



## **AFIRMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO EM KONRAD HESSE<sup>1</sup>**

**Flávio Pansieri<sup>2</sup>**

**Rene Erick Sampar<sup>3</sup>**

**RESUMO:** o presente artigo tem como objetivo analisar o constitucionalismo democrático sob o prisma da força normativa, postulado estabelecido por Konrad Hesse no conhecido debate fixado com as ideias de Ferdinand Lassalle. Por meio da revisão bibliográfica de diversos autores, especialmente o texto “A Força Normativa da Constituição”, o texto relaciona os postulados de Hesse com a teoria democrática contemporânea, de modo a estabelecer um diálogo acerca de algumas questões político-sociais que têm sido colocadas na atualidade. A partir da revisão bibliográfica de Konrad Hesse e de outros autores necessários à compreensão do tema, busca-se relembrar a importância e a atualidade de sua teoria constitucional e democrática para o fortalecimento das instituições jurídicas e políticas que nos foram legadas.

**Palavras-chave:** Konrad Hesse. Força Normativa da Constituição. Vontade de Constituição. Constitucionalismo. Regime Democrático.

**ABSTRACT:** the purpose of this text is approach democratic constitutionalism under the prism of normative power, postulated established by Konrad Hesse in the well-known debate set with the ideas of Ferdinand Lassalle. Through the bibliographical review of several authors, especially the text "The Normative Power of the Constitution," the text relates the postulates of Hesse with contemporary democratic theory, establishing a dialogue about some political-social issues of presente time. From the bibliographical review of Konrad Hesse and other jurists, required to the comprehension of thematic, the aims is remember the significance and actuality of his constitutional and democratic theory specially for strengthening of the legal and political institutions that were bequeathed to us.

**Keywords:** Konrad Hesse. Normative force of constitution. Will of the constitution. Constitutionalism. Democratic Regime.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 20/02/2019 e aprovado em 01/07/2019

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito (USP). Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Direito (USP). Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente do Conselho Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TSE. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus de Curitiba. Advogado. E-mail: pansieri@pansiercampos.adv.br. ORCID: orcid.org/0000-0003-4025-4534.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito (UFSC) Mestre em Filosofia Política (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC) e em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Graduado em Direito (UEL). Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral do TSE. Professor. E-mail: renesampar@msn.com. ORCID: orcid.org/0000-0003-2734-5415.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo desenvolver a teoria de Konrad Hesse, jurista alemão conhecido principalmente pelo texto intitulado *A Força Normativa da Constituição*. Para alocar a sua teoria no vértice da história constitucional, tratar-se-á inicialmente do jusnaturalismo e juspositivismo, tradições jurídicas que operam leituras do direito de modo antitético. Esta tradicional leitura da história do direito serve de pressuposto para a compreensão do constitucionalismo no século XX.

Tendo por base estas distintas formas de pensar, busca-se construir a teoria de Hesse como importante contribuição rumo à consolidação do ideal constitucional, cujo apogeu se verifica no século XX. A Constituição, neste sentido, é a ponte que une tais tradições de pensamento, tendo por base o primado da lei: suas funções precípua são a criação e manutenção da unidade política e a manutenção do ordenamento jurídico.

Em prol de sua eficácia e consolidação do direito constitucional, Hesse tinha como imprescindível a força vinculante das normas constitucionais de modo a se estabelecer a vontade de Constituição, ou seja, quando todos os entes sociais se comprometem com a ordem estabelecida pelo texto constitucional vigente. Isto não significa que Hesse defendia a imutabilidade de seu texto, mas exortava para a responsabilidade coletiva na manutenção do Estado constitucional.

Por fim, o artigo desenvolve a relação complementar que se estabeleceu no ocidente entre direito constitucional e democracia.

## 2. Jusnaturalismo e juspositivismo: substrato das fundações constitucionais

A discussão jurídica mais eminente até o reconhecimento da força normativa da Constituição é aquela estabelecida entre jusnaturalistas e juspositivistas. Trata-se de alguns séculos de embates entre modos diametrais de conceber a fonte e o alcance do Direito. A relação entre estas duas formas de pensar as questões jurídicas não é recente: em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles afirma que “da justiça política, uma parte é natural e outra parte é legal” (ARISTÓTELES, 1984, p. 131). Ainda que não seja recente, este importante debate marca ainda hoje a afirmação do postulado legal que guarda relação de existência com o fortalecimento constitucional perpetrado por Hesse.

Com efeito, os pensadores jusnaturalistas de modo geral reconhecem a existência de direitos e deveres naturais pertencentes aos indivíduos. Isto significa que tais direitos não se confundem com aqueles outros reconhecidos pela ordem jurídica. A importância de se traçar esta diferença encontra vazão quando se passa a observar o aspecto da validade: enquanto um direito positivado é válido a partir do Estado e no cerne de sua jurisdição, o direito natural fixa sua validade em si, devendo prevalecer sobre normas positivas. Tal preceito pode ser vislumbrado claramente na tragédia grega de Antígona, na qual a irmã questiona a validade do edito real que proibia o sepultamento de seu irmão (Polineices) recorrendo aos deuses, cujas regras vigem desde os tempos mais remotos e são superiores às normas produzidas pelos humanos<sup>4</sup>.

Maneira primitiva de alicerce para a ordem jurídica do Estado? Não exatamente. É preciso lembrar que o pensamento jusnaturalista foi essencial para a formação do Estado ao extrair elementos teológicos e místicos na justificação do Direito. Guido Fasso (1966, p. 79) comenta que Hugo Grócio foi o primeiro autor que questionou os dogmas da religião ao enaltecer a autonomia da vontade humana no jusnaturalismo. Em que pese Grócio ser apontado erroneamente como arauto do direito internacional, já que antes dele Francisco de Vitória<sup>5</sup> havia enunciado a tese da *communitas orbis*, sua obra marcou época para as teses internacionalistas.

