

Konrad Hesse/Peter Häberle: Um Retorno aos Fatores Reais de Poder

Inocência Mártires Coelho

Doutor em Direito, Presidente do IDP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Konrad Hesse: limites e possibilidades da força normativa da Constituição; 2 Peter Häberle e a assimilação hermenêutico-procedimental dos fatores reais de poder; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Proferida há mais de um século, permanece viva e atual a conferência de FERNANDO LASSALLE sobre a *essência* da Constituição, que ele considerava a soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação, aquela *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*.¹

Venerada como bíblia do sociologismo jurídico, desde que veio a público, essa palestra virou texto de leitura obrigatória em todos os quadrantes do constitucionalismo moderno.

Elogiado por uns e combatido por outros, sem que a ninguém seja permitido ignorá-lo, esse pequeno grande ensaio muitas vezes é assimilado com tanta *naturalidade* pelos admiradores de LASSALLE, que chega a *aparecer* nas obras desses seguidores sem o necessário registro de paternidade.

Descartada a hipótese de plágio, que se resolveria, se ainda fosse possível, em sede de direitos autorais, tem-se a impressão de que os *fatores reais de poder* – independentemente das crenças dos seus moradores – perambulam como fantasmas por todos os cômodos do edifício constitucional.

Como os inquilinos desse hipotético edifício a todo instante se vêem a braços com o problema das tensões – melhor diríamos dos conflitos – entre

1 Referindo-se à Prússia do seu tempo, FERNANDO LASSALLE apontava como *fatores reais de poder* – a que chamava *fragmentos de Constituição* – a *monarquia*, a *aristocracia*, a *grande burguesia*, os *banqueiros*, a *pequena burguesia*, a *classe operária* e, *dentro de certos limites*, também a *consciência coletiva* e a *cultura geral da Nação*. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stöcker. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 11-19.

Constituição e realidade constitucional, as idéias de FERNANDO LASSALLE impõem-se *naturalmente* à sua reflexão.

Despertando-os do sono idealista, aquelas breves lições de realismo jurídico, na medida em que são assimiladas, ajudam-lhes a compreender e a racionalizar os conflitos políticos e, por essa forma, a imaginar procedimentos que descartem as rupturas como única saída para as crises institucionais.

Nesse aspecto, como veremos afinal, as lições de LASSALLE têm o singular efeito de estimular os seus *discípulos*, confessos ou não, a procurarem saídas para aqueles impasses.

Já que o mestre não admitia as *acomodações* como soluções *políticas* para os conflitos entre a *Constituição escrita* e a *Constituição real*, e esses conflitos não podem ser ignorados nem suprimidos – nem muito menos ser reprimidos indefinidamente –, não restou aos seguidores de LASSALLE senão a alternativa de procurar *outras* saídas para esses impasses, fórmulas ou procedimentos jurídico-institucionais que, na medida do possível, prevenissem os confrontos e, nas situações de crise, pudessem impedir que, precisamente em razão deles, se cumprisse o *destino trágico* das *Constituições folha de papel*.

A esse propósito, quem se detiver no exame de duas obras contemporâneas da maior importância – *A força normativa da Constituição*, de KONRAD HESSE, e *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, de PETER HÄBERLE –, haverá de concluir, sem maior esforço, que as fórmulas apresentadas por esses juristas como soluções *modernas* para aqueles antigos problemas, embora de fabricação recente, são as mesmas *chaves* das mesmas e *velhas prisões*.

Por isso, o sucesso que eventualmente possam ter alcançado ao empreender a *sua* fuga parece ter decorrido muito mais da *identidade das fechaduras* do que da astúcia dos que lograram escapar daquelas prisões. É que, embora seguindo caminhos diversos, e não muito diferentes, o que HESSE e HÄBERLE fizeram, ao fim e ao cabo, foi *constitucionalizar* os fatores reais de poder, no que se mostraram sensatos e competentes.

