de sua força normativa” — se origina de três vertentes diversas, embora ontologicamente semelhantes, a saber: da compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; da compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, já que possui legitimidade própria; e, finalmente, da consciência de que, ao contrário do que se dá com as leis do pensamento, essa ordem não consegue ser eficaz sem o concurso da vontade humana, pela qual adquire e preserva a sua validade.

Trata-se, bem se vê, de um autêntico discurso de conversão, via do qual o ilustre constitucionalista alemão, sem abandonar a necessária postura analítica, nos conduz a *ver a verdade naquilo que, até então, nada nos dizia*, para usarmos a feliz expressão com que João Baptista Machado expõe a moderna teoria da argumentação, em *Nota à 1.ª edição portuguesa da Introdução ao Pensamento Jurídico*, de Karl Engisch.

Diante dessa sua pregação quase catequética — também por isso dizemos que ela encarna uma nova crença na Constituição — é fácil compreender por que Hesse inicia seu estudo evocando, para criticar-lhe o unilateralismo de perspectiva, a célebre conferência de Fernando Lassalle, “Que é uma Constituição?”, pronunciada em Berlim, no mês de abril de 1862.

Nessa conferência, que virou texto clássico da doutrina constitucional, Fernando Lassalle levou ao extremo o discurso da submissão dos textos constitucionais aos chamados *fatores reais de poder* existentes nas sociedades, os quais, para ele, informam todas as leis e instituições jurídicas, fazendo com que, em essência, *não possam ser mais do que são e como são* (1).

Exprimindo esse sociologismo exagerado, Lassalle chega a dizer que aqueles fatores reais de poder — referindo-se à Prússia de seu tempo, ele os identificava na monarquia, na aristocracia, na grande burguesia, nos

(1) *Que es una Constitución?* Buenos Aires. Siglo Veinte, 1957, pág. 15.

banqueiros, na pequena burguesia e na classe operária — eram verdadeiros *fragmentos de Constituição* que, somados, corresponderiam à Constituição *real* e, transladados para uma folha de papel, se converteriam na Constituição escrita, na Constituição *jurídica* propriamente dita.

Por isso, para ele, e neste ponto é frontal o choque entre a sua concepção e o pensamento de Konrad Hesse, a Constituição escrita, para ser boa e duradoura, deve refletir, *necessariamente*, os fatores reais de poder existentes na sociedade, pois um eventual descompasso — ele usa a expressão *conflito* — entre o texto escrito e a Constituição *real* fará com que, mais cedo ou mais tarde, a Constituição *folha de papel* seja rasgada e arrastada pelas verdadeiras forças vigentes no país, num determinado momento da sua história; noutras palavras, a Constituição *real* “revogaria” a Constituição *formal*, substituindo-a por outra, atualizada ou “em dia” com aqueles fatores reais de poder.

Se fosse verdade, como afirmava Lassalle, que, para se fazer uma Constituição escrita, bastaria simplesmente recolher os fatores reais de poder, estendê-los sobre uma folha de papel e dar-lhes expressão jurídica, efetivamente o texto afinal produzido não teria nenhuma autonomia, sendo a sua força normativa meramente aparente, como expressão subalterna daqueles fatores reais de poder.

A essa concepção mecanicista das relações entre a Constituição e as forças sociais, Konrad Hesse opõe, para nós com inegável vantagem, uma visão do problema que até certo ponto se poderia considerar *dialética*, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas para a criação e a sustentação da Constituição jurídica, nos sugere admitir, como *ponto de partida* para a análise do fenômeno, a existência de um condicionamento *recíproco* entre a Lei Fundamental e a realidade político-social subjacente.

Trata-se de algo que, de resto, é não só admitido, mas até mesmo enfatizado por ninguém menos que o velho Engels, quando, em crítica mordaz aos ideólogos, observa que eles padecem de uma *ignorância absoluta* sobre a *ação recíproca* existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos, condicionam ⁽²⁾.

Do contrário — adverte Hesse — até mesmo o Direito Constitucional, como ciência normativa, deixaria de estar a serviço de uma ordem estatal justa, para cumprir tão-somente a miserável função — indigna de qualquer ciência — de justificar as relações de poder dominantes.

Neste passo cabe lembrar, por sua pertinência para a compreensão do problema, os ensinamentos de Hans Kelsen, quando, ao traçar as linhas distintivas entre a Jurisprudência Normativa e a Jurisprudência Socioló-

(2) Carta a Franz Mehring, in Marx e Engels — *Cartas Filosóficas*. São Paulo, Ed. Moraes, 1987, pág. 51.

gica — para, como disse, evitar sincretismos metodológicos —, nos adverte de que esses dois saberes possuem objetos distintos, pois a primeira estuda a validade do Direito, enquanto a segunda discorre sobre a sua eficácia⁽³⁾.

Se perdermos de vista essa distinção metodológica, aliás correlata da diversidade dos objetos formais ou pontos de vista sob os quais um mesmo objeto material — no caso, o Direito — pode ser encarado, confundiremos os planos e âmbitos de seu conhecimento, retirando, como fez Lassalle, da Ciência do Direito Constitucional, o caráter *normativo*, que lhe é próprio, para lhe emprestar um caráter *sociológico*, que, em absoluto, ela não possui.

Então, vale insistir, para sermos coerentes, do ponto de vista metodológico, e, assim, podermos “construir” uma Ciência do Direito Constitucional que seja, como deve ser, efetivamente normativa, devemos ter presente que a Constituição é uma norma, expressão de um *dever ser*, e não um subproduto ou precipitado natural, ainda que enunciado em forma normativa, das relações de poder existentes em certa sociedade, num dado momento da sua história.