O juspositivismo, por sua vez, é uma forma de pensar oposta ao jusnaturalismo. Tal dualismo pode ser expresso pelo debate entre o mundo visível da realidade e os valores transcendentais inteligíveis (invisíveis). Como na tese platônica das ideias, o direito natural parte da existência de um lócus, acessível pela reminiscência, em que residiriam ideias perfeitas de justiça, liberdade e felicidade. O problema é que não há tal alegoria. Consoante Hans Kelsen, o direito positivo seria supérfluo se houvesse uma forma de justiça perfeita a guiar a vida de todos. Com efeito, a atividade do legislador “valeria a uma tola tentativa de criar iluminação artificial em pleno sol” (KELSEN, 1998, p. 18-19). Resta-nos, portanto, buscar alternativas imanentes para a resolução dos problemas sociais. É no direito que os juspositivistas colocam suas apostas.

---

<sup>4</sup> A este respeito, sugerimos: SÓFOCLES. *A Trilogia Tebana*: 8 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. Para relação com o jusnaturalismo, confira também: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 135-136.

<sup>5</sup> Este tema é desenvolvido em: FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. No mesmo sentido, indicamos também: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Soberania e ordenamento jurídico: um diálogo contemporâneo*. In PAGLIARINI, Alexandre; DIMOULIS, Dimitri (orgs.). *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

As diferenças apontadas podem ser esquematizadas com base em quatro aspectos distintos<sup>6</sup>:

- a) *Quanto à fonte*: enquanto o jusnaturalismo é dado pela natureza, o direito positivo parte de normas dadas por uma autoridade do Estado. Esta é a clássica noção dicotomia apresentada por Hugo Grócio entre *natura potestas* e *potestas populus*.
- b) *Quanto à validade de suas normas*: conforme já tratado, a fonte de validade do direito positivo advém do Estado e da relação hierárquica entre as normas; o direito natural tem validade em si, ou seja, trata-se um sistema normativo autossuficiente.
- c) *Quanto ao modo de acesso às suas prescrições*: os jusnaturalistas partem do pressuposto de que estas normas são acessíveis a todos os seres racionais. Logo, a razão é o seu meio de acesso. As normas positivas, por sua vez, são manifestações legislativas, fruto de procedimentos específicos para a sua criação.
- d) *Quanto à sua variação no tempo*: o direito natural é imutável enquanto o direito positivo é efêmero e pode ser alterado segundo o alvedrio das novas gerações.

Em resumo, o direito natural é tido como um sistema axiológico que se irradia sobre toda a ordem jurídica. Tem como escopo influenciar a interpretação de todo o sistema e, em especial, sobrepor-se a qualquer tipo de ordenamento positivo existente. O jusnaturalismo, deste modo, filia-se a uma corrente finalística que busca fortalecer um direito dentre os demais no afã de socorrer a sociedade de alguma debilidade própria – tal como a superação do estado de natureza identificado pelos autores contratualistas.

O substrato juspositivista se fixa na preservação e supremacia da legalidade tendo em vista o estabelecimento de uma ordem jurídica. Na visão tradicional de Hans Kelsen, o ordenamento é visto como um edifício normativo, de modo que seus pavimentos são regulados e distribuídos segundo a importância hierárquica de temáticas a serem abordadas. A justificação e sustentação de todo o sistema se funda na validade, do qual a norma superior valida a inferior até se atingir a norma fundamental (*Grundnorm*) que é o pressuposto lógico de validade de todo o sistema. Identifica-se, ainda, a força coativa própria do direito e a nítida separação entre o objeto da ciência jurídica, a norma, e os fatos contextuais que têm embutidos em si qualquer juízo valorativo.

---

<sup>6</sup> Confira: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 133-150.

Destes dois primados surgiram distintas doutrinas acerca do papel da Constituição, consoante aponta Jorge Miranda (2002, p. 495-497): concepções historicistas, de Edmund Burke, Joseph de Maistre e Otto Von Gierke; sociológicas, de Ferdinand Lassalle, Jean de Sismondi e uma fase de Lorenz Von Stein; marxistas; institucionalistas, de Maurice Hauriou, Georges Renard e Georges Burdeau; decisionista, de Carl Schmitt; estruturalistas, de Bruno Spagna Musso e José Afonso da Silva; decorrente da filosofia de valores, de Otto Bachof e Theodor Maunz.

### 3. Prolegômenos acerca da ascensão constitucional

O fortalecimento da Constituição como documento central do ordenamento jurídico dos Estados ocidentais é parte de um processo descontínuo e repleto de limitações, com especial exceção dos Estados Unidos da América. Dadas as suas características sociais e políticas, as colônias estabeleceram duas formas de união: a primeira aliança era uma confederação entre as colônias<sup>7</sup>, e foi considerado muito fraco por restarem poucas atribuições comuns. Este fato ensejou a forja do modelo federativo, característico pelo reconhecimento da União Federal, um ente alheio aos Estados-membros e com prerrogativas nacionais. Como a Constituição regulava as competências dos poderes da União em sua interação com os Estados federados, a necessidade de uma Suprema Corte foi pontuada já no texto constitucional<sup>8</sup>, tendo sido instalada ainda no ano de 1789.

No entanto, o mesmo não ocorreu na Europa, ao menos em se tratando do *locus* estratégico assumido pela Constituição em comparação a realidade norte-americana. A afirmação da ordem pública e fortalecimento das instituições estatais, especialmente o Parlamento, culminaram no fortalecimento e propagação da *rule of law* inglesa. O princípio da legalidade, que fora esboçado em muitos textos normativos pretéritos, não encontrava o respaldo suficiente para florescer em razão da concentração das funções de legislar, administrar o Estado e fazer justiça. A separação dos poderes, como sabemos, tornou-se

---

<sup>7</sup> O primeiro texto constitucional dos Estados Unidos são os *Articles of Confederation*, editado em 1777 e ratificado pela última colônia, Maryland, em 1781. Dez anos após sua criação foi realizada a Convenção da Filadélfia que deu origem ao atual texto de 1787, pautado no modelo federativo.