O primeiro, pelo reconhecimento explícito de que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização;² o segundo, pela afirmação, como tantas outras de conteúdo semelhante, de que não apenas as instâncias *oficiais*, mas também os demais *agentes conformadores da realidade constitucional* – por-

2 *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

que representam um *pedaço* da publicidade e da realidade da Constituição³ – devem ser havidos como legítimos intérpretes da Constituição.

Pois bem: tendo diagnosticado as causas daqueles conflitos entre Constituição e realidade constitucional, em ordem a concluir que *os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas problemas de poder*,⁴ FERNANDO LASSALLE – certamente sem ter em vista esse objetivo – acabou por ministrar a juristas e cientistas políticos os mais eficazes remédios para combater as doenças que, vez por outra, acometem até mesmo os mais saudáveis organismos institucionais.

Sob esse ângulo, digamos, *terapêutico*, é que nos dispusemos a analisar aqueles dois excelentes ensaios, seja por seu indiscutível valor, seja porque seus autores recolocaram na ordem do dia, em perspectiva temporalmente adequada, a velha discussão sobre a importância dos fatores reais de poder na vida das constituições.

Na primeira dessas obras, assumindo posição declaradamente contrária à doutrina de LASSALLE – da qual, aliás, faz um resumo preciso na abertura do seu livro –, KONRAD HESSE afirma que as teses daquele ilustre sociólogo do direito mostrar-se-iam desprovidas de fundamento “se pudéssemos admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”.⁵

Em busca de argumentos para fundamentar a *autonomia* da Constituição jurídica e, assim, libertá-la das momentâneas *constelações de poder*, KONRAD HESSE sinalizou o caminho que se dispunha a percorrer, a partir da seguinte proposição:

“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.”⁶

3 *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12 e 33.

4 *A essência da Constituição*, cit., p. 49.

5 *A força normativa da Constituição*, cit., p. 11.

6 *A força normativa da Constituição*, cit., p. 11-12.

PETER HÄBERLE, por seu turno – ao que saibamos, sem fazer referência à obra de LASSALLE, nem sequer às expressões *fatores reais de poder* ou *fragmentos de Constituição*, que tornaram célebre o seu ancestral ilustre –, mas obviamente premido pela necessidade de *constitucionalizar* essas forças sociais, preconiza a construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* a partir do reconhecimento de que, além dos seus intérpretes oficiais – juízes e tribunais –, devem ser admitidos a interpretá-la todos os *agentes conformadores da realidade constitucional*, todas as *forças produtoras de interpretação*.

Até que ponto ou em que medida as idéias desses juristas contemporâneos descendem - em linha reta ou colateral - das reflexões de FERNANDO LASSALLE sobre os *fatores reais de poder* ou *fragmentos de Constituição*? É o que esperamos esclarecer nas páginas seguintes, a começar pela leitura de KONRAD HESSE.

1 KONRAD HESSE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Num trabalho escrito em 1990, um pequeno texto que se destinava, inicialmente, a servir de prefácio à citada edição brasileira de *A força normativa da Constituição*, tivemos ensejo de analisar essa obra de KONRAD HESSE precisamente sob a perspectiva, que lhe imprimiu o seu autor, de confrontar as suas idéias sobre a *autonomia* da Constituição jurídica diante da realidade constitucional, com as reflexões de LASSALLE sobre a presença dos *fatores reais de poder* na vida das constituições.⁷

Passados mais de dez anos da sua publicação, acreditamos que, no essencial, ainda se mostram consistentes as conclusões a que chegamos naquele estudo, as quais, por isso, reproduzimos a seguir:

- a) contrapondo-se a uma concepção, digamos, *mecanicista* das relações entre as forças sociais e a Constituição jurídica, KONRAD HESSE nos apresenta – com inegável vantagem sobre o determinismo sociológico de FERNANDO LASSALLE – uma abordagem que, até certo ponto, poderíamos considerar *dialética*, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sociopolíticas no surgimento e na sustentação da Constituição *folha de papel*, postula como *ponto de partida* para a análise dessas relações a existência de um *condicionamento recíproco* entre a Lei Fundamental e a realidade político-social que lhe é subjacente;
- b) trata-se de uma postura que, de resto, não apenas foi admitida, como até mesmo chegou a ser enfatizada por ninguém menos que