Se recusarmos à Constituição esse caráter deontológico e essa força normativa, reduzindo-a a um simples reflexo dos chamados fatores reais de poder, lhe retiraremos, também, por via de consequência, a dimensão reformadora que indiscutivelmente possui, enquanto instrumento de transformação social.

Por isso, Konrad Hesse insiste na necessidade de se admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força normativa própria, motivadora e ordenadora, não apenas da vida do Estado, como também da vida não-estatal. Para usar as suas próprias palavras e, assim, melhor traduzir-lhe as idéias, vale relembrar, neste ponto, o que ele nos diz sobre as funções da Lei Fundamental: “por intermédio de suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e à regulamentação constitucional do processo de formação de unidade política e da atuação estatal, a Constituição origina unidade estatal, confere forma à vida da Comunidade, assegura continuidade suprapessoal, com o consequente efeito estabilizador; por outro lado, permite entender e compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege contra recaídas no informe e indiferenciado, com a consequente eficácia estabilizadora; pela ordenação do procedimento de formação de unidade política, da fundação sempre limitada de atribuições de poderes estatais, da regulamentação processual do exercício dessas atribuições e do controle dos poderes estatais, a Constituição pretende limitar o poder estatal e impedir o abuso desse poder; enfim, nessa sua função de possibilitar e garantir um processo político livre, de instituir, de esta-

(3) Jurisprudência Normativa e Sociológica, in *O Direito e a vida social — Leituras básicas de sociologia jurídica*: coletânea organizada por A. L. Machado Neto e Zahidé Machado Neto. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1966, pág. 17.

bilizar, de racionalizar, de limitar o poder e, com tudo isso, assegurar a liberdade individual, é que reside a *qualidade da Constituição*" (4).

Neste passo, ele nos faz lembrar as reflexões de Georges Burdeau sobre o papel desempenhado pela Constituição na configuração do *Estado de Direito*, porque, segundo aquele notável jurista e pensador político — pela forma como atua sobre o Poder — a Constituição deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois, se antes dela, o Poder é um mero fato, resultado das circunstâncias históricas, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Constituição ele muda de natureza e se juridiciza, para se converter em Poder de direito, desencarnado e despersonalizado (5).

Vista assim, em correta perspectiva jurídico-normativa, a Constituição, por sua energia conformadora da realidade social, converte-se, também ela, num autêntico *fator real de poder*, na medida em que, vigente e eficaz, interage com os demais fatos sociais, sobre eles influenciando e deles recebendo influência, dentro do processo dialético de ação recíproca entre a infra-estrutura e a superestrutura, que é próprio das sociedades humanas.

Destarte, como fato normativo, a Constituição deixa de ser um simples subproduto das tensões fático-axiológicas, para, com energia própria, inserir-se e atuar na realidade política e social, a que dá um específico sentido — o de realizar, em dado momento, numa sociedade concreta, a *idéia do direito* (6).

Retornando ao texto de Hesse, impõe-se, agora, seguir-lhe a seqüência do raciocínio, para compreender como ele tenta fundar a sua crença na força normativa da Constituição e, assim, conferir dignidade própria à Lei Fundamental, em que pese reconhecer e afirmar — aliás com certa freqüência — que nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, *pode alterar as condicionantes naturais, do que resulta não dispor, a norma constitucional, de existência autônoma em relação à realidade social, da qual emerge e na qual se insere.*

Como passo inicial para a fundação dessa crença, ele formula uma pergunta que, respondida corretamente, nos oferece a chave para deslindar todo o seu discurso: "existirá, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?"

Cauteloso, Konrad Hesse nos apresenta o que denomina uma simples "tentativa" de resposta à sua própria indagação, resposta que ele desdobra em três etapas ou aspectos: a) existe um condicionamento recíproco

(4) Conceito e Qualidade da Constituição, in *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, págs. 21/22.

(5) *Traité de Science Politique*, Paris, LCFDJ, 1984, tomo IV, págs. 44/45.

(6) Gustavo Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coimbra, A. Amado, 1961, vol. I, pág. 50; Georges Burdeau, in *Traité*, cit., pág. 45 e in *El Estado*, Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, págs. 54/58.

entre a Constituição jurídica e a realidade político-social; b) a atuação da Constituição jurídica tem limites e possibilidades; c) a eficácia da Constituição está sujeita à satisfação de determinados pressupostos.

Examinemos, ainda que sumariamente, essas três proposições.

I — Quanto ao primeiro aspecto, o do *condicionamento recíproco* entre a lei e a realidade, entre a Constituição jurídica e os fatos sociais, HESSE começa a sua análise lembrando que esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo *isolamento* entre fato e norma, entre direito e realidade, em razão do que juristas e sociólogos do direito, de costas voltadas uns para os outros, acabaram por se encastelar em posições extremadas, mas igualmente estéreis, levados que foram em direção a uma norma despida de qualquer elemento da realidade, ou a uma realidade esvaziada de qualquer conteúdo normativo.

Comentando esse divórcio, e apontando o caminho que, a seu ver, superaria as referidas divergências entre o normativismo e o sociologismo exagerados, Hermann Heller, um dos mais notáveis publicistas germânicos deste século, nos brinda com esta preciosa síntese: “A doutrina dominante, sob a direção de Georg Jellinek, contenta-se em colocar a Constituição como *ser* ao lado da Constituição jurídica, como *dever ser*, sem conexão científica de nenhuma classe entre si. Os propósitos de superar este insustentável dualismo não têm levado, até hoje, mais que à absolutização de uma ou outra de ambas as posições. Kelsen faz constituir o Estado e a Constituição em um *dever ser*, exclusivamente; O. Schmitt pretende eliminar da Constituição toda normatividade. A teoria do Estado só poderá evitar estas unilateralidades se conseguir descobrir a conexão real a partir da qual possam ser explicadas e compreendidas tanto a Constituição, enquanto *ser*, como a Constituição jurídica normativa e o método dogmático-jurídico a ela correspondente” (7).

