



Universidade de Brasília

Repositório Institucional da Universidade de Brasília
repositorio.unb.br



Este item está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

Você tem o direito de:

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



This item is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

You are free to:

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

Under the following terms:

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

No additional restrictions — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Konrad Hesse: limites e possibilidades da força normativa da Constituição. 3. Peter Häberle e a racionalização hermenêutica dos fatores reais de poder.

1. Introdução

Proferida há mais de um século, permanece viva e atual a conferência de Ferdinand Lassalle sobre a *essência* da Constituição, em que ele identificava a soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação com 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 em 1862, 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

¹ Referindo-se à Prússia do seu tempo, Lassalle apontava como fatores reais de poder – a que chamava fragmentos de Constituição – a *monarquia*, a *aristocracia*, a *grande burguesia*, 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*. Tradução de Walter Stöner. 2.ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1998. p.11-19.

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 *Constituição* e *realidade constitucional*, as idéias de Ferdinand Lassalle se impõem *naturalmente* à sua reflexão.

Despertando-os do sono idealista, aquelas breves lições de realismo jurídico, na medida em que são assimiladas, lhes ajudam 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 realização²; 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* – porque 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, Ferdinand 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 se mostrariam 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

² *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. Fabris, 1991. p. 14.

³ *Hermenêutica constitucional* : a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição : contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997. p. 12 e 33.

⁴ *A essência da Constituição*, p.49.

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

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”.

Peter Häberle, por seu turno – ao que sabemos, 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 Ferdinand Lassalle sobre os *fatores reais de poder* ou *fragmentos de Constituição*, é o que esperamos esclarecer nas páginas seguintes, a começar por Konrad Hesse.

2. 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*

⁶ Op.cit., p.11-12.

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 quase dez anos da sua publicação, acreditamos que, no essencial, ainda se mostram consistentes as conclusões a que chegamos naquele estudo, as quais 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 Lassalle –, uma abordagem que até certo ponto poderíamos considerar *dialética*, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas 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 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 Hesse faz depender a eficácia da Constituição, igualmente, de um fator de natureza *axiológica*, isto é, do *respei-*

⁷ Konrad Hesse : uma nova crença na Constituição. *Revista de Direito Público*, n. 96, p. 167-177, out./dez. 1990.

to 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 o seu ponto de partida, inegavelmente dialético, para assumir uma postura nitidamente *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 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, senão 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, descontados os exageros da assertiva, ousamos dizer que são irmãs gêmeas, embora com rostos diferentes, a *crença* de Konrad Hesse e a *descrença* de Ferdinand Lassalle na força normativa da Constituição.

3. Peter Häberle e a racionalização hermenêutica 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 Constituição⁸”.

Traçadas essas diretrizes e esclarecido, pelo próprio Häberle, que não é possível fixar-se 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 interpretação –, Häberle afirma que devem ser reconhecidos como igualmente legitimados a

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

interpretar a Constituição os seguintes indivíduos e grupos sociais:

“1) o recorrente e o 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*;

2) outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte;

3) os órgãos e entidades estatais, assim como os funcionários públicos, agentes políticos ou não, nas suas esferas de decisão;

4) os pareceristas ou *experts*;

5) os peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais;

6) os partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juízes das cortes constitucionais;

7) os grupos de pressão organizados;

8) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;

9) a *media*, em geral, imprensa, rádio e televisão;

10) a opinião pública democrática e pluralista, e o processo político;

11) os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;

12) as escolas da comunidade e as associações de pais;

13) as igrejas e as organizações religiosas;

14) os jornalistas, professores, cientistas e artistas;

15) a doutrina constitucional, por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação”.

⁹ Comparando-se os diversos “agentes conformadores da realidade constitucional”, da extensa lista de Häberle, com os poucos “fatores reais de poder” apontados por Lassalle, talvez se possa dizer que ela constitui uma *especificação* daquele núcleo inicial ou uma *determinação* histórica decorrente do desenvolvimento social e do aprimoramento do regime democrático – tendencialmente *pluralizante e individualizador* –, em tudo semelhante ao processo de *conscientização* dos direitos humanos, em cujo âmbito a evolução consiste, precisamente, na *especificação* de novos direitos a partir de um *núcleo essencial* que, dialeticamente, vai se densando e se expandindo em sempre renovadas especificações. Cf., a propósito,

À guisa de esclarecimento sobre a atuação hermenêutica dessas forças produtoras de interpretação, Peter Häberle sustenta que deve ser considerado intérprete 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 funcionamento¹⁰.

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 Häberle, que *toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada*¹¹, parece lógico reconhecermos – com apoio em Gadamer – que essa pré-compreensão *social*, embora *extra-oficial*, é da maior relevância para a compreensão *estatal* da Constituição.