7 COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano 24, n. 96, p. 167-177, out./dez. 1990.

o velho ENGELS, quando disse que os ideólogos padeciam de uma *ignorância absoluta* sobre a *ação recíproca* existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos, condicionam;

- c) a par dessa visão dialética – em cujo âmbito, por sua própria natureza, ele não poderia desprezar qualquer dos fatores interagentes –, KONRAD HESSE sustenta que a força normativa da Constituição será *tanto maior* quanto mais ampla for a *convicção* sobre a inviolabilidade da Lei Fundamental e quanto mais intensa for a *vontade* de Constituição;
- d) na medida em que apela para esse *sentimento constitucional*, a construção teórica de KONRAD HESSE faz depender a eficácia da Constituição, igualmente, de um fator de natureza *axiológica*, isto é, do *respeito* que lhe devotarem os seus destinatários, especialmente aqueles que tenham poder de fato para violá-la ou destruí-la;
- e) por essa forma, ele despreza ou esquece seu ponto de partida – inegavelmente dialético – para assumir uma postura que se pode reputar claramente *idealista*, porque desloca a discussão sobre a eficácia da Constituição, do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, convertendo numa *questão de fé* o que muitos entendem ser apenas uma *questão de força*;
- f) essa a razão por que, a nosso ver, os escritos de KONRAD HESSE encarnam uma *nova crença* na Constituição, crença que o leva a redefinir até mesmo o papel da Ciência do Direito Constitucional, à qual atribui a tarefa *deontológica* de – explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível –, *realçar, despertar e preservar* a vontade de Constituição;
- g) neste ponto reside, se não a originalidade, pelo menos o aspecto mais significativo do seu pensamento, porque, ao exaltar o valor *intrínseco* da Constituição, ele lhe atribui um relativo grau de autonomia em face da realidade e, ao proclamar a necessidade de que ela se ajuste às condições históricas da sua realização, ajuda a viabilizar a sua energia normalizadora.

Por tudo isso, descontado o evidente exagero dessa assertiva, ousamos dizer que são irmãs gêmeas – embora com rostos muito diferentes – a *crença* de KONRAD HESSE e a *descrença* de FERNANDO LASSALLE na força normativa da Constituição.

2 PETER HÄBERLE E A ASSIMILAÇÃO HERMENÊUTICO-PROCEDIMENTAL DOS FATORES REAIS DE PODER

Como ponto de partida para as suas reflexões sobre a necessidade de se construir uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, PETER

HÄBERLE assenta algumas premissas, que desenvolve e detalha ao longo da sua exposição:

“A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma *sociedade fechada*. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema *Constituição e realidade constitucional*, então há de se perguntar, de forma decidida, sobre os agentes conformadores da *realidade constitucional*.

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la; toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional.

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Portanto, é impensável uma interpretação sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.

Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, eles não detêm o monopólio da interpretação da Constituição.”⁸

Traçadas essas diretrizes e esclarecido, pelo próprio PETER HÄBERLE, que não é possível se fixar em *numerus clausus* o elenco de intérpretes da Constituição – obviamente no âmbito de uma sociedade aberta, pluralista e democrática –, ele identifica alguns desses tradutores não oficiais do texto constitucional.