Trata-se de uma crise que se instaurou não apenas no âmbito do Direito Público ou do Direito Constitucional, como, à primeira vista, se poderia imaginar, mas que atingiu todos os quadrantes do pensamento jurídico, segundo observou Miguel Reale, em reflexões sobre a necessária e ineliminável conexão entre a vigência, a eficácia e o fundamento dos modelos normativos, conexão que para ele só se revela, com nitidez, na própria experiência jurídica (8).

Para superar esse impasse, Konrad Hesse nos propõe buscar um caminho que, de um lado, evite o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas e, de outro, não leve à criação de uma normatividade despida de qualquer elemento da realidade.

Então, parece evidente que esse caminho só poderá ser encontrado se conseguirmos rejeitar as opções, inconciliáveis ou mutuamente exclu-

(7) *Teoria do Estado*. São Paulo, Mestre Jou, 1968, págs. 306/307.

(8) *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1986, págs. 28/34.

dentos, entre os normativismos abstratos e os sociologismos rasteiros, representativos, ambos, de concepções unilaterais ou setorizadas da experiência jurídica.

Como toda regra de Direito *vige* com pretensão de eficácia, assim como não lhe pode faltar, também, a pretensão de ser *justa* — consoante oportunamente observado pelo mesmo Miguel Reale⁽⁹⁾ — e como a Constituição, porque é regra jurídica, também *vige* com essa mesma pretensão de eficácia, que é inseparável das condições históricas de sua realização, Hesse ressalta que ambos os elementos, a pretensão de eficácia e as condições de sua realização, *interagem reciprocamente*, embora se mantenham distintos na especificidade de suas funções; por isso, podem e devem ser diferenciados, embora não possam e não devam ser separados, nem confundidos.

Trata-se de uma relação dialética em tudo semelhante à que existe entre Estado e Direito, e que só se poderá compreender se considerarmos o Direito como a condição necessária do Estado atual e, do mesmo modo, o Estado como a necessária condição do Direito presente, pois sem o caráter de criador de poder, que o Direito acarreta, não existe nem validade jurídica normativa, nem poder estatal, assim como, sem o caráter de criador de direito, que tem o poder do Estado, não existe nem Estado, nem positividade jurídica. A propósito — como acentua Hermann Heller — “a relação entre o Estado e o Direito não consiste nem em uma unidade indiferenciada, nem em uma irredutível oposição, antes devendo considerar-se como relação dialética, como relação necessária das esferas separadas e admissão de cada pólo no seu oposto”⁽¹⁰⁾.

II — Quanto às possibilidades e aos limites da pretensão de eficácia da Constituição, Hesse inicia suas considerações afirmando que, embora em termos relativos, a Constituição jurídica possui significado próprio; que sua pretensão de eficácia se apresenta como elemento autônomo, no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado; e, finalmente, que sua força normativa é adquirida na medida em que ela consegue tornar efetiva aquela mesma pretensão de eficácia.

Também nesta parte, observa-se em Konrad Hesse a preocupação de advertir que não podemos isolar, em campos fechados, a Constituição *real* e a Constituição *jurídica* porque, a despeito de serem distintas, elas se correlacionam e se co-implicam mutuamente. Daí que a normatividade da Constituição jurídica, embora dependa de sua adequação à Constituição real, para se transformar em energia normalizadora, ainda assim procure imprimir ordem e conformação à realidade política e social: noutras palavras, por sua peculiar natureza e qualidade, a Constituição jurídica não se limita a sancionar o existente — como teria afirmado Lenine acerca do Direito —, antes pretende e consegue *juridicizá-lo*, de tal sorte que, a partir dela, o poder se torna juridicamente qualificado, inclusive, ou sobretudo, como poder *legítimo*.

(9) *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1969, vol. II, pág. 530.

(10) *Teoria do Estado*, cit., pág. 231.

Nessa mesma linha de pensamento, o citado Hermann Heller observa, com propriedade, que, ao lado do normal fático, tem também grande importância a força normalizadora do normativo, sendo certo, ademais, que nenhuma decisão pode, *sem normatividade*, produzir normalidade e, portanto, *continuidade de conduta*: disso decorre que a própria continuidade histórica da Constituição *real* depende, em larga medida, da Constituição jurídica, que dá forma à ocasionalidade das relações de poder sempre mutáveis, estruturando-as em unidade de poder *permanente*, pois “se as decisões adotadas para esta ou aquela forma de Estado ou de Governo não possuísem validade normativa para o futuro, difícil seria explicar como puderam constituir, enquanto *decisões*, tanto hoje como amanhã, o suposto básico de todas as normações ulteriores” (11).

Noutras palavras, somente mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível, convertendo-se numa situação de dominação contínua e previsível; então, até mesmo a Constituição *real* precisa normatizar-se para durar além do momento presente, pois somente formalizada juridicamente é que uma situação transitória de dominação se converte em uma situação de dominação relativamente duradoura (12).