Dado que, por outro lado, 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 Constituição, cuja *essência* se manifesta na *experiência* da sua aplicação.

Nessa perspectiva – tal como anotamos com relação à *crença* de Konrad Hesse na *força normativa* da Constituição –, parece-nos evidente a influência das reflexões de Lassalle também sobre as idéias de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

É que, apesar das diferenças de enfoque e das preferências por nomes, tanto o velho militante socialista, quanto o jovem constitucionalista liberal condicionam a eficácia das constituições à manutenção da sintonia entre o seu texto e a realidade que elas pretendem conformar;

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

¹⁰ Op. cit., p. 23-24.

¹¹ Op. cit., p.13-14.

entre a superestrutura jurídica e a infraestrutura social; entre a Constituição *folha de papel* e as *forças sociais*, quaisquer que sejam as suas denominações – *fatores reais de poder, fragmentos de Constituição, agentes conformadores da realidade constitucional* ou *forças produtoras de interpretação*.

Apesar ou em razão dessas *semelhanças de base*, impõe-se assinalar as diferenças que estremam as duas abordagens, quando mais não seja para que se evite 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 intuitivos¹².

Nessa ordem de preocupações, é de se registrar que Ferdinand Lassalle, 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 dias menos dias, a Constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”¹³.

Já o mesmo não ocorreu com Peter Häberle que, à luz da experiência acumulada desde *Lassalle* e favorecido pelo ambiente saudável de uma sociedade *aberta e pluralista*, 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

¹² 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 auto-consciente 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*. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. Coimbra : A. Amado, 1980. p.38.

¹³ *A essência da Constituição*, p. 41-42.

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* sob o *reinado* de Montesquieu e que, certamente, condenariam à morte quem ousasse proclamá-las –, cuidou Peter Häberle de abrir *janelas hermenêuticas* para que os agentes conformadores da realidade constitucional, as *forças vivas do país*, a que se referia Lassalle, pudessem *entrar* no processo constitucional formal e, por essa via, viessem a participar do específico *jogo-de-linguagem* no qual se decide – com eficácia contra todos e efeito vinculante – qual o *verdadeiro* sentido da Constituição.

Estrategicamente apresentados como simples pré-intérpretes da Constituição ou, no máximo, como seus intérpretes coadjuvantes, pelas mãos de 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, se mostra *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 de direito, ainda colaboram para desarmamento dos contendores políticos e o aprimoramento da convivência democrática.

Não por acaso, embora sem insistir nesse ponto, Häberle 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, os intérpretes *oficiais* da Constituição e as outras *forças produtoras de interpretação*.

Hermeneuticamente assimiladas, se forem devidamente consideradas, e na 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 confliti-

vos, quando chamados a operar no marco do Estado de direito redirecionam as suas energias e, ao invés de subverterem as instituições democráticas, acabam se tornando peças essenciais para a formação e preservação da unidade política, a que dão consistência e legitimidade.

Nesse sentido, mesmo forçados a uma citação relativamente extensa, achamos que vale a pena transcrever esta passagem de Hesse:

“*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 ausência 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”¹⁴.

Que significam, afinal, as chamadas *mutações constitucionais*? Nada mais, nada menos que a *expressão hermenêutica* dos fatores reais de poder, vale dizer, das forças produtoras das *novas leituras* de um mesmo texto constitucional. Onde se assimilam os *conflitos institucionais* e se acolhem as *mutações constitucionais* deles decorrentes, não resta espaço para erupções *inconstitucionais*.

Que Peter Häberle sabe disso, ninguém tem dúvida, assim como ninguém acredita que, ao desenvolver as suas idéias sobre a *necessidade* de se *abrir* a interpretação constitucional aos *agentes conformadores da realidade constitucional*, não lhe tenha aparecido – ou reaparecido... – o eterno fantasma dos *fatores reais de poder*.

Em conclusão, a despeito da sua inegável importância e do enorme crédito a que tem direito esse importante jurista, nós achamos que, bem examinado, não se mostra tão original o seu projeto de construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

É que, *descendentes hermenêuticas* das reflexões de Lassalle, as idéias que inspiram esse projeto possuem o mesmo código genético dos *fatores reais de poder*, que há mais de um século aquele pensador político *isolou* no seu laboratório de pesquisas sociais e *identificou* como a *essência* da Constituição.

Por isso é que, embora disfarçado com trajes hermenêuticos, acreditamos ter visto o fantasma de Ferdinand Lassalle perambulando pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

¹⁴ *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 9: Concepto y cualidad de la Constitución.