Sem prejuízo da precedência que atribui à jurisdição constitucional – até porque reconhece que a ela compete dar a *última palavra* sobre a inter-

8 A *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, cit., p. 12-15.

pretação –, PETER HÄBERLE afirma que devem ser reconhecidos como igualmente legitimados a interpretar a Constituição os seguintes indivíduos e grupos sociais:

- a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no *recurso constitucional*, como agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico*;
- b) outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte;
- c) órgãos e entidades estatais, assim como funcionários públicos, agentes políticos ou não, na suas esferas de decisão;
- d) pareceristas ou *experts*;
- e) peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais;
- f) partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juizes das cortes constitucionais;
- g) grupos de pressão organizados;
- h) requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;
- i) a *media*, em geral, imprensa, rádio e televisão;
- j) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político;
- k) os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;
- l) as escolas da comunidade e as associações de pais;
- m) as igrejas e as organizações religiosas;
- n) os jornalistas, professores, cientistas e artistas;
- o) a doutrina constitucional, por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação e, ao mesmo tempo, participar do processo nos diversos níveis de decisão.”⁹

Comparando-se esse extenso rol de *agentes conformadores da realidade constitucional* com os poucos *fatores reais de poder*, mencionados por FERNANDO LASSALLE, talvez possamos dizer que as novas *forças produtoras de interpretação*, agora identificadas por PETER HÄBERLE, a rigor constituem uma simples *especificação* ou *determinação* histórica daquele *núcleo inicial*, uma decorrência do próprio do desenvolvimento social e do aprimoramento do regime democrático – tendencialmente *pluralizante* e *individualizador* –, um evoluir em tudo semelhante ao processo de *conscientização* e *densificação* dos direitos humanos, em cujo âmbito a evolução consiste em se *reconhecerem* novos direitos, a partir de um *núcleo essencial*

9 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, cit., p. 20-23.

que, dialeticamente, vai se adensando e se expandindo em sempre renovadas especificações.¹⁰

Particularmente, no que respeita à legitimidade hermenêutica dessas forças produtoras de interpretação, PETER HÄBERLE afirma que, do ponto de vista de uma sociedade aberta e pluralista, devem ser considerados intérpretes qualificados da Constituição tanto o cidadão que formula um recurso constitucional, quanto o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento.¹¹

Nessa perspectiva, como pré-intérpretes da Lei Fundamental, realizam atos de interpretação constitucional tanto os atores da cena política, quanto os protagonistas do debate judicial, na medida em que, uns e outros, atuam no âmbito de processos que são conformados pela Constituição.

Como as suas opiniões, direta ou indiretamente, influenciam a jurisdição constitucional, em cujo âmbito atuam institucionalmente, esses intérpretes *adjuntos* chegam a ser tão importantes quanto os *titulares* da interpretação constitucional.

Mais ainda, se admitirmos, como sustenta o mesmo PETER HÄBERLE, que “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada”,¹² parece lógico reconhecermos - com apoio em HEIDEGGER¹³ e GADAMER¹⁴ - que essa pré-compreensão *social*, embora *extra-oficial*, é da maior relevância para a compreensão *estatal* da Constituição, na medida em que não pode ser descartada, de plano, só pelo fato de não provir de uma instância formalmente legitimada. Afinal de contas, ensina KARL LARENZ, a *consciência jurídica geral* não é a consciência particular de um misterioso sujeito - seja o povo, a comunidade jurídica ou mesmo a classe dos juristas -, mas antes, e pelo contrário, sempre a consciência de muitos indivíduos, mas que, como tais, estão numa constante comunicação entre si, unidos por certas concepções comuns do que é *justo e eqüitativo*.¹⁵ Na medida em que essa consciência jurídica é *geral e opera*, efetivamente, na compreensão do direito, como um todo, não há porque deixar de considerá-la, também, e com redobrado motivo, na compreensão do direito constitucional, em particular.

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62-63 e 127-128.

11 *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, cit., p. 23-24.

12 *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, cit., p. 13-14.

13 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988, parte I, p. 204-211.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Trad. Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993, v. I, p. 331-338.

15 *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 273.