<sup>8</sup> Article III, Section I: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office. UNITED STATES SENATE. *Constitution of the United States*. Disponível em: < [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a1\\_sec3](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec3)>. Acesso em: 20/02/2019.

dogma para os liberais europeus<sup>9</sup> e norte-americanos dos séculos XVII e XVIII. Cesare Beccaria, famoso pensador do Direito Penal, afirmou em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, publicado em 1764, que as leis são a condição pelo qual os homens independentes e isolados se uniram em sociedade. Uma das consequências da primazia da legalidade é que somente por meio da lei é que se pode decretar uma pena, e a autoridade para esta definição pode residir tão somente no legislador, representante da sociedade unidade pelo contrato (BECCARIA, 1973, p. 07-10).

Todavia, consoante apontado, a história constitucional norte-americana é uma exceção. No caso francês, a Constituição não obteve força para se afirmar como o documento normativo central. Historicamente, o Código Civil napoleônico de 1804, que regulava a relação entre particulares e os assuntos inerentes à propriedade privada, tornou-se o principal documento jurídico entre os franceses, enquanto as sucessivas Constituições figuravam tão somente como cartas políticas desprovidas de força normativa<sup>10</sup>. Em se tratando do contexto brasileiro no século XIX, basta lembrar que Dom Pedro estabelecia uma fachada de monarquia constitucional, conservando em si um poder moderador que estendia os seus tentáculos sobre todos os demais.

Foi apenas no desenrolar dos séculos XIX e XX que a o texto constitucional se afirma como documento normativo fundamental. O contexto que se tem no início do século XX ainda não é absolutamente favorável no que diz respeito a sua prevalência em face aos demais documentos normativos e às próprias forças políticas e econômicas de cada país, tendo tal situação sido levada ao extremo com a multiplicação de governos autoritários na Europa na primeira metade deste século e na América Latina já na segunda metade do século. Ao longo da primeira metade daquele século, imperioso lembrar o profícuo debate constitucional sobre o modo pelo qual se realizaria a guarda do texto constitucional travado entre dois grandes

---

<sup>9</sup> Veja-se o principal emblema das revoluções liberais, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Seu art. 16 expressa claramente que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Confira: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 20/02/2019.

<sup>10</sup> Sob o *prima constitucional*, a ordem pública almejada a partir da Revolução Francesa tardou para ser alcançada. De 1791 a 1958 (texto atual), foram quinze Constituições diferentes adotadas pelos governos franceses. Cf. LEGIFRANCE. *La Constitution*. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution>>. Acesso em: 20/02/2019. Hannah Arendt (2011, p. 193-194) lembra a enorme diferença entre “uma Constituição imposta pelo governo a um povo e a Constituição pela qual um povo constitui um governo. Todas as Constituições redigidas por especialistas, sob as quais a Europa passou a viver após a Primeira Guerra Mundial, baseavam-se em larga medida nos moldes da Constituição americana e, tomadas em si, deveriam funcionar razoavelmente bem. Mas a desconfiança que sempre inspiraram nos povos submetidos a elas é historicamente documentada, bem como o fato de que, quinze anos após a queda do governo monárquico no continente europeu, mais da metade da Europa estava vivendo sob alguma espécie de ditadura”.

juristas germânicos – Carl Schmitt e Hans Kelsen<sup>11</sup>. Schmitt defendia a tese da guarda política, realizada pelo Chefe de Estado (Presidente do *Reich*). Kelsen acreditava que esta função era jurisdicional, devendo assim ser desempenhada por uma Corte Constitucional. Embora a tese de Schmitt tenha prevalecido na Europa no limiar do século XX, o modelo kelseniano foi adotado a partir do pós-guerra, tendo se tornado regra.

#### 4. Hesse e a Constituição

As discussões travadas até então são necessárias para introduzir o panorama o pensamento de Konrad Hesse, jurista notável por sua intransigente defesa em prol da ascensão da Constituição como o documento elementar dos Estados. Para ele, embora haja correntes de pensamento antitéticas em seus elementos caracterizadores, tais como o jusnaturalismo e o juspositivismo, o texto constitucional se constitui como a tábula sobre o qual os diferentes modos de pensar se fariam possíveis.

O primeiro aspecto caracterizador do constitucionalismo pensado por Konrad Hesse é o reconhecimento da historicidade que subjaz a toda Constituição. Em suas palavras, “só a consciência desta historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais”<sup>12</sup> (HESSE, 2009, p. 02). Com isto, sua visão contrasta com a de grandes juristas, como os da Escola Exegética francesa ou da Jurisprudência dos Conceitos alemã. Tal consideração tem valia quando se está em jogo o conceito de Constituição e, por via de consequência, seus desígnios e competências, pois um jurista que desqualifica a historicidade constitucional pode ler a Constituição somente como um conjunto de regras. Para Hesse, no entanto, seu significado vai além do mero estabelecimento de normas que criam e regulam a competência dos órgãos estatais e o papel dos indivíduos como legitimadores deste sistema. Ao reconhecer que a Constituição é histórica e, portanto, conecta-se diretamente às peculiaridades de cada contexto social e político, Hesse lembra que o ideal constitucional é um processo variável e inconcluso, haja vista a inexistência de um

---

<sup>11</sup> O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen pode ser melhor compreendido a partir da leitura dos dois textos originais. Confira: *O guardião da Constituição*, de Carl Schmitt e *Quem deve ser o guardião da Constituição*, de Hans Kelsen.