Especificamente quanto aos *limites da força normativa* da Constituição, e para explicitá-los, Konrad Hesse relembra alguns trechos de um dos primeiros escritos de Wilhelm Humboldt, onde este afirma que nenhuma Constituição exclusivamente fundada num plano racionalmente elaborado pode lograr êxito, e que somente consegue desenvolver-se aquela Constituição resultante da luta do acaso poderoso com a racionalidade, que se lhe opõe.

Esta remissão está a evidenciar, mais uma vez, a preocupação de Hesse em nos mostrar que a força normativa da Constituição não é algo que possua existência autônoma, até porque a Constituição, por si só, não pode realizar nada, embora possa, isso sim, impor *tarefas* que, acaso efetivamente realizadas, emprestam-lhe força ativa, assente na incomparável qualidade do presente.

Por isso, como lembramos anteriormente, Konrad Hesse nos diz que “a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizer presente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a *vontade de Constituição*”, juízo esse que se pode completar lembrando, ainda uma vez com Heller, que “o conteúdo e o modo de validade de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam” (13).

(11) *Teoria do Estado*, cit., págs. 233, 298, 312 e 313.

(12) Hermann Heller, op. cit., págs. 233 e 301.

(13) *Teoria do Estado*, cit., pág. 302.

De fato, se tivermos presente a idéia de que a energia normalizadora (= força normativa) da Constituição, conquanto potencialmente apta a atuar sobre a sociedade e conformá-la aos seus ditames, depende de sujeitos concretizadores para se tornar eficaz, se tivermos presente essa idéia, facilmente compreenderemos porque Hesse condiciona à existência de uma *vontade de Constituição* o êxito de qualquer programa normativo.

Como toda Constituição só se torna juridicamente *eficaz* (= ter efetivada a respectiva pretensão de eficácia) através de sua *realização*, e como essa realização é *tarefa* de todos os órgãos constitucionais, da qual participam, ademais, os cidadãos que *fundamentam* na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e os seus deveres — consoante observa Canotilho⁽¹⁴⁾ —, conclui-se que onde não houver essa vontade de Constituição jamais a sua normatividade conseguirá criar e manter qualquer espécie de normalidade; por outras palavras, onde e quando as tarefas cometidas pela Constituição não forem cumpridas, onde não se professar uma verdadeira crença no valor *intrínseco* da Constituição, ter-se-á tudo, menos vida e condutas em conformidade com os preceitos constitucionais. É preciso, portanto, que haja *fidelidade* à Constituição, como condição indispensável à sua *eficácia* e à sua *realização*.

Em contrapartida — prossegue Hesse, em linguagem simples, porém densamente comunicativa —, quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e as fronteiras impostas à sua força normativa, do mesmo modo que essa força será maior onde e quando se mostrarem dispostos a homenagear a Constituição precisamente aqueles que tenham condições de violar os seus mandamentos.

III — Quanto aos *pressupostos da eficácia* da Constituição, Hesse começa anotando que tais pressupostos se referem tanto ao seu *conteúdo*, quanto à *práxis* constitucional.

Preliminarmente, neste ponto, a seu ver, quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à singular *natureza* do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Noutro ensaio (*Conceito e Qualidade da Constituição*), Konrad Hesse também enfrentou a problemática relativa à *possibilidade de realização* do conteúdo da Constituição, insistindo em que, quanto mais intensa for a conexão de seus preceitos com as circunstâncias da situação histórica — procurando conservar e desenvolver o que já se acha esboçado na individualidade do presente —, tanto maior será a capacidade da Constituição para expandir a sua força normativa; em caso contrário, isto é, se ignorar o estágio do desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, a Constituição não conseguirá realizar o que projeta o seu texto, porque a sua força normativa estará em descompasso com a realidade sobre

(14) *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 4ª ed. 1986, pág. 143.

a qual pretende atuar. Noutras palavras, um modelo normativo constitucional não fundado na experiência jamais realizará o tipo de comportamento considerado necessário pelo constituinte que o elaborou.

Por isso, Miguel Reale, em precioso ensaio sobre as estruturas e modelos da experiência jurídica, nos adverte de que a tipificação normativa — e essa advertência, obviamente, se aplica à macrotipificação normativa em que consiste a elaboração dos textos constitucionais — não é uma obra cerebrina ou imaginosa, mas o resultado de uma análise positiva dos dados empíricos, pois nada é mais contrário à idéia de modelo do que a de uma abstração não fundada no real concreto ⁽¹⁵⁾.

Prosseguindo em suas considerações sobre os pressupostos da eficácia da Constituição, Hesse afirma que, para durar (= permanecer com força normativa), a Constituição deve poder adaptar-se às eventuais mudanças na realidade sócio-política, o que só conseguirá, e com mais facilidade, se o seu texto limitar-se ao estabelecimento de uns poucos *princípios fundamentais*, suscetíveis de receber sempre novos desenvolvimentos, de parte dos sujeitos concretizadores, desde que, obviamente, tais desenvolvimentos não representem mutações constitucionais conflitantes com a própria Constituição.

Ao contrário — adverte Hesse — se a Lei Maior “constitucionalizar” interesses momentâneos ou passageiros, o tecido constitucional perderá a necessária ductilidade, do que resultará seu rompimento e a conseqüente necessidade de se refazer a tecedura (= emenda; reforma; revisão), com o inevitável comprometimento da força normativa da Constituição.

Sob esse ponto de vista, exemplo que todos lembram da Constituição *ideal* é o da Constituição dos Estados Unidos da América, que, redigida em 1787 e logo complementada, em 1791, pelas dez emendas conhecidas como *Bill of Rights*, por desenvolvimentos jurisprudenciais sempre renovados — sobretudo pela mediação criadora da Suprema Corte — teve preservado seu texto fundamental por mais de duzentos anos e, não obstante, conseguiu operar o milagre da “contemporaneidade dos não contemporâneos”, na feliz expressão de Orlando Bitar, tomada de empréstimo a Karl Mannheim ⁽¹⁶⁾.