Tendo em conta, por outro lado, que esses indivíduos e grupos desempenham, simultaneamente, quer a função de agentes conformadores da realidade constitucional, quer a de forças produtoras de interpretação, não seria exagerado dizermos que, por essa forma, eles *interagem* com a Lei Fundamental – cuja *essência* se manifesta na *experiência* da sua aplicação –, o que só reforça a necessidade de se *abrir* a leitura do texto constitucional para que dela participem, enriquecendo-a, todos quantos, agentes sociais, são verdadeiros *fragmentos* da Constituição.

Nessa perspectiva – tal como anotamos com relação à *crença* de KONRAD HESSE na *força normativa* da Constituição –, parece-nos evidente a *presença* das reflexões de LASSALLE também nas idéias de PETER HÄBERLE acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, muito embora ele não as tenha trazido à colação, nem mesmo quando anotou, criticamente, logo na abertura do seu ensaio, que até agora a teoria da interpretação constitucional esteve centrada nas questões relativas às *tarefas, objetivos e métodos* da interpretação, sem conferir maior significado ao problema dos *participantes da interpretação*, em que pese a sua importância como *agentes conformadores da realidade constitucional e forças produtoras de interpretação*.

O parentesco, no particular, entre esse dois juristas, um vínculo que apontamos mais em homenagem ao pioneirismo de LASSALLE do que em desfavor da obra de PETER HÄBERLE, reside no fato de que, pelo menos a nosso ver, apesar das diferenças de enforque e das preferências por nomes, tanto o velho militante socialista, quanto o moderno constitucionalista liberal, adotam a mesma perspectiva – sociológico-jurídica – para sustentar que a eficácia das constituições, como a das leis em geral, depende da correspondência entre o seu texto e a realidade que elas pretendem conformar; entre a superestrutura jurídica e a infra-estrutura social; entre a Constituição *folha de papel* e o conjunto das *forças sociais* que atuam na cena política, pouco importando as denominações escolhidas – *fatores reais de poder* ou *fragmentos de Constituição*, para o oitocentista FERNANDO LASSALLE; *agentes conformadores da realidade constitucional* ou *forças produtoras de interpretação*, para PETER HÄBERLE, nosso contemporâneo.¹⁶

16 Divergindo, com elegância, desse nosso ponto de vista, DIEGO VALADÉS afirmou o seguinte: “*En un sugerente ensayo, Mártires Coelho intenta relacionar las teorías de Lassalle, Hesse y Häberle. Se trata de un esfuerzo inteligente aunque no necesariamente convincente. Entre el discurso de Lassalle, de 1862, y el ensayo de Hesse, de 1959, se da una vinculación expresa; a su vez entre el trabajo de Hesse y el de Häberle, de 1975, existe también una conexión temática. Pero no encuentro elementos que evidencien un vínculo entre Lassalle y Häberle en este punto. El propio Mártires Coelho acepta (p. 80) que Häberle no hace referencia alguna a la obra de Lassalle*” (VALADÉS, Diego. *Estudo introdutório à obra de Peter Häberle*. El Estado constitucional. México: UNAM, 2001, p. XXIX). Ora, foi exatamente essa falta de referência às idéias de LASSALLE que nos levou a acentuar a existência de um parentesco, aliás bem próximo, embora não reconhecido, entre os *agentes conformadores da realidade constitucional*, de PETER HÄBERLE, e os *fatores reais de poder*, de FERNANDO LASSALLE. Talvez porque o próprio HÄBERLE – que já se considera, doutrinariamente, filho de HESSE e neto de SMEND – não queira ter LASSALLE como seu bisavô intelectual.

Apesar – ou por causa dessas *semelhanças de base*, impõe-se assinalar também as diferenças que estremam as duas abordagens, quando mais não seja para evitarmos o anacronismo de julgar o passado sob a perspectiva do presente e, a partir dessa distorção visual, manifestar espanto diante da *falta de imaginação* dos nossos antepassados, até mesmo daqueles mais intuitivos.¹⁷

