

KONRAD HESSE

# A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

(DIE NORMATIVE KRAFT DER VERFASSUNG)

TRADUÇÃO DE  
GILMAR FERRÉRIA MENDES

Sergio Antonio Fabris Editor

1991. Ano de comemoração da Faculdade de Direito de Itabira

# A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)

(Konrad Hesse)

Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)<sup>1</sup>. Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas. Assim, ensinam-nos não apenas os políticos, mas também os juristas. “Tal como ressaltado pela grande doutrina, ainda não apreciada devidamente em todos os seus aspectos – afirma Georg Jellinek quarenta anos mais tarde –, o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”<sup>2</sup>. Evidentemente, esse pensamento não pertence ao passado. Ele se manifesta, de forma expressa ou implícita, também no presente. É verdade que hoje ele surge apenas de forma mais simplificada e imprecisa, não se atribuindo relevância maior à consciência e à cultura gerais, também contempladas por Lassalle como fatores reais de poder. A concepção sustentada inicialmente por Lassalle parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. Pode-se recordar, a propósito, tanto o conflito relativo ao orçamento da Prússia (Budgetkonflikt), referido por Lassalle, como a mudança do papel político do Parlamento, subjacente à resignada afirmação de Georg

---

<sup>1</sup> Gesammelte Reden und Schriften, org. e introdução de Eduard Bernstein II (1919), p. 25 s.

<sup>2</sup> Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1906), p. 72.

Jellinek, ou ainda o exemplo da debacle da Constituição de Weimar, que, em virtude de sua evidência, revela-se insuscetível de qualquer contestação.

Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. 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. 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. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexistem, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos. O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

## -II-

Uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social<sup>3</sup> (1.). Devem ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica (2). Finalmente, hão de ser investigados os pressupostos de eficácia da Constituição (3.).

1. 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 “está em vigor” ou “está 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.

A despeito de sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt<sup>4</sup>. Os efeitos dessa concepção ainda não foram superados. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado<sup>5</sup>, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas<sup>6</sup>. 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. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência,

---

<sup>3</sup> A questão aqui apresentada sobre a força normativa não constitui indagação da teoria das fontes jurídicas. Não é decisivo, assim, definir se princípios do direito suprapositivo podem integrar a “Constituição jurídica”. A problemática subsiste mesmo em caso de uma resposta afirmativa.

(1),(2) e (3) Ver tópicos a seguir.

<sup>4</sup> Expressivos exemplos dessa forma de pensar podem ser identificados em P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (5a. ed. 1911) I p. IX s.; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (3a. ed. 1921) p. 20, 50 s.; C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), p. 22 s.

<sup>5</sup> Cf. v.g. G. Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, edição reduzida, agora, in: *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (1958), p. 279 s.; H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung* (1953), p. 33; Chr. Grafv. Crockow, *Die Entscheidung* (1958), p. 65 s.

<sup>6</sup> V.g. : G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, cit. , e *Allgemeine Staatslehre*, p. 359; C. Schmitt, *politische Theologie* (2a. ed. , 1934), p. 18 s. Quanto à crítica ao Formalismo e ao Positivismo, o necessário foi dito já à Época de Weimar, principalmente por E. Kaufmann, R. Smend, H. Heller e G. Holstein. Cf. , a propósito, as referências bibliográficas indicadas na nota 7 e, particularmente, ainda H. Heller, *Bemerkungen zur staats - und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, AÖR NF 16 (1929), p. 321 s., em especial p. 343 s.

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.

Mas, – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. 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 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.

2. Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação<sup>7</sup>. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades

---

<sup>7</sup> A despeito de todas as diferenças de ponto de vista, essa concepção da estrutura do direito não se perdeu no passado recente e no presente. Cf. v.g. O. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien* ZgesStW 30 (1874), p. 159; E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* (2. ed., 1925), p. 31 segs; 281 segs; E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus* (1911) passim, especialmente p. 102 s., 107 s. 115, 125 s. 129 s.; idem, *Untersuchungsausschu und Staatsgerichtshof* (1920), p. 68; resumindo e particularmente impressionante, com certeza, com uma tendência fundamental para harmonização: *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921) passim; D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (3a. ed., 1950); com particular clareza: H. Heller op.cit. e *Staatslehre* (1934) passim, particularmente, p. 184 s.; U. Scheuner, *Beitritt der Bundesrepublik zur europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Grundgesetz, Rechtsgutachten in: Der Kampf um den Wehrbeitrag II* (1953), p. 101 s.; idem, *Grundfrage des modernen Staates in: Recht, Staat und Wirtschaft III* (1951), p. 134; J. Wintrich, *Ober Eingenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet* (1952), p. 229; G. Dürig., *Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AÖR 79* (1953/54), p. 67 s.; Idem, *Der deutschem Staat im Jahre 1945 und seither, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 13* (1955), p. 33 s.; G. Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, cit. p. 280 s. A teoria da integração (Integrationslehre) esforça-se para realizar uma aproximação entre norma e fato e reduzir, assim, a necessária tensão entre ambos, tal como ressaltado por R. Smend (Artikel “Integrationslehre” in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, V, p. 301), na medida em que ela vislumbra o problema como uma “questão concernente à substância específica do Estado como objeto de disciplina jurídica na Constituição” (R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen* (1955), p. 188).

e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.

Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade. Não se trata, à evidência, de revelação nova. Ela permanece uma obviedade para a Teoria do Estado do Constitucionalismo, para a qual uma separação entre a Constituição jurídica e o Todo da realidade estatal ainda se afigura estranha. Se estou a analisar corretamente, esse entendimento encontra a sua mais clara expressão nos escritos políticos de Wilhelm Humboldt.

“Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se”. Em outros termos, 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. (...) “Cuida-se de uma consequência – acrescenta ele – da natureza completamente singular do presente”, (aus der ganzen Beschaffenheit der Gegenwart). “Os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e modificação do objeto mesmo a que se dirigem. Assim, podem eles tornar-se duradouros e ganhar utilidade. Do contrário, ainda que sejam executados, permanecem eternamente estéreis... A razão possui capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas; a razão verdadeiramente sábia empresta-lhe estímulo, procurando dirigi-la. Ela mesma permanece modestamente estagnada. As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las<sup>8</sup>”.

Na monografia sobre a Constituição Alemã, de dezembro de 1813, desenvolveu Humboldt as seguintes reflexões. “As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material* de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência<sup>9</sup>”.

Com essas assertivas, logrou Humboldt explicitar os limites da força normativa da Constituição. Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexiste força a ser despertada – 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

---

<sup>8</sup> Ideen der Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt (1791), Ges. Schriften, organizado pela Preussische Akademie der Wissenschaften I (1903), p. 78 (Grifos meus).

<sup>9</sup> Ges. Schriften 11. p. 99.

ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

Definem-se, ao mesmo tempo, a *natureza peculiar* e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição. A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade<sup>10</sup>. Em outras palavras, a força vi tal 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 relações da vida.

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade<sup>11</sup>. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa 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*).

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também 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. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade<sup>12</sup>. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas

---

<sup>10</sup> Ideen zu einem Versuch, die Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Ges. Schriften I, p. 244, 245; Vgl. auch Denkschrift über Preußens ständische Verfassung (1819) Ges. Schriften 12, 232.

<sup>11</sup> Com acerto observa G. Ritter sobre esse pensamento de Humboldt, que, estranhamente, nele se encontra muito pouco sobre uma vontade criativa capaz de estabelecer grandes metas e de lutar para a superação de resistências. De qualquer forma, cogita-se muito mais de uma inteligente adequação a uma realidade (Stein - II - p. 260). Também R. Smend (Art. Integrationslehre, p. 301) ressalta enfaticamente os perigos de uma concepção constitucional que enfatiza, unilateralmente, o significado das leis imanentes da matéria e que empreste pouco significado à vontade de conformação.

<sup>12</sup> H. Heller, AöR NF 16, p. 341, 353.

como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.

3. A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionado-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Tentarei enunciar, de forma resumida, alguns desses requisitos mais importantes.

a) 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.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas 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<sup>13</sup>. A “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados.

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

---

<sup>13</sup> O fato de a Constituição americana estar assentada nesse princípio configura não a única, mas, certamente, a fonte essencial de sua incomparável vitalidade.

Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição, “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. 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, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado<sup>14</sup>”.

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.

Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. 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.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

---

<sup>14</sup> Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung (3a. ed., 1931) p. VIII.

### -III-

1. Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao 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).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força 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. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. 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. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. 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.

2. Tudo isso não significa mais do que uma primeira orientação básica em relação aos problemas anteriormente enunciados. Essa orientação fornece, porém, uma resposta prévia às questões colocadas. A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do 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. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a

força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição.

Portanto, o Direito Constitucional não está obrigado a abdicar de sua posição enquanto disciplina científica. Se a Constituição jurídica possui significado próprio em face da Constituição real, não se pode cogitar de perda de legitimidade dessa disciplina enquanto ciência jurídica. Ele não é – no sentido estrito da Sociologia ou da Ciência Política – uma ciência da realidade. Não é mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista. Contém essas duas características, sendo condicionada tanto pela grande dependência que o seu objeto apresenta em relação à realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas constitucionais. Em verdade, esse fato mostra-se mais evidente na Ciência do Direito Constitucional do que em outras disciplinas jurídicas. A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. Para que as suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do “pensamento jurídico rigoroso”, através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica, ou de outra índole.<sup>15</sup> Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.