Pela estrutura ampla e aberta de seus enunciados normativos, a Constituição dos Estados Unidos, como *supremo direito da terra*, tem permitido a seu povo encontrar soluções para todas as *crises dos negócios humanos*. A partir do seu texto, mas na ambiência do contexto, ali se produziram as mais radicais mutações constitucionais de que se tem conhecimento — sugestivamente chamadas pela doutrina de processos *obliquos*, processos *informais*, processos *de fato* ou mudanças constitucionais *materiais* —, sem que, para tanto, tenha sido alterado o documento original da Carta, o qual, ao lado da Declaração de Independência dos Estados Unidos, “encontra-se

(15) *O Direito como Experiência*. São Paulo, Saraiva, 1968, págs. 165 e 167.

(16) Orlando Bitar, *A Lei e a Constituição*. Belém, 1951, pág. 182.

exposto ao público no Edifício dos Arquivos Nacionais, em uma vitrina que oferece a maior proteção possível contra a ação do tempo. . .”.

Essa é, fundamentalmente, a razão pela qual os juristas e cientistas políticos norte-americanos costumam dizer, com fina ironia — que mais sugere um acentuado sentimento de orgulho nativo, do que eventual crítica à bíblia da sua cidadania — que a sociedade e a economia mais dinâmicas da Terra coexistem com a estrutura constitucional mais antiga e subdesenvolvida encontrada em qualquer país ocidental ⁽¹⁷⁾.

Finalmente — prossegue Hesse — para lograr plena eficácia normativa, não deve a Constituição assentar-se numa *estrutura unilateral*, antes precisa incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura *contrária*.

Por isso, sentencia o notável professor de Friburgo e juiz do Tribunal de Karlsruhe: “direitos fundamentais não podem existir sem a correspectiva vinculação; a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder; o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo”.

A fim de melhor compreender essa advertência, convém ter presente que, para Konrad, a Constituição tem por objetivos precípuos ou essenciais produzir a *unidade política* e criar uma *ordem jurídica*, entendendo-se por unidade política uma *unidade de atuação* que, ao mesmo tempo, possibilite e condicione as tomadas de decisão, harmonizando o inevitável entrechoque dos interesses e aspirações inerentes à convivência humana.

Como, por outro lado, a produção e a continuação dessa unidade política ocorrem num processo permanente, para que tal processo não se dissolva no jogo daqueles interesses e daquelas aspirações — que é necessariamente um jogo conflitivo — impõe-se estabelecer um mínimo de *regras* para esse jogo, o que só se obterá com a criação de uma *ordem jurídica*, segundo pautas axiológicas que devem ser democraticamente compartilhadas por todos — ou, ao menos, pela maioria — como condição de legitimidade da própria organização política.

Particularmente ilustrativa dessa sua visão dialética do processo de produção da unidade política, levada a efeito pela Constituição, é a passagem em que Hesse ressalta a importância dos conflitos sociais como fatores determinantes das mudanças e da evolução histórica.

Essa unidade — afirma Hesse — é inimaginável sem a presença dos conflitos, que são próprios da convivência humana; são os conflitos que impedem a rigidez e o estancamento em formas superadas; representam, embora não apenas eles, a força motriz sem a qual não se produziria a mudança histórica; sua ausência ou sua repressão podem conduzir ao imobilismo; mas os conflitos, por si, não possibilitam o viver e o conviver humanos;

(17) A Constituição, o Capitalismo e a Necessidade de Regulamentação Racionalizada, in *A Constituição Norte-Americana*, Rio, Forense, 1986, págs. 122/123.

por isso, a questão não se coloca em termos de possibilitar os conflitos ou os seus efeitos, mas em termos que garantam a formação e a continuação da unidade política, sem ignorar ou reprimir os conflitos em nome dessa unidade e sem sacrificar a unidade política em nome daqueles conflitos (18).

Prosseguindo na sua exposição, Hesse aponta, logo a seguir, a práxis constitucional como fator igualmente condicionante de um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição.

Nesse contexto, ganha particular relevo e importância o respeito devotado à Lei Maior por todos os partícipes da vida constitucional, sobretudo naquelas situações de crise, em que a observância da Constituição parece revelar-se politicamente incômoda, porque posta em conflito como as sempre invocadas, mas nunca bem definidas *razões de Estado*, argumento de que se utilizam os tiranos de todos os tempos, e dos mais diversos matizes ideológicos, para impor aos homens livres a insuportável obrigação de trocar suas camisas de cidadãos por túnicas de súditos.

Por isso, invocando e transcrevendo considerações de Walter Burckhardt, Konrad Hesse nos diz que aquele sentimento, por ele identificado como *vontade de Constituição*, deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas, pois quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mórmente do Estado Democrático.

Diversamente, aquele que não se dispõe a esse sacrifício, pouco a pouco vai malbaratando um capital precioso, muito mais significativo do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, nunca mais se recupera.

Neste ponto, vale insistir nas reflexões com que iniciamos esta *introdução* ao estudo de Hesse, no sentido de que a sua publicação, nesta hora, se nos apresenta extremamente oportuna, como advertência e apelo a todos quantos, de uma forma ou de outra, enquanto atores da cena política, devem lutar antes pela *realização* do que pela *reforma* da nova Constituição, sem favor a mais avançada e a mais democrática de quantas já tivemos nestes quase 170 anos de vida política independente.