Nessa ordem de preocupações, é de se registrar que FERNANDO LASSALE, preso a um *sociologismo* extremo e vivendo numa sociedade *fechada e homogênea*, não conseguiu vislumbrar saídas institucionais para os choques entre a Constituição *jurídica* e a Constituição *social*, a ponto de afirmar que “onde a constituição *escrita* não corresponder à constituição *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais cedo ou mais tarde, a constituição escrita, a constituição *folha de papel*, sucumbirá necessariamente perante a constituição real, aquela que traduz as verdadeiras forças vitais do país”.¹⁸

Já o mesmo não ocorreu com PETER HÄBERLE que, à luz da experiência acumulada *desde* LASSALLE, e favorecido pelo ambiente arejado de uma sociedade *aberta, pluralista e democrática*, pôde *imaginar* procedimentos que se mostram aptos a resolver aqueles impasses, exatamente porque implicam a assimilação das *forças vitais do país* no processo de tradução/formulação da vontade constitucional.

Firme na convicção de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada; que a norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito; e que a norma não é o pressuposto, mas o resultado da sua interpretação – verdades contemporâneas que soariam a blasfêmias ao tempo de MONTESQUIEU –, cuidou PETER HÄBERLE de abrir *janelas hermenêuticas* para que os agentes conformadores da realidade constitucional, as *forças vivas do país*, de que falava LASSALLE, pudessem entrar no processo constitucional formal e, por essa via, participar do específico *jogo de linguagem* no qual se decide – com eficácia contra todos e efeito vinculante – o *verdadeiro* sentido da Constituição, assim entendido não um sentido preestabelecido e a ser descoberto, *validamente*, apenas pelos *agentes oficiais* da interpretação, mas antes um sentido *elaborado* intersubjetivamente, por toda a sociedade, no âmbito de um espaço verdadeiramente público e republicano, ao qual tenham acesso, segundo procedimentos que racionaliz-

17 Sobre a falta de consciência de que o progresso humano é comparável a uma *corrida de revezamento*, da qual todos os membros da equipe participam *necessariamente* e, na medida das suas forças, colaboram para o resultado comum, vale relembrar as palavras de HEGEL, para quem tudo o que somos, somo-lo por *obra da história*, e o patrimônio da razão autoconsciente que nos pertence não surgiu sem preparação, nem cresceu só do solo atual, antes se caracterizando como *herança* ou, mais propriamente, como resultado do trabalho de *todas as gerações precedentes do gênero humano*. *Introdução à história da filosofia*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Coimbra: Arménio Amado, 1980, p. 38.

18 *A essência da Constituição*, cit., p. 41-42.

zem essa intervenção, todos quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelos veredictos da jurisdição constitucional.

Estrategicamente apresentados como simples pré-intérpretes da Constituição, ou, no máximo, como seus intérpretes coadjuvantes, pelas mãos de PETER HÄBERLE esses agentes conformadores da realidade constitucional, ao fim e ao cabo, desempenham o papel de co-autores da Constituição *integral* – *law in action* e *law in books* – daquela constituição que, na concretude da sua aplicação, mostra-se *vigente, eficaz e legítima*.

Esse o crédito, digamos, *pessoal e intransferível*, que há de ser lançado na conta de PETER HÄBERLE, um crédito que se mostra ainda mais significativo quando consideramos que as suas idéias, além de legitimarem o dissenso hermenêutico e racionalizarem as divergências de interpretação no marco do Estado constitucional de direito, ainda colaboram para o desarmamento dos contendores políticos e o aprimoramento da convivência democrática.

Não por acaso, embora sem insistir nesse ponto, ele nos fala do *diálogo jurídico* a que são compelidas as cortes constitucionais, isto é, daquela busca de entendimento a que são necessariamente conduzidos todos os participantes da interlocução constitucional, vale dizer, tanto os intérpretes *oficiais* da Constituição quanto as demais *forças produtoras de interpretação*.

Hermeneuticamente assimiladas, se forem devidamente consideradas – e na exata medida em que o sejam –, essas *forças pluralistas* da sociedade poderão transformar-se em fatores de mudança e, conseqüentemente, de estabilização social.