<sup>12</sup> A intenção do autor é se afastar daqueles que pensavam a Constituição apenas como uma norma, interpretação apartada de elementos axiológicos. Hesse continua com seu argumento, deixando esta questão mais clara: “Isso [a consciência da historicidade constitucional] é algo que não pode oferecer uma teoria geral e abstrata insensível, que não enquadre a constituição na realidade político-social e nas suas peculiaridades históricas. Tampouco a compreensão histórica pode prescindir, sem mais, da justificação e da configuração teórica. Mas semelhante teoria há de estar referida ao ordenamento constitucional concreto e à realidade que a Constituição está chamada a ordenar” (HESSE, 2009, p. 02).

modelo “perfeito” a ser colocado em prática. Sem este reconhecimento, bastaria a existência de um texto constitucional paradigmático que se aplicaria perfeitamente a qualquer país e regularia todas as condutas.

Assim, duas são as tarefas fundamentais de uma Constituição apontadas por Hesse (2009, p. 04-07): a primeira é a criação e manutenção da unidade política; a segunda é a manutenção do ordenamento jurídico. A primeira tarefa é política por excelência, ou seja, tem relação com a sociedade sobre a qual o texto constitucional incidirá. Neste caso, a Constituição demanda uma *função integradora*, que consiste no grau de adesão dos cidadãos ao seu próprio ente público e suas instituições. Embora pareça uma questão simples, na prática a pluralidade de vontades que tem sido potencializada pelos regimes democráticos desafia de modo constante o Estado, que necessita da legitimidade de seus cidadãos. Chantal Mouffe (1996, p. 171) nos lembra, a este respeito:

Abandonada a ideia racionalista de que é possível encontrar uma fórmula suscetível de harmonizar as diferentes finalidades dos homens, teremos de compreender que é radicalmente impossível uma sociedade da qual tenha sido eliminado todo o antagonismo.

Um consenso perfeito, que compreenda todas as diferenças possíveis dentro de um debate não se adéqua à democracia, uma mixórdia que a todo o momento está em tensão, jamais em perfeita harmonia. Não havendo a integração entre os anseios elementares dos cidadãos e o Estado pela via da representação política, a Constituição perde a sua força e pode vir a sucumbir. Por isso, Konrad Hesse lembra que o nascimento e a existência da Constituição estão ligados ao processo de integração nacional, ou seja, é necessário que os cidadãos se sintam responsáveis e defendam a existência da ordem jurídica constitucionalmente fundada. Este sentimento de pertencimento deve ser fortalecido pelas instituições estatais, cuja atuação respalda o poder público e fortalece o vínculo associativo daquele povo. Esta é a segunda função da Constituição: a de *organização*. Trata-se de regular a atuação do Estado no sentido de aprimorar o cumprimento de suas tarefas. O processo de incidência das normas constitucionais sobre os órgãos estatais é assim descrito pelo jurista:

A Constituição funda competências, criando, dessa maneira, poder estatal conforme o Direito com o alcance do respectivo mandato. É ela que regula, amiúde só em suas coordenadas fundamentais, os procedimentos que, dentro do possível, devem permitir a adoção de decisões adequadas. É ela que ordena as atribuições dos distintos órgãos estatais entre si, buscando conseguir, assim, que estes se complementem objetivamente, que se garanta a cooperação, a responsabilidade, o controle, a limitação do poder e, finalmente, que se impeça qualquer abuso de competências (HESSE, 2009, p. 05).

As funções de integração e organização, que compõem a primeira tarefa da Constituição (criação e manutenção da unidade política) caminham *pari passu*, uma vez que o êxito da ação do Estado demanda unidade política, ou seja, as pessoas não aderem às políticas do Estado caso não o legitimem. A segunda tarefa da Constituição é direcionar o ordenamento jurídico. Hesse parte da noção de que o ordenamento jurídico é imanente à vida em sociedade em um determinado território. Todavia, ele não se constitui como um fim em si: a questão não é simplesmente “ordenar por ordenar; o importante é o conteúdo dessa ordenação”. Em outras palavras, a atuação do Estado demanda justificação. Mas qual conteúdo seria adequado ao ordenamento jurídico? Refratário de um ponto de vista jusnaturalista ou juspositivista como solução dos países no século XX, Hesse aponta um conceito que esbanja imprecisão: o legítimo seria o “moralmente reto”.

A noção deste termo guarda relação com a historicidade inerente aos sistemas jurídicos, que permitiu que alguns direitos fossem aperfeiçoados e reconhecidos com o passar do tempo por meio de lutas históricas. Tais parâmetros normativos são denominados de cânones, modelos hábeis a configurar o presente e o futuro das gerações. Por exemplo: o direito à educação pública foi e ainda é objeto de disputas no Brasil. Sendo um cânone da atual geração e das próximas que virão, seria ilegítimo na visão de Hesse extirpar ou alterar de modo significativo tal prerrogativa dos brasileiros. Assim, pela tarefa de direção jurídica, a Constituição deve assumir os cânones sociais e lhes dotar de força vinculante, desenvolvendo-os da maneira mais convincente possível.

Portanto, as duas tarefas da Constituição versam sobre a criação e manutenção da unidade política e do ordenamento jurídico. O meio para o cumprimento destas duas tarefas são indicadas por Konrad Hesse como dois pressupostos: abertura e vinculação. O sistema constitucional não é fechado ou compreensível em sua plenitude: baseia-se, em especial, em princípios e normas de organização do Estado. Sendo aberto, o sistema permite um processo político livre, que comporta diferentes visões de mundo, o que amplia a vitalidade e capacidade de adaptação da própria Constituição às mudanças históricas<sup>13</sup>. Além disso, o pressuposto vinculante imanente à Constituição torna obrigatória a observância de suas normas, sejam elas materiais ou procedimentais.

---

<sup>13</sup> Este tema da capacidade/necessidade de adaptação do texto constitucional será retomado no ponto seguinte ao se falar da vontade de Constituição.

## 5. O postulado da força normativa

A partir desta noção, que: 1. reconhece o texto constitucional como documento normativo básico do Estado; 2. admite o elemento da historicidade como inerente a este documento; 3. e identifica as tarefas da Constituição, que deve ir além das discussões acerca de direitos naturais e positivados, parte-se para a discussão sobre a força vinculante das normas constitucionais. O embate intelectual estabelecido neste ponto conjuga duas visões estritas de mundo: a do ser, sociológica de Ferdinand Lassalle, e a do dever-ser<sup>14</sup>, política e jurídica de Hans Kelsen.