Como último — mas, nem por isso, como fator menos importante para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição — Hesse aponta a *interpretação*, que logo afirma estar submetida ao princípio hermenêutico da *concretização excelente* da norma, princípio que ele adverte não se poder aplicar com base em construções meramente lógico-formais, do tipo subsunção fato/norma, sobretudo porque, estando a eficácia da Constituição condicionada pelos eventos concretos da vida, o sentido de suas proposições normativas deve ser efetivado dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

(18) Conceito e Qualidade da Constituição, in *Escritos*, cit., pág. 9.

Disso decorre, para o intérprete-aplicador do texto constitucional, o dever de se manter em permanente sintonia com a realidade social ou, como diz o próprio Hesse, com aqueles eventos concretos da vida, sob pena de, não o fazendo, colaborar para o enfraquecimento da força normativa da Constituição, que só permanece operativa enquanto estiver ajustada às mudanças fáticas e axiológicas ocorridas no seio da sociedade.

Neste ponto, cabe refletir, criticamente, sobre a posição de Hesse, para ver se, em essência, apesar do seu esforço em demonstrar uma postura superadora do sociologismo mecanicista de Fernando Lassalle — que tão enfaticamente verberou —, não acaba, ele mesmo, por cometer o mesmo pecado, colocando a normatividade (= força normativa) da Constituição a reboque das alterações ocorridas na realidade social, ainda que esse atrelamento esteja escondido por trás de um sofisticado discurso aparentemente, mas só aparentemente, dialético.

Por isso, certamente, é que, logo após afirmar que uma mudança das relações fáticas pode — ou *deve* — provocar mudanças na interpretação da Constituição, ele tem o cuidado de dizer que o sentido das proposições jurídicas estabelece o *limite* da sua interpretação e, por conseguinte, também o limite de qualquer mutação normativa; que o sentido de uma proposição e sua *nítida* vontade normativa não devem ser sacrificados pelas mudanças de situação; que, finalmente, se aquele sentido normativo não mais pode ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.

Nas palavras de Lassalle, ter-se-ia, aí, uma revogação da Constituição *jurídica* pela Constituição real, só que, civilizadamente, pela via jurídica da revisão constitucional. . .

Diante das lições da experiência histórica, rica em exemplos da chamada “revolta dos fatos contra os códigos”, expressão afortunada com que os juristas modernos explicaram as transformações ocorridas na passagem do Estado liberal ao Estado social, diante dessas lições, tanto Hesse como os demais constitucionalistas, que se viram a braços com o problema da alteração do sentido dos preceitos constitucionais, como consequência das mudanças verificadas na realidade social, todos eles tiveram que “conviver” com aquelas já referidas *mutações constitucionais*, eufemicamente consideradas simples processos *adaptativos*, que permitem alterar a concretização do conteúdo das normas constitucionais, sem a correspondente necessidade de modificar-lhe o texto.

Por outras palavras, graças ao que esses e outros constitucionalistas chamam de *amplitude* e *abertura* das normas constitucionais — Canotilho fala em caráter aberto, indeterminado e polissêmico⁽¹⁹⁾ — graças a isso podem tais normas conduzir a *resultados distintos*, em decorrência das mutações verificadas nos respectivos supostos fáticos, sem necessidade de prévias alterações em sua estrutura proposicional, o que se obtém, sem traumas, pela mediação construtiva dos sujeitos concretizadores, nos diversos níveis em que se opera a realização constitucional.

(19) *Diritto Constitucional*, cit., pág. 160.

Em face dessa realidade, e para “racionalizá-la” — até porque o real é racional e o racional é real. . . — os juristas cuidaram de conceber métodos capazes de *explicar/compreender* o fenômeno e assimilá-lo pela dogmática jurídica.

Assim nasceram, no âmbito da hermenêutica jurídica, embora sob diferentes denominações, todos os métodos de *leitura atualizadora* das normas legais, bem como, simultaneamente, as diversas teorias que passaram a legitimar a jurisprudência como fonte criadora do direito e a exaltar o papel dos juízes como agentes desse *desenvolvimento* do direito para além das formalizações normativas ⁽²⁰⁾.

Paralelamente, desenvolveu-se, também, um novo campo de estudos, a chamada *Semântica Jurídica*, que inicialmente concebida como teoria das mudanças dos conteúdos significativos das normas de Direito, independentemente da inalterabilidade de seu enunciado formal, nos dias atuais vem sendo explicada não apenas em função do caráter aberto, expansivo ou elástico, que é próprio dos modelos jurídicos, mas sobretudo em virtude das variações operadas ao nível do “mundo da vida”, no qual o Direito afunda as suas raízes ⁽²¹⁾.

No campo específico da hermenêutica constitucional, sob o ponto de vista da lingüística e da filosofia da linguagem, registra-se, como atestado de cidadania, um princípio metodológico que proclama ser a interpretação uma atividade condicionada pelo *contexto*, pois se efetua em condições sociais historicamente caracterizadas, que produzem determinados “usos” lingüísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado às proposições normativas; disso resultaria, para os sujeitos concretizadores do texto constitucional, a obrigação de considerar o espaço semântico dos conceitos ou palavras como suscetível de se alterar em função do próprio contexto ⁽²²⁾.