É que, à semelhança das grandes correntezas, que em princípio não devem ser represadas, mas que podem ser canalizadas para fertilizar o solo e/ou prevenir erosões, os *fatores reais de poder*, embora potencialmente conflitivos, quando chamados a operar no marco do Estado constitucional de direito, redirecionam as suas energias e, ao invés de subverterem as instituições democráticas, acabam por se tornar peças essenciais para a formação e preservação da unidade política, a que dão consistência e legitimidade. Nesse sentido, merece transcrição a seguinte passagem de HESSE, pela proximidade, no particular, entre as suas idéias e as reflexões pioneiras de LASSALLE, sobre as tensões e conflitos entre constituição e realidade constitucional:

“*Formação da unidade política* não significa a produção de um harmônico estado de consciência geral, nem em qualquer hipótese a eliminação das diferenças sociais, políticas ou de natureza institucional e organizativa, mediante um nivelamento total. *Essa unidade é inimaginável sem a presença e a relevância dos conflitos na convivência humana*. Os conflitos impedem a rigidez, o estacionamento em formas superadas; constituem – embora não apenas eles – a força motriz, sem a qual não ocorreriam as transformações históricas. A au-

sência ou a repressão dos conflitos pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente e sugere a incapacidade de adaptação às situações de mudança e à criação de formas novas. Chega então um dia em que a ruptura com o *statu quo* se faz inevitável e a comoção se torna mais profunda. Pois bem, é importante não somente que haja conflitos, mas também que esses conflitos surjam *regulados* e *resolvidos*. Não é o conflito, enquanto tal, que contém a forma nova, e sim o resultado a que ele conduz. Por si só, o conflito não permite o viver e o conviver humanos. Por isso, o problema não é dar lugar aos conflitos e seus efeitos, mas garantir (...) a formação e a preservação da unidade política, sem ignorar ou reprimir os conflitos em nome dessa unidade e sem sacrificá-la em nome desses conflitos.”¹⁹

Nesse contexto, o que significam, afinal, as chamadas *mutações constitucionais*? Nada mais, nada menos do que a *expressão hermenêutica* dos fatores reais de poder, vale dizer, das forças produtoras de *novas leituras* dos mesmos textos constitucionais, de adaptações criativas que tornam dispensáveis emendas, reformas ou revisões e, por essa forma, conservam e regeneram a força normativa das constituições.

Noutras palavras, onde se assimilam os *conflitos institucionais* e se acolhem as *mutações constitucionais* deles decorrentes, não resta espaço para mudanças textuais desnecessárias, nem muito menos para indesejáveis *erupções inconstitucionais*.

Que PETER HÄBERLE sabe disso, ninguém duvida, assim como ninguém acredita que, ao desenvolver as suas idéias sobre a *necessidade* de se *abrir* a interpretação das cartas políticas para todos os *agentes conformadores da realidade constitucional*, não lhe tenham aparecido – ou reaparecido – os *fatores reais de poder* que dão suporte às constituições.

CONCLUSÃO

Em resumo, e à guisa de fecho para essas breves considerações, ousamos dizer que, a despeito da sua inegável importância para o aprimoramento da jurisdição constitucional – o que todos reconhecem e proclamam –, não nos parece tão original a proposta de PETER HÄBERLE para a construção de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Isso porque, *descendente hermenêutico* das reflexões de LASSALLE sobre a interdependência entre *constituição* e *realidade constitucional*, o sociologismo jurídico que inspira o projeto de HÄBERLE tem o mesmo código genético dos *fatores reais de poder*, que há mais de um século aquele notável pensador político

19 Concepto y cualidad de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9

isolou no seu laboratório de pesquisas sociais e *identificou* como a *essência* da Constituição.

Por tudo isso, embora disfarçado com trajes hermenêuticos e apesar da *descrença* ou, até mesmo, da *contradita* dos fiéis seguidores de PETER HÄBERLE, acreditamos ter visto o *fantasma* de LASSALLE perambulando pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.