Este tema foi objeto de análise de Hesse em 1959, quando publicou o texto intitulado *A Força Normativa da Constituição*. Trata-se de apenas um artigo de poucas dezenas de laudas, mas que representa o ímpeto fulcral do direito constitucional moderno rumo a sua emancipação definitiva. O artigo gravita em torno da afirmação de Ferdinand Lassalle, da qual a Constituição pode não ter qualquer força quando se leva em conta os fatores reais de poder. Dito de outra maneira: qual seria o império do texto constitucional se a classe política ou social mais influente consegue usurpar o poder para satisfazer seus anseios pessoais? Ou ainda: a ordem constitucional dispõe de força vinculante para fazer valer a ordem legal fundada na Constituição quando os grupos mais poderosos buscam a todo custo lhe usurpar?

Na visão de Lassalle, se as classes mais influentes fossem capazes de subverter a ordem jurídica de modo a esvaziar os documentos normativos, especialmente a Constituição, então o texto constitucional seria uma mera *folha de papel* sem qualquer relevância prática no cotidiano social. Em síntese, ele expunha a fronteira entre o fortalecimento da Constituição como documento jurídico fundamental e a visão de Constituição política, sem força vinculante, que vigorou na Europa durante o século XIX. Tendo escrito seu texto um século após Lassalle, o ambiente do pós-guerra em que se inseria Konrad Hesse era mais propício a uma análise que atribuía preponderância normativa ao texto constitucional. Em que pese dispor de uma visão histórica de Constituição, o objetivo de Hesse não era somente depreciar a hipótese sociológica de Lassalle, mas ressaltar o aspecto constitucional normativo – a vontade de Constituição – sem olvidar do peso da realidade que o circunda.

Com efeito, Ferdinand Lassalle reafirmou o conceito sociológico de Constituição. Alinhado à crítica social marxista do século XVIII, o autor apontou que a “Constituição

---

<sup>14</sup> Os termos ser e dever-ser aqui utilizados não fazem referência ao pensamento de Hans Kelsen, mas foram utilizados em seu sentido filosófico comum.

oficial” abrigava em si o interesse de diversas outras “Constituições reais”. Em outras palavras, analisando o contexto e o perfil de cada sociedade, ao texto constitucional de um país se inserem inúmeras questões e correlações de poder distintas: poder político, econômico, militar, administrativo, social, intelectual, artístico, entre outros. Em sua essência, portanto, a Constituição apresenta um perfil político que representa os interesses sociais tendo em vista os fatores reais de poder que influenciaram a sua confecção. Por isto, na visão lassalliana, seu texto poderia não produzir efeito quando estivesse em choque com algum fator político, representando um empecilho a ser ultrapassado. Foi o que ocorreu com as Constituições brasileiras de 1934 e de 1946, derogadas, respectivamente, pelo Estado Novo varguista e pela ditadura militar de 1964.

Tal ponto a que Lassalle chama atenção está inserida no contexto dos séculos XIX e primeira metade do século XX na qual se verifica uma grande agitação intelectual acerca do significado de uma Constituição: seu conceito, sua extensão, suas características fundamentais e a eficácia de suas normas. A influência das ciências sociais fez com que Lassalle se fixasse no estudo da eficácia constitucional na sociedade. É preciso lembrar, contudo, que a natureza das primeiras constituições era liberal, de modo que tinham por finalidade geral o estabelecimento de limites ao poder do Estado. Sua virtude não era a transformação da sociedade com base em análises econômicas, como levadas adiante pelo pensamento social.

Konrad Hesse não desprezou a análise lassalliana. É notório o desafio em se estabelecer uma nova ordem jurídica em qualquer contexto social pelo necessário enfrentamento a pessoas e grupos que, de alguma forma, opõem-se às novas regras vigentes. Para Hesse: “a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais de Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática” (HESSE, 1991, p. 10). Ressalte-se, novamente, que o desprezo às peculiaridades inerentes a cada contexto nos faria crer que o texto constitucional produzido em um país poderia ser aplicado em qualquer outro contexto sem nenhum prejuízo.

Sabemos que esta pueril conjectura é de impossível realização. Por outro lado, a visão de Ferdinand Lassalle levada a um ponto extremo tende a bombardear a própria existência do Direito Constitucional<sup>15</sup>. Afinal, ao não acreditar que a nova ordem jurídica

---

<sup>15</sup> As indagações que motivam a pesquisa de Hesse (1991, p. 11-12) são: “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

pode transformar a realidade social, os lassallianos questionariam: de que valeria uma Constituição que é relativizada na primeira oportunidade? Com efeito, a noção de *força normativa* aduz para a potência intrínseca que deve brotar da Constituição, um estandarte a serviço da transformação de dada realidade. Sua análise parte de três premissas básicas: i) deve-se considerar um ponto de apoio entre o político e o jurídico; ii) deve-se, ainda, considerar os limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica; iii) com base nestes limites e possibilidades, deve-se conduzir a uma investigação acerca da eficácia constitucional.

Tentando estabelecer um ponto de equilíbrio dialógico com o pensamento lassaliano, Hesse parte do pressuposto de que não se deve separar completamente os âmbitos do ser e do dever ser, fazendo alusão expressa aqui a Hans Kelsen. Isto significa que o mundo fático e o mundo jurídico não podem caminhar completamente apartados, sob pena de, por um lado, valorizar-se sobremaneira o mundo fático e tornar a Constituição inócua, ou por outro lado, fixar o olhar na norma e encastelar o direito em qualquer lugar que não seja o mundo real. O estabelecimento de uma precisa comunicação entre estes polos diametrais tem sido o desafio dos juristas; e, para Konrad Hesse, a resposta vem do direito constitucional. Segundo ele, a norma constitucional cumpre este papel na medida em que “não tem existência autônoma em face da realidade”, isto é, “a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada que pretende ser concretizada” (HESSE, 1991, p. 14).