Isso significa que o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus *limites*. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites. A sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos acima enunciados. Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (Machtfragen).

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.<sup>16</sup> Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma

---

<sup>15</sup> R. Smend, Art. “Integrationslehre”, p. 300. 26

<sup>16</sup> W. Hennis ressaltou, corretamente, que, em face do fascínio exercido pela força normativa das relações fáticas, cabe à ciência a missão de “recordar o significado da força normativa da Norma”, (Meinungsforschung und repräsentative Demokratie (1957) p. 52; Cf. também W. Kägi, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, (1956), p. 741 s.

visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

#### -IV-

Tendo tido oportunidade de conscientizar-nos dessa problemática, tentarei, finalmente, demonstrar a sua relevância com base na análise da ordem constitucional vigente.

Pode-se imaginar que o *status* dominante repudia, de forma clara, todo e qualquer questionamento da Constituição jurídica. Em verdade, existem elementos que ressaltam o peculiar significado atribuído à Constituição jurídica na vida do Estado moderno. A política interna afigura-se, em grande medida, “juridicizada”. A argumentação e discussão constitucional assumem particular significado tanto na relação entre a União e os Estados, quanto na relação entre diversos órgãos estatais e suas diferentes funções. Embora elas pareçam, por natureza, refratárias a uma regulamentação jurídica, até mesmo as forças que imprimem movimento e direção à vida política – os partidos políticos – estão submetidas à ordem constitucional. Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular. O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado. A Constituição não ficou limitada a esses aspectos. Até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegura-se-lhe, através da jurisdição dos Tribunais Federais, uma posição de relevo.

Todo esse complexo não deve ser subestimado. Nós não devemos, todavia, olvidar que estamos colocados, de forma particular, diante do problema relativo à força normativa da Constituição. Tal como acentuado, a força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos atinentes à práxis e ao conteúdo da Constituição. Esses pressupostos não foram ainda totalmente satisfeitos.

Aquela posição por mim designada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) afigura-se decisiva para a práxis constitucional. Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. Evidentemente, essa tendência afigura-se tanto mais perigosa se se considera que a Lei Fundamental não está plenamente consolidada na consciência geral, contando apenas com um apoio condicional<sup>17</sup>.

Não menos significativo afigura-se o questionamento da força normativa de várias disposições constantes da Lei Fundamental. Muitas vezes foram ressaltadas as tensões existentes entre o Direito

---

<sup>17</sup> As cétricas observações de W. Kägi (op. cit. p. 762 e s.) demonstram que essa constatação expressa uma tendência geral, que não se limita à República Federal da Alemanha e à sua pouco tradicional Constituição. Anteriormente, H. Huber, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in: *Demokratie und Rechtsstaat*, in: *Festgabe für Z. Giacometti* (1953) p. 11 segs e, particularmente, W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates* (1945), p. 9 s.

Constitucional e a realidade constitucional no sistema da República Federal da Alemanha<sup>18</sup>. O exemplo mais conhecido – ainda que não constitua exemplo fundamental – refere-se ao art. 38, I da Lei Fundamental, no qual se estabelece que os deputados do Parlamento alemão são representantes de todo o povo, não estando vinculados a ordens ou instruções<sup>19</sup>. Embora passe muitas vezes despercebido, o perigo do divórcio entre o Direito Constitucional e a realidade ameaça um elenco de princípios basilares da Lei Fundamental, particularmente o postulado da liberdade. Este se torna um sério problema no contexto da profunda mudança de concepção de vida do homem moderno, resultante das condições impostas pela sociedade industrial<sup>20</sup>.

Aqui se encontra o presente confrontado, em toda profundidade, com a indagação sobre a efetividade das normas jurídicas no contexto de uma realidade dominada por correntes e tendências contraditórias. O questionamento da Constituição não decorre de um estado de anormalidade. Ao contrário da Constituição de Weimar, a lei Fundamental (Grundgesetz) – promulgada numa época de inesperado desenvolvimento econômico e sob a influência de relações políticas relativamente estáveis – não foi submetida a uma prova de força. Como referido, as situações de emergência no âmbito político, econômico ou social configuram a maior prova desse tipo para a força normativa da Constituição, uma vez que elas não podem ser resolvidas com base no exercício das competências convencionais previstas na Constituição. A Lei Fundamental (Grundgesetz) não está preparada para esse embate<sup>21</sup>.

