

### 3

## Os Fatores Reais de Poder, a Força Normativa da Constituição e a Sociedade Aberta dos Intérpretes

*Questões constitucionais não são questões jurídicas, são questões políticas. É que a constituição de um país representa as relações de poder nele dominantes. (...) esses fatores reais de poder formam a constituição real do país, em face da qual a constituição jurídica, quando em confronto, sempre sucumbirá (LASSALLE, 2001).*

*A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição (HESSE, 1991).*

*“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” (HÄRBLE, 2002).*

Como toda boa referência feita a FERDINAND LASSALLE, seguindo o exemplo de KONRAD HESSE, é necessário ressaltar no discurso constitucional sua tese sobre a *essência da constituição* proferida na Berlin de 16 de abril de 1862.

A razão de tamanha imponente do pensamento de LASSALLE é tão simples e fria quanto a suma de sua tese: *existe uma outra constituição que rebaixa a jurídica ao status de folha de papel* (LASSALLE, 2001, pp.17-18), e *ela não é configurada por “direitos”, muito antes, ela é manifestação de poder, ou melhor, de fatores reais de poder.*

A constituição de um país é formada pelas forças reais que se colocam como forças dominantes, assim como o poder militar, o social, o econômico, o capital e o intelectual.

Neste sentido a tese de LASSALLE provoca a conclusão, por ele expressa, de que questões constitucionais não são questões jurídicas, ou seja, questões

de direitos, são questões políticas que, enquanto tais estão vinculadas, na sua funcionalidade, a um jogo que responde a comandos de poder, portanto comandos de força decisional (*jogos de força*).

A Constituição jurídica, aquela chamada por LASSALLE de constituição de papel, “finge” sua capacidade regulativa quando veste a constituição do poder, ou seja, a *constituição real do país*. É como uma luva vestida que, embora ganhe forma de mão, só ganha movimentos quando há algo que realmente tem o poder de movê-la. Sem esta condição real de movimento ela não passa de uma teia de lã morta. Não restam dúvidas para LASSALLE que, quando em conflito, o inanimado sucumbe frente ao animado.

LASSALLE, mais uma vez, é marcante ao afirmar que sempre a constituição real prevalece frente ao pedaço de papel chamado Constituição jurídica. Questões constitucionais não são questões jurídicas; são, na verdade, jogos de poder travados entre aqueles que os detêm. É o que ocorre em monarquias onde o rei capaz de, por si mesmo assegurar uma ordem sua mediante o uso de seus exércitos, o faz revogando tácita ou expressamente alguma disposição de lei em contrário, ou transforma sua pretensão em linguagem jurídica passando a fazer parte da constituição. Nesta linha estão os banqueiros e burgueses com o poder do capital, a aristocracia com o poder de barganha, e todos aqueles indiscriminadamente que detenham o elemento poder. Assim os fatores de poder podem (como sempre fizeram histórica e cotidianamente) tanto dar sentido temporário a uma disposição jurídica quanto revogá-la.

Com um realismo ímpar, calcado e confirmado pelas experiências históricas, LASSALLE concebe, com GEORGE JELLINEK<sup>1</sup>, que os processos políticos se movem segundo um ritmo próprio não estando com sua atuação restringida por formas jurídicas.

É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática (HESSE, 1991, p.10).

O Direito Constitucional, portanto, enquanto ciência, sofre um colapso já que se afirmar é justamente enfrentar aquilo a que sempre deve obediência: os fatores reais de poder ou, se soar melhor, a Constituição real de um país.

---

<sup>1</sup> Tendo em vista a magnífica suma que Konrad Hesse faz do trabalho de Lassalle, várias passagens são extraídas do texto de Hesse e não do de Lassalle. Ver HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p. 10.

Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção de Direito Constitucional, está figurada permanentemente uma situação de conflito: a constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de RUDOLF SOHM, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição (HESSE, 1991, pp.10-11).

Como conseqüência dramática, o efeito determinante exclusivo por parte da constituição real em face da constituição jurídica faz com que a ciência do direito constitucional assuma uma postura de ciência do “ser”, assim como o é a sociologia e a ciência política. A ciência do direito constitucional passaria inevitavelmente a ter apenas que observar e explicar a constelação sempre variável de relações de poder que sortidamente ocorreriam, em meio a jogos políticos travados, muitas vezes, em detrimento da Constituição Jurídica, e, assim, contra a própria idéia de direitos.