A essa altura, e à vista das considerações de Hesse sobre o que ele chama a *polaridade* dos caracteres de *abertura/amplitude* dos preceitos constitucionais, de um lado e, de outro, a sua *finalidade vinculante* — do que decorre a necessidade de se levar em conta, no ato de interpretação-aplicação da Lei Maior, simultaneamente, tanto os elementos *permanentes* quanto os *cambiantes*, inerentes, ambos, a todas as normas constitucionais —, tendo em vista essa colocação, achamos que Hesse, em verdade, acaba se rendendo à força normativa dos fatos, embora mascare essa rendição com a afirmativa de que a problemática (= necessidade) da revisão somente se coloca — melhor seria ter dito que *necessariamente* se coloca — quando terminam as possibilidades da mutação constitucional.

(20) Karl Larenz, in *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Gulbenkian, 2ª ed., 1980, págs. 443 e ss.

(21) Miguel Reale. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo, Saraiva, 1984, pág. 56.

(22) Gomes Canotilho, op. cit., pág. 148.

No particular, pensamos que não lhe socorrem nem mesmo os elogios que faz à rebuscada construção de F. Muller, via da qual se assimilam as mutações constitucionais com o argumento de que a realização do direito constitucional só se verifica, efetivamente, quando o conteúdo das normas que o integram se incorpora à conduta humana, mediante aplicação e observância diárias, o que faz a realidade se converter em parte integrante e constitutiva da normatividade jurídica (23).

Trata-se, impõe-se registrar, de uma aceitação que não é apenas de Hesse, mas da grande maioria dos doutrinadores, todos acordes em reconhecer que, à luz da experiência — sobretudo da experiência recolhida junto aos Tribunais Constitucionais —, é cada vez mais relevante o papel da jurisprudência como fator de desenvolvimento (= readequação) dos textos constitucionais, os quais, por essa via e em razão das alterações ocorridas na sociedade, podem receber sentidos sempre renovados, sem necessidade de se alterar a sua configuração literal (24).

Admitidas as mutações constitucionais — sobretudo aquelas reconhecidas como decorrentes de *atos de natureza político-social* (25) —, admitidas tais mutações como processos legítimos de *readequação* dos textos constitucionais à realidade social, do que resulta postergarem-se ao máximo as alterações da letra da Constituição, tem-se, como consequência lógica, no essencial, a aceitação das teses sociologizantes, porque tais processos de “atualização” normativa são muito mais dinâmicos e eficazes do que os procedimentos, sempre morosos e complicados, de alteração formal das Constituições (= emenda; reforma; revisão).

Considerando que o reconhecimento dessa *força normativa* dos fatos é o que sempre pretenderam os sociólogos do direito, ficam eles muito mais felizes ao verem aquela força normativa lograr eficácia exclusivamente pela atuação da jurisprudência, sem a prévia e, até certo ponto, dispensável mediação legislativa.

Então, sob um discurso aparentemente exaltador da força normativa da Constituição, o que se tem, em verdade, é uma *capitulação realista*, pelo reconhecimento de que a pretensão de eficácia das normas constitucionais somente será operosa enquanto se contiver nos limites de realização impostos pelo contexto social. Além desses limites — todos reconhecem — a *força normativa* da Constituição não consegue transformar-se em energia *normalizadora*, embora, obviamente, ainda conserve válida a *pretensão* de produzir normalidade de conduta de acordo com ela (26).

(23) Limites da Mutação Constitucional, in *Escritos*, cit., pág. 107.

(24) Paolo Biscaretti di Ruffia e Stefan Rossmayn. *La Constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états Socialistes*. Torino/Paris, 1966, págs. 60/68.

(25) *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México, FCE, 1975, pág. 347.

(26) Hermann Heller, op. cit., pág. 305.

E tanto isso é verdadeiro que não se encontra nenhum constitucionalista — nem mesmo entre os de formação idealista — que considere jurídico um ordenamento “globalmente ineficaz”. Ao contrário, embora anunciando repúdio ao sociologismo exagerado, todos se curvam à realidade, admitindo, ainda que a contragosto, não faltar razão a um Kelsen quando reconhece — também ele contrafeito — que, embora uma norma jurídica, *isoladamente* considerada, possa continuar valendo (= válida) mesmo nos casos particulares em que não se mostre eficaz (= desobede-cida), perderá sua validade quando o sistema normativo a que pertença se tornar, *globalmente*, ineficaz (27).

Assim, em termos de *ordem jurídica* — lembremos que, ao lado da unidade política, Hesse aponta como objetivo precípua da Constituição a criação de uma *ordem jurídica*, sendo a Constituição a própria ordem jurídica fundamental da comunidade (28) — nesses termos, por implicação do seu raciocínio, poder-se-á reconhecer certa autonomia à força normativa da Constituição, até porque, como acentuado pelo próprio Hesse, se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes forem ignoradas pela Constituição, esta carecerá do imprescindível germe de sua força vital.

Daí, sinteticamente, com sua linguagem sempre precisa, a sentença de Kelsen, o mais normativista dos normativistas: “logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica e com ela cada uma das suas normas perdem a sua *validade* (= vigência)” (29).

Condicionada, ou quase determinada, pela natureza das coisas; pelos fatores naturais, técnicos, econômicos e sociais; pela situação histórica concreta; pela incomparável qualidade ou singular natureza do presente; pelas forças espontâneas e pelas tendências dominantes do seu tempo; pelos eventos concretos da vida, etc. — essas e muitas outras expressões equivalentes são empregadas ao longo do texto de Hesse —, dificilmente se poderá compreender como possa a Constituição ter força normativa própria, embora possua, aí sim com indiscutível autonomia, aquela *pretensão de eficácia* que lhe é inerente, e que se mantém válida independentemente de serem ou não observados os comportamentos nela abstratamente tipificados.