Em virtude da experiência colhida com o art. 48 da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental (Grundgesetz) não adotou qualquer cláusula especial para o estado de necessidade. Para essas situações, dispõe ela apenas de competências isoladas e estritamente limitadas, que não se afiguram suficientes para arrostar situações de perigo relativamente sérias<sup>22</sup>. A questão sobre o estado de necessidade não precisava ser decidida definitivamente em 1949, uma vez que, nos termos do Estatuto de Ocupação, esse tema integrava as matérias reservadas à competência das Forças de Ocupação. Nos

---

<sup>18</sup> Cf. particularmente W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem* (2a. ed., 1958).

<sup>19</sup> A propósito, Cf. sobretudo: G. Leibholz, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*: in *Strukturprobleme* p. 78. segs; especialmente p. 112. Não se considera, todavia, que o art. 38 I da Lei Fundamental deve desempenhar uma nova e essencial função na moderna democracia instituída pela Constituição. Ele não está em contradição com o art. 21, senão que configura uma consequência desse dispositivo, particularmente do seu parágrafo 1º, 3º período, na medida em que assegura a democracia interna nos partidos, garantindo o desenvolvimento intrapartidário e o processo de livre formação da opinião pública. Esse aspecto foi ressaltado por O. Kirchheimer (*Parteistruktur und Massendemokratie in Europa*, AöR 79 (1953/54), p. 310 s., 315 s.)

<sup>20</sup> A propósito, principalmente, H. Freyer, *Das soziale Ganze und die Freiheit der Einzelner unter den Bedingungen des industriellen Zeitalters* (1957); E. Fechner, *Die soziologische Grenze der Grundrechte* (1954), R. Guardini, *Das Ende der Neuzeit* (1950), p. 66 s.

<sup>21</sup> Cf. a propósito: K. Hesse, *Ausnahmezustand und Grundgesetz*, DöV 1955, 741 s. A crítica desse artigo por A. Hammann (*Zur Frage eines Ausnahme- oder Staatsnotstandsrechts*, DVBl. 1958, p. 405 segs) não levou em conta os objetivos visados por esse trabalho. Trata-se de uma tentativa de esclarecer a problemática fundamental e suscitar discussão a propósito, antes de examinar questões particulares. Por isso, fiz, na introdução do trabalho, uma apresentação exemplificativa e não um catálogo exaustivo das possíveis situações de emergência, acentuado que, hodiernamente. Esses casos não se deixam mais determinar previamente (p. 741 s.). Não me pareceu, portanto, decisivo emprestar uma determinada conformação ao direito do estado de necessidade (*Recht des Ausnahmezustandes*), afigurando-se-me suficiente que o problema seja identificado e levado a sério.

<sup>22</sup> Es ist eine Verharmlosung, negar esse fato, como faz o A. Hammann (DVB1. 1958, 406); Não deveriam ser desconsideradas aqui as experiências estrangeiras. Não deve causar admiração que uma perspectiva limitada à existência da norma acabe por escamotear o problema da força normativa da Constituição.

termos do art. 5º II do Tratado sobre a Alemanha (Deutschlandsvertrag), essa reserva somente haverá de extinguir-se quando as autoridades alemãs receberem a correspondente autorização legal, passando a dispor de condições para enfrentar sérios distúrbios da segurança ou da ordem pública (II).

Essa autorização não existe, subsistindo, portanto, a cláusula autorizativa da intervenção das Forças de Ocupação. Todavia, ela somente deveria tornar-se atual em caso de uma ameaça externa ou de uma agressão contra a República Federal da Alemanha. Outros casos de ameaça para a ordem e segurança públicas ou para a vida constitucional, decorrentes, por exemplo, de profunda crise econômica (wirtschaftlicher Notstand), não foram contemplados, pelo menos em primeiro plano, pelo art. 5º do Tratado sobre a Alemanha (Deutschlandsvertrag). Resta indagar se as três Potências, eventualmente, farão uso de seu poder de intervenção. Não se pode, portanto, negar que, ressalvadas as exceções referidas, a República Federal da Alemanha não dispõe de um estatuto jurídico sobre o estado de necessidade (III).

Sem dúvida, a existência de competência excepcional estimula a disposição para que dela se faça uso. Esse perigo existe. Maiores riscos poderão advir, todavia, da falta de coragem de enfrentar o problema. Trata-se de um terrível engano imaginar que, por não ser esperada, uma ameaça não se deverá concretizar. Caso se verifique essa situação, faltará uma disciplina normativa, ficando a solução do problema entregue ao poder dos fatos. As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (Not kennt kein Gebot). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (Grundgesetz) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos (Macht der Fakten). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.