A ciência do Direito Constitucional, enquanto ciência normativa, deveria, enquanto ciência do “dever-ser”, ser capaz de servir às necessidades de justiça, fazendo projeções de pós-gnose e pró-gnose sobre uma ordem social ordenada equanimemente. Desde uma perspectiva assistente e conformadora (assumida em LASSALLE), a ciência do Direito, submetida ao bem-querer dos jogos de poder (constituição real), incumbir-se-ia da medíocre tarefa de oferecer justificativas/desculpas ao que determinassem as forças dominantes. *A ciência do direito constitucional seria uma comentarista da “Realpolitik”.*

LASSALLE, com seu realismo afirmado pela história, coloca em xeque o Direito Constitucional enquanto ciência do “dever-ser”, bem como conseqüentemente a teoria científica do Estado. Não o faz, entretanto, sem fundamento, afinal quem seria capaz de negar que realmente existe uma constituição real configurada segundo os fatores reais de poder? O que dizer quanto ao poder de travar uma guerra, mesmo contra convenções de direitos, como o fazem os Estados Unidos da América? Em que medida podemos negar que realmente normas só têm sentido na medida em que não colidem com interesses de grupos que representam verdadeiros fatores reais de poder?

Na verdade, LASSALLE parece chegar em um ambiente onde se discute Direito Constitucional e apresentar algo real, cruel e forte demais para ser encoberto: a evidência da força do poder, ou o poder da força.

Enquanto existirem jogos de poder, FERDINAND LASSALLE estará vivo no debate sobre a juridicidade da Constituição, para sempre colocá-la em posição de xeque, usando para tanto “*de sua própria essência*”. Será sempre incômoda porque o fundamento de sua tese parece estar no núcleo do gene da raça humana, o que a faz sempre cruelmente atual.

De outro lado da discussão, KONRAD HESSE, de forma firme, alerta para o fato de que, se pudermos “*admitir que a constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*” (HESSE, 1991, pp.10-11), então poderíamos dizer que a tese de LASSALLE perderia seu *sentido forte*.

Existiria, ao lado dos fatores reais de poder, uma força determinante que adviria do Direito Constitucional, da Constituição? Qual seria o alcance e fundamento desta força que seria imanente ao próprio Direito Constitucional e à própria Constituição?

Nas palavras de HESSE:

O conceito de Constituição Jurídica e a própria definição da ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem desta resposta. “(...) A questão que aqui se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”. A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição (HESSE, 1991, pp.11 e 24).

Assim, para evidenciar a força normativa da Constituição, HESSE coloca a necessidade de se afirmar: 1º) uma reconfiguração da relação existente entre Constituição jurídica e Constituição real, no sentido em que elas se relacionam reciprocamente; 2º) os limites enquanto critérios de possibilidade de realização da Constituição jurídica; e 3º) os pressupostos de eficácia da Constituição. Este é o esqueleto do projeto de HESSE.

No plano do *primeiro ponto* HESSE começa afirmando que a análise de um ordenamento em uma realidade só pode ser realizada mediante a observação da relação de reciprocidade que é travada entre estes dois planos co-integrados, ou seja, entre *normatividade* e *faticidade*.

Entender o plano normativo de maneira isolada significaria estar preso à bilateralidade do “*vigente*” e “*não-vigente*”, o que excluiria uma outra

possibilidade qualquer. Por outro lado, filiar-se apenas ao flanco do fático, é não visualizar a inteireza do problema ou não conseguir entender o significado de um ordenamento jurídico constitucional.

Estas posições representam um período marcado por filiações extremistas, como se “norma” e “fato”, “dever-ser” e “ser”, “positivismo jurídico” e “positivismo sociológico” tivessem necessariamente que ser uns a negativa dos outros. “*Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo*” (HESSE, 1991, p.14).