Neste sentido, a busca por uma justificativa para a primeira premissa apontada (deve-se considerar um ponto de apoio entre o político e o jurídico) é parte integrante da resolução da premissa seguinte (deve-se considerar os limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica). Ou seja, o constituinte pode (e deve) traçar objetivos de longo alcance (dever-ser), na medida em que o Direito deve se converter em um instrumento de transformação da realidade social. Não obstante, assim como a construção de qualquer edifício demanda a existência de sólidos alicerces que lhes dê sustentação, a Constituição precisa estar conectada à história da sociedade a qual regulará. Hesse, com tal afirmação, aponta-nos que a eficácia da norma constitucional depende de suas raízes históricas, para que o futuro projetado tenha conexão com o presente a ser vivido.

A questão da eficácia constitucional passa, igualmente pelo que Konrad Hesse denominou de *vontade de Constituição*, conceito que guarda relação com a terceira premissa

---

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?”

indicada (conduzir a uma investigação acerca da eficácia constitucional). A vontade de Constituição se origina em um processo composto por três pressupostos. O primeiro é a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, isto é, que seja capaz de proteger o Estado contra quaisquer arbítrios que coloquem em risco a sua autoridade. Em segundo lugar, a busca pela legitimidade estatal é constante, não se encerrando nos documentos normativos. Por fim, e talvez o mais importante para o momento histórico de Hesse, é que a ordem constitucional não dispõe de eficácia sem o concurso da vontade de seus cidadãos: para que produza efeitos, é imprescindível que a atitude dos cidadãos seja a de respeito e luta para o resguardo de sua autoridade e legitimidade (HESSE, 1991, p. 20).

Portanto, a Constituição deve unir as facetas histórica e jurídica, bem como estar alicerçada no presente para se projetar para o futuro. Na visão de Konrad Hesse, a observância destes fatores tendem a aumentar a sua força normativa. Para a proteção de seu texto, a Constituição deve estar preparada para se adaptar a mudanças: basear seus princípios em visões unilaterais de mundo é a melhor forma de sepultar a sua força normativa, conduzindo os cidadãos a não se sentirem responsáveis pela preservação dos enunciados constitucionais. Nas palavras do autor, quando a Constituição “tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade” (HESSE, 2009, p. 12).

Se a Constituição deve ter plasticidade para se adaptar ao tempo, reformas constantes, por outro lado, podem minar a sua eficácia, conduzindo-a, igualmente, à inoperância material, haja vista a existência de uma estrutura lógico-originária que, na visão de Hesse, deve ser mantida. Seu conteúdo é imperativo e assim deve ser encarado, pois “o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente não de viver sob ela” (HESSE, 2009, p. 13). O autor está apontando, neste caso, para a manutenção da ordem jurídica de modo a se evitar rupturas institucionais. Em suas palavras, “*toda Constituição é Constituição no tempo*”, logo, ela “só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob dadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe

a conservação de sua identidade” (HESSE, 2009, p. 13-14). Os meios que possibilitam a dilatação da norma é a mutação e a reforma constitucional<sup>16</sup>.

Em síntese, em seu conceito concretista de Constituição, Konrad Hesse aponta para a necessidade da vontade de Constituição, compromisso em prol de seus preceitos que permitirão o aumento progressivo da sua força normativa. Esta visão contemporânea do papel da Constituição em relação ao ordenamento jurídico é a continuidade do processo da supremacia da legalidade, em um capítulo seguinte que atrai para si os contornos e os apanágios próprios dos temas e das normas constitucionais. Na realidade dos fatores reais de poder, que pode não conhecer regras ou limites, a Constituição, aliada ao ideal democrático, adquire um papel estratégico de estabelecer regras conhecidas para o jogo que ocorre (e envolve) a sociedade.

## **6. A força normativa como esteio ao constitucionalismo democrático**

O fortalecimento do ideal democrático, que Hesse denominou vontade de Constituição, adquiriu grande relevância a partir da segunda metade do último século. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, os Estados Unidos se tornaram o principal polo de influência e hegemonia ocidentais, haja vista a Europa ter sido arrasada e repartida. Por um lado, os horrores dos conflitos potencializaram a adoção de normas internacionais para garantir os direitos humanos. Por outro lado, os Estados em seu âmbito interno precisavam partir de um epicentro normativo para se reerguer. A Constituição foi o instrumento normativo para esta transição em direção a algo novo, que pudesse transcender ao que foi visto e praticado na aguerrida primeira metade do século. Isto pode ser observado com a *Costituzione italiana* de 1947, a *Grundgesetz* de 1949 e a *Constitution française* de 1958. Posteriormente, Portugal (1976) e Espanha (1978) editaram as suas constituições, tão logo se desvencilharam dos governos ditatoriais.

Todos estes países editaram novos textos constitucionais com intuito de ampliar o catálogo de direitos fundamentais aos cidadãos. A Constituição, na linha conclamada por Konrad Hesse, adquiriu aos poucos o centro do ordenamento jurídico dos países europeus, como já ocorria nos Estados Unidos da América, ampliando a sua força normativa. O Estado

---

<sup>16</sup> Para aprofundar a discussão sobre mutação constitucional, confira: PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique *Mutação Constitucional à Luz da Teoria Constitucional Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

de Direito, fundado sobre os alicerces do liberalismo, previa a estruturação fundamental das funções e limitação do poder, além da garantia dos direitos individuais de primeira dimensão (liberdades negativas). A partir do pós-guerra, o ideal democrático se uniu ao constitucional mediante a questão da representação política e ampliação protetiva de direitos.