Destarte, ao limite, e diante da força inexorável da realidade, como que se esvai a energia normativa da Constituição e, conseqüentemente, também a de todas as normas infraconstitucionais, que extraem da Lei Maior — instauradora e unificadora do ordenamento jurídico — os pressupostos para a sua criação, vigência e execução.

(27) Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Imprenta Universitária, 1950, págs. 31/43; *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, A. Amado, 1962, vol. II, pág. 48.

(28) *Escritos*, cit., págs. 8 e 17.

(29) *Teoria Pura do Direito*, cit., pág. 48.

Posta a questão nesses termos, qual seria, então, o elemento novo trazido ao debate por Konrad Hesse e os demais juristas e pensadores políticos que sustentam a existência, embora relativa, de uma autêntica *força normativa* da Constituição?

É o que apreciaremos a seguir, à guisa de conclusão.

IV — Inicialmente, cumpre ter presente que o principal objetivo de Hesse é reafirmar o valor, ainda que simbólico, do respeito à Constituição. Então, sob essa perspectiva, vale insistir, ele como que encarna ou professa uma nova *crença* na Constituição. Por isso, também, é que o seu discurso configura, como já o dissemos antes, um autêntico discurso de *conversão*, via do qual pretende nos conduzir a ver verdade naquilo que, até então, nada nos dizia.

Também por isso, todo o seu Escrito é perpassado de expressões exortativas e catequéticas, tanto ao se referir à Constituição propriamente dita, como ao se reportar ao Direito Constitucional, enquanto “ciência das Constituições” (Orlando Bitar), porque afirmar a dignidade da Constituição jurídica implica afirmar, também, a dignidade científica da disciplina que a estuda, pois “o Direito Constitucional não está em contradição com a natureza da Constituição”.

Mas, como fundar essa crença se, a todo instante, os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, se convertem em questões políticas, que se resolvem, via de regra, com o sacrifício da Constituição?

Como fugir a esse “destino trágico” das Constituições, que as faz sucumbirem quando suas disposições entram ou parecem entrar em conflito com a realidade política e social, que elas pretendem apreender nas malhas de sua juridicidade?

A resposta a essas indagações é o grande cometimento teórico do discurso de Hesse que, torturado entre a realidade e o sonho, não abdica da crença no valor intrínseco da Constituição, mas não pode negar que os limites e possibilidades da sua força normativa estão necessariamente condicionados pela situação concreta do seu tempo.

Daí a tentativa, até certo ponto exitosa, de superar o impasse pela via da correlação dialética entre *ser e dever ser*, no âmbito da qual a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade mas, graças ao seu elemento normativo, ordena e conforma essa mesma realidade, integrando e superando as tensões fático-axiológicas próprias da convivência humana.

Como o próprio Hesse enfatiza que a força normativa impõe-se de forma tanto mais enfática quanto mais ampla for a *convicção* sobre a inviolabilidade da Constituição e quanto mais intensa for a *vontade* de Constituição, disso se conclui que a sua construção teórica assenta-se num dado eminentemente *axiológico*, pois a *eficácia* da Constituição fica a depender,

ao limite, menos da realidade do que do respeito que lhe devotem exatamente aqueles que a podem violar ou destruir.

Trata-se, portanto, de uma postura também essencialmente idealista, na medida em que ele desloca, do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, o problema da eficácia da Constituição, convertendo, assim, numa *questão de fé* o que antes era apenas uma *questão de força*.

Por isso, insistimos em que ele encarna uma *nova crença* na Constituição, crença que o conduz, por outro lado, a redefinir até mesmo o próprio papel da Ciência do Direito Constitucional, à qual atribui a tarefa *deontológica* de — explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível — *realçar, despertar e preservar* a vontade de Constituição.

Neste ponto, a nosso ver, é que reside, senão a originalidade, pelo menos o aspecto mais fecundo do pensamento de Konrad Hesse sobre a eficácia e a sobrevivência da Constituição, porque, ao exaltar o valor intrínseco da Carta Política, ele lhe confere certo grau de autonomia, em face da realidade histórica e social, ao mesmo tempo em que, proclamando a necessidade de seu permanente reajustamento às condições históricas de sua realização, assegura viabilidade à sua energia normalizadora.

Em outras palavras, assumindo-se a crença de Hesse aos idealistas platônicos que, olímpicamente indiferentes, assistem o funeral das instituições, como se essa morte não lhes dissesse respeito, a esses alienados se poderá advertir para a necessidade de se alistarem entre os defensores da Constituição, porque só o respeito às suas normas assegurará a todos os homens, inclusive a eles, o direito de se desenvolverem com liberdade, no marco da civilização democrática. Por outro lado, com a mesma crença, aos realistas políticos de todas as tendências, que submetem o respeito à Constituição a juízos de conveniência e oportunidade, a esses “realistas” se poderá dizer que, também eles, correm o risco de terem a sua vida e a sua liberdade julgadas segundo esses mesmos e evanescentes critérios quando, por qualquer motivo, a ordem jurídica se converter em ordem de dominação, colocada a serviço de grupos, facções ou partidos.

Em síntese, para usarmos palavras do próprio Hesse, a Constituição somente se converterá em força ativa quando se fizer presente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*.

Então, para não termos que dar razão a Fernando Lassalle, nem recairmos no *informe* e no *indiferenciado* — que esse é o destino trágico de todos os povos que perdem a bússola representada pela sua Constituição — façamos votos de que a crença de Hesse prospere e alcance a conversão de todos; se isso não for possível, que pelo menos ela consiga converter o maior número, de preferência entre aqueles que, absurdamente e por qualquer estranho motivo, ainda detenham o poder de violar impunemente as Constituições.