A pretensão de eficácia de uma norma somente se realizará se levar em conta condições que são extraídas do mundo real, tais como as condições históricas sobre as quais foram criadas, condições econômicas, sociais, perfil axiológico da sociedade, etc.

Há, contudo, de salientar-se para o fato de que a Constituição enquanto conjunto de normas de “dever-ser” tem autonomia e “*significado próprio*” (HESSE, 1991, p.15) (decorrente de sua pretensão de eficácia) frente às forças das quais resulta a realidade do Estado (forças políticas). “*A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia*” (HESSE, 1991, p.16). Pretender eficácia é pretender afirmação no real.

Os dois parágrafos anteriores, enquanto representações respectivas dos planos fático e normativo, querem introduzir o *segundo ponto*, mediante uma relação de *coordenação*. HESSE só se permite falar em pretensão de eficácia após afirmar que *faticidade* e *normatividade* têm necessariamente que se “entender”. “[...] ‘*Constituição real*’ e ‘*Constituição jurídica*’ estão em uma relação de *coordenação*” (HESSE, 1991, p.15).

Portanto, na medida em que uma Constituição não é apenas a manifestação de relações fáticas (mundo do “ser” \_ fatores reais de poder), mas é também um conformadora da realidade (portanto um “dever-ser”), podemos dizer que ela, sobretudo enquanto “*dever-ser*”, tem pretensão de ser eficaz, de ser obedecida, ou seja, de realmente ser determinante na formatação do desenvolvimento das práticas sociais.

Mas quais seriam (*respondendo ao segundo ponto*) os *limites aos quais estaria sujeita a pretensão de eficácia da Constituição*, ou seja, quais são os limites de sua força normativa? HESSE responde que tais limites decorrem do próprio relacionamento necessário entre a normatividade e a faticidade. Alias, é de se observar que esta relação está no centro de todas as três respostas

pertinentes às questões que HESSE coloca a si mesmo. Reconhecendo não se tratar de observação inédita, o faz com referência a WILHELM HUMBOLDT:

Nenhuma constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado \_ afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos \_ pode lograr êxito; somente aquela constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se. Em outros termos, somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. [...] os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e condição do objeto mesmo a que se dirigem. Assim, podem eles tornar-se duradouros e ganhar utilidade. Do contrário, ainda que sejam executados, permanecem eternamente estéreis... a razão possui a capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas. Toda Constituição deve encontrar um germe material de sua força vital [...]. Grifou-se (HESSE, 1991, p.16).

HESSE, em acordo com HUMBOLDT, vê, no correspondente fático da norma o “*germe*” de sua vitalidade, o limite da pretensão de eficácia da Constituição jurídica, ou, melhor dizendo, o germe identifica quais os caminhos o normativismo pode percorrer e sobre o que (em termos materiais) pode pretender eficácia, devendo, portanto, pretender apenas o futuro que se afine com a natureza do presente.

Assim um *germe* deve indicar uma necessidade; isso leva a uma necessidade/pressuposta de que um “*princípio da necessidade*” deve orientar a existência de normas constitucionais para que estas ganhem prestígio e consigam eficácia. “(...) *a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo* [...]” (Hesse, 1991, p.118). HESSE chama esta tarefa de “*adaptação inteligente*” (1991, p.19).

HESSE (1991, p.19) avança em direção a um dos pontos que marcou seu pensamento, qual seja, aquilo que chamou de “*vontade de constituição*”.

A norma constitucional busca fundamento para sua atuação na idéia de projeção futura das necessidades do presente. Mas HESSE assinala que a força normativa da constituição não decorre apenas de uma adequação inteligente de uma realidade do presente, porque ela mesma deve se tornar *fator de força ativa*, na medida em que “*ela pode impor tarefas*” (1991, p.19).

A eficácia da Constituição está a depender da realização destas tarefas que, por sua vez, estão a depender não apenas da vontade de poder, mas também, e, sobretudo, da “*vontade de constituição*”, (Hesse, 1991, p.19) ou seja, deve haver uma disposição por parte da sociedade de agir segundo esta ordem

estabelecida, agindo segundo ordens de conveniência na obediência à Constituição.

Essa vontade de constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem constituída pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade (HESSE, 1991, p.19).