Por conseguinte, é preciso considerar o significado da democracia. Ao considerar a inexistência de um conceito preciso, pode-se afirmar que a Grécia é seu local de nascimento, tendo se fortalecido no período de Péricles. Sua etimologia origina-se de *demos kratos*, que designa o poder do povo, em oposição à concentração de poderes nas mãos de poucos ou de apenas um indivíduo. É ainda hoje notável a divisão legada por Aristóteles acerca das distintas formas de manifestação do poder: governo monárquico, aristocrático e republicano, e suas respectivas formas degeneradas, que são a tirania, a oligarquia e a democracia (ARISTÓTELES, 2006, p. 105-106).

A democracia ateniense, cujas condições pouco se assemelham ao contexto do Estado em que vivemos na atualidade, ainda é tida para nós como um paradigma idílico de participação direta e universal. Os liberais valeram-se desta fonte para enunciar os instrumentos políticos de cidadania, já os adaptando aos contextos e objetivos buscados na modernidade, quando da formação das ideias estatais<sup>17</sup>. Nas palavras de Celso Lafer (1980, p. 81-83), a tradição dos liberais resgatou a democracia da antiguidade para a modernidade, defendendo, entre seus postulados, a legalidade, o consentimento dos governados e a representação política tendo por escopo o perigo da tirania das maiorias, tema sempre trazido à baila por autores como John Stuart Mill<sup>18</sup> e Alexis de Tocqueville<sup>19</sup>, embora já conhecido por Aristóteles<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Confira: CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Revista de Filosofia Política da Unisinos, Porto Alegre, n. 02, p. 01-07, 1985.

<sup>18</sup> Em *Sobre a Liberdade*, John Stuart Mill (1963, p. 23) aponta para a possibilidade de uma minoria locupletar o poder tirânico dentro do Estado democrático oprimindo determinados grupos da população: “a tirania do maior número se inclui hoje, geralmente, entre os males contra os quais a sociedade se deve resguardar”.

<sup>19</sup> Alexis de Tocqueville em *A Democracia na América* (2005, p. 294), por sua vez, aborda especificamente o poder que a opinião da maioria poderia exercer sobre os cidadãos, limitando sua independência e, por via de consequência, sua liberdade. Assim como Mill, Tocqueville nutria preocupação com as limitações à liberdade de pensamento e expressão que poderiam surgir com uma sociedade erigida sobre padrões designados por uma elite. Para ele, é da essência da democracia estabelecer um governo cujas fundações apontam e se apóiam sobre uma maioria cujo poder pode ser absoluto; ou seja, as instituições democráticas somente possuem existência quando pautadas na maioria. Todavia, o autor não nutria profunda admiração por tal fato. Isto se justifica, de modo natural, pela sua tendência ao liberalismo clássico que pressupõe a guarida dos direitos do cidadão frente às intervenções do Estado. Por tal fato, seu diagnóstico pessoal acerca do governo das maiorias é muito compreensível: “considero ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria do povo tem o direito de fazer tudo”.

De modo geral, a democracia é um modelo de tomada de decisões públicas: unida ao constitucionalismo, passou a influenciar os Estados no que tange à fonte do poder (tomada de decisões), ao conteúdo dos direitos (o que se decide) e ao procedimento para atingir as finalidades desejadas (procedimento a ser tomado). Com o passar do tempo, no entanto, às discussões democráticas foram associadas indagações que versam sobre a garantia de direitos. Isto ocorreu por uma questão consequencial: se a democracia em linhas gerais indica a tomada de decisões por uma maioria, é necessário que se garanta a devida proteção jurídica aos direitos das minorias como reflexo mínimo dos próprios preceitos republicanos. Consoante Luís Roberto Barroso (2011, p. 40), buscou-se superar a questão democrática do governo da *maioria* para se estabelecer o governo *de todos*, incluindo-se minorias e grupos de menor expressão política. Por tal razão, Norberto Bobbio (2006, p. 40) afirma que o nível de enraizamento democrático em determinada sociedade não deve ser mensurado pela quantidade numérica de votantes em uma eleição, mas nos espaços em que se pode exercer de fato o direito de votar e discordar da opinião predominante.

Konrad Hesse (2010, 26-39), ao analisar o estatuto constitucional dos partidos políticos<sup>21</sup>, aponta os três valores democráticos fundamentais. O primeiro é a *legitimação popular*, que se expressa na tríade: unidade do povo, vontade popular unitária e a existência de um Estado personificado que permita e garanta aos seus cidadãos a livre manifestação de ideias e a organização da pluralidade. Hesse chama atenção dos países anglo-saxões que não possuem uma soberania do povo, mas para o povo. Somado à transparência na política, tal ambiente permite que eventuais minorias sejam respeitadas e que tenham condições de discutir suas pautas. O segundo valor é o da *igualdade*, aspecto que revela a importância dos partidos políticos, pois, inseridos no seio da sociedade, captam as discussões de base e as levam ao Legislativo. A igualdade se revela, ainda, na necessidade de preservação dos partidos políticos que não representam a maioria numérica da população, uma vez que a

---

<sup>20</sup> Conforme Aristóteles (2006, P. 163), no que tange à igualdade, a opinião dos democratas “abre caminho para a pilhagem. Se bastar ter maioria para ditar a lei, os indigentes confiscarão os bens dos ricos que estão em minoria”.

<sup>21</sup> Artigo 21 [Partidos] (1) Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A sua fundação é livre. A sua organização interna tem de ser condizente com os princípios democráticos. Eles têm de prestar contas publicamente sobre a origem e a aplicação de seus recursos financeiros, bem como sobre seu patrimônio. (2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou por em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a questão da inconstitucionalidade. (3) A matéria será regulamentada por leis federais. Confira: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 20/02/2019.

democracia enaltece a liberdade de viver, agir e pensar. Por fim, o valor da *liberdade*<sup>22</sup> exprime que a formação da vontade popular (que, no processo democrático, engloba a formação de candidatos, condução das campanhas e, quando eleitos, respaldá-los para a melhor representação popular) não deve coincidir (ou ser capturado) com segmentos estatais, como governo ou Poder Judiciário. Assim, Hesse exorta que os partidos políticos não podem se esquecer de quem os legitimou ao assumir funções governamentais.

Democracia, atividade política e garantia de direitos. Esta tem sido a questão política e jurídica das últimas décadas. Em busca de se encontrar uma via alternativa ao debate do juspositivismo e do jusnaturalismo, a nova leitura constitucional desde o pós-guerra busca incorporar ao juspositivismo elementos de uma teoria da justiça. É importante notar que a relação entre as escolas do juspositivismo e do jusnaturalismo é contínua e profícua, mesmo que em alguns momentos históricos estas doutrinas estivessem em claro atrito intelectual. Assim, é incorreto imaginar que há superação de um modelo em prol do outro: verifica-se apenas maior preponderância de um padrão em alguns momentos históricos. A emergência pela salvaguarda dos direitos conduziu à restauração dos postulados morais em meio às discussões jurídicas, rompendo-se com o ideal estritamente juspositivista normativista, ainda que ele resolva grande parte das questões jurídicas.

O reconhecimento da força normativa da Constituição como substrato fundamental para a efetivação dos direitos fundamentais conduziu à constitucionalização de direitos. Somada a autoaplicabilidade de parte das normas constitucionais – em especial dos direitos fundamentais –, tais fatos conduziram à ampliação da jurisdição constitucional, em especial pela criação de Cortes Constitucionais, ou com a ampliação de suas competências, como ocorreu com o Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas. A crescente demanda judicial ante a constitucionalização dos direitos “emancipou” o Judiciário, conduzindo-o a adquirir papel mais ativo, em oposição a visões tradicionais, como a de Montesquieu<sup>23</sup>.

Se por um lado a constitucionalização dos direitos permitiu uma reviravolta na compreensão de sua eficácia, por outro lado iniciou um complexo problema para a hermenêutica jurídica. Os critérios clássicos de resolução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e especial) e os instrumentos de interpretação tradicionais (gramatical, sistemático, histórico e teleológico) se tornaram inócuos no momento em que temas

---

<sup>22</sup> Na tradução italiana do texto, a expressão utilizada é *libertà nella realtà* e não somente liberdade, como utilizada no artigo.

<sup>23</sup> Confira: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

axiológicos vieram à tona e quando fora reconhecida normatividade aos princípios constitucionais, embora ainda sejam o critério fundamental para a quase totalidade dos conflitos jurídicos que ocorrem entre regras. Daí a importância das Cortes Constitucionais, que têm exercido o papel de instância ponderadora dos princípios (e anseios) colidentes.

É nesta medida que as discussões jurídicas iniciaram o século XXI, buscando a efetivação de direitos fundamentais e a gerência das situações decorrentes deste movimento. Diversos juristas têm se focado neste debate, sendo inúmeros os pontos de vista estabelecidos. Konrad Hesse já apontava, em 1959, a questão do custeio dos direitos sociais e a responsabilidade estatal para o futuro dos homens como grandes dificuldades a serem pensadas.

Afora tais discussões de ordem jurídica, o que não se pode negar é que a Constituição somada aos postulados democráticos constitui o instrumento atual que se dispõe tendo em vista a garantia de direitos sem abandonar o ideal do *rule of law* e da estrutura jurídica tradicional. As discussões trazidas por Hesse, em especial pela questão da força normativa das normas constitucionais, foram essenciais na ascensão deste documento normativo, que deu vazão a uma discussão infinda acerca dos direitos e obrigações dos cidadãos e dos Estados. Do reconhecimento, parte-se neste século XXI à garantia e preservação destes direitos e à construção de relações internacionais mais humanitárias e pacíficas. Talvez este seja o principal desafio do século posto a juristas, governantes e a todos os cidadãos.

## **7. Considerações finais**

Em face do exposto, a contribuição de Konrad Hesse foi observar a necessidade de a Constituição estar no centro do ordenamento jurídico, tendo sua força normativa reconhecida e sua validade garantida em prol da organização do Estado e da guarda dos direitos fundamentais. O ideal constitucional permitiu o desenvolvimento do regime democrático, baluarte da luta por direitos fundamentais.

Embora as discussões entre jusnaturalismo e juspositivismo não tenham cessado, algo que jamais ocorrerá, a Constituição representou uma junção estratégica entre estes dois modos de leitura do direito. Trata-se de uma fase seguinte, que tem como pressupostos o reconhecimento da validade da legislação e suas noções decorrentes, bem como dos direitos e princípios que subjazem a lei e brotam da sociedade.

Neste compasso, o século XXI tem sido um período de adequação e renovação da democracia liberal – fundada na participação representativa –, de luta por novos direitos, da pluralidade e, ao mesmo tempo, da busca por participação no processo decisório do Estado, um movimento que pode ser visto de modo especial na América Latina. Em termos gerais, tem-se buscado a aproximação entre dois polos: o encontro entre a garantia de direitos enunciada nos documentos normativos e a realidade social e política bem mais complexa que a teoria.

Deste modo, a vontade de Constituição pensada por Hesse deve ser um ideal que orienta a tensão imanente ao processo democrático: deve-se lutar pela garantia de direitos, mas sem desprezar as regras fundamentais do jogo; deve-se clamar pelo Estado em *locus* em que ele não se faz presente, mas sem quebrantar a ordem jurídica constitucional e democrática, arduamente reconquistada em países como o Brasil.

### Referências

ARENDDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Milano: Einaudi, 1973.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FASSO, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho**. Madrid: Piramide, 1966. (vol. 2, la edad moderna).

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Constituição e Direito Constitucional**. In *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **La Posizione Costituzionale Dei Partiti Politici Nello Stato Moderno**. Seregno, Herrenhaus, 2010.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **O moderno e o antigo conceito de liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980.

LEGIFRANCE. **La Constitution**. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution>>. Acesso em: 20/02/2019.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2012.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (vol. 1 – Leis e Costumes).

UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em:

<[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a1\\_sec3](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec3)>. Acesso em: 20/02/2019.