Em suma, HESSE quer enfatizar que a sociedade permanentemente conforma a vida do Estado. Não entender esta relação representaria não apenas um problema da sociedade, mas também, um problema do próprio ordenamento.

Quanto ao *terceiro ponto* que diz sobre os pressupostos de eficácia de uma Constituição, este encontra seu fundamento no mesmo núcleo vital referido no segundo ponto: a natureza das coisas (*o germe vital*) é o que permite “*desenvolver de forma ótima*” (HESSE, 1991, p.20) a força normativa de uma Constituição, que tanto diz sobre a substância quanto à práxis.

HESSE enuncia algumas formulações sobre a Constituição como pressupostos de sua eficácia:

A) *quanto à teoria*: 1º) quanto maior for a conformidade do *conteúdo* da Constituição com a realidade presente, maior será sua força normativa; 2º) deve haver aptidão de adaptação a novas configurações do real; 3º) deve se limitar a poucos princípios fundamentais, com a capacidade referida no item anterior; 4º) deve, para ganhar mais força normativa, incorporar não apenas o que é majoritário, mas também seu contrário; 5º) direitos devem querer dizer obrigações, deve-se manter a forma de concentração de poder pela organização do Estado.

B) *Quanto à práxis*: 1º) Na *práxis* todos os participantes da vida constitucional devem possuir a vontade de constituição. Como WALTER BURCKHARDT, HESSE entende que essa *vontade de constituição* deve ser motivo, inclusive, para renúncia a alguns interesses momentâneos. Realmente este é um ponto com alta necessidade de esclarecimento, mas que HESSE não adentra satisfatoriamente; 2º) a freqüente revisão constitucional demonstra uma fragilidade da força normativa, o que representa um perigo a esta, devendo portanto ser evitada (a estabilidade é fundamental para a força normativa da Constituição); 3º) a interpretação é fundamental para a “*ótima concretização da*

*norma*”, o que, por sua vez, é o princípio que orienta a interpretação. Neste ponto HESSE é realmente abrangente e poderíamos dizer até surpreendente. HESSE vê na interpretação um papel mantedor da estabilidade e sobrevivência da ordem normativa. Já que esta deve ser capaz de acompanhar alterações na ordem do “ser”, e a frequência de revisões enfraquece sua força normativa, a interpretação, pelo contrário, na medida em que satisfaz as duas necessidades enunciadas, é sempre revigoradora da força normativa da Constituição, cabendo à interpretação “*concretizar de forma excelente, o sentido (sinn-ser) da proposição normativa*” (HESSE, 1991, pp.122-123).

A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da constituição por conseguinte de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente (HESSE, 1991, p.23).

HESSE encerra esta temática dando um caráter altamente auto-reflexido à ciência do Direito Constitucional, na medida em que entrega a esta o dever de demonstrar firmemente que questões constitucionais não se reduzem a questões de poder, cabendo ainda à ciência do Direito Constitucional, e isso é realmente avançado em termos de teoria do Direito, explicitar a forma pela qual as normas *Constitucionais podem alcançar o maior grau possível de eficácia*, fazendo-o mediante a exploração da dogmática e da interpretação Constitucional.

O Direito Constitucional pode ser entendido como algo responsável por sua própria garantia/estabilidade, na exata medida em que cabe a sua ciência a tarefa de despertar a *vontade constitucional* em grau ótimo, o que representa a mais eficaz forma de reforçar sua *força normativa*. Assim conclui HESSE: “*A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, como caracterizada por LASSALLE*” (HESSE, 1991, p.25).

De forma mais sofisticada, em 1975 o professor de Augsburg, PETER HÄBERLE, lança sua obra “*Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*”.

Na busca de oferecer, como o próprio título enuncia, uma contribuição para a interpretação constitucional no marco de sociedades plurais, HÄBERLE dedica-se a um projeto teórico que levando a sério uma tensão entre a *normatividade* e a *legitimidade* das normas constitucionais, que estão sempre a depender de interpretação, consegue perceber que todo aquele que vive a constituição torna-se inevitavelmente um de seus intérpretes legítimos.

HÄBERLE na elaboração de sua sociedade aberta o faz a partir das lições de KARL POPPER em “*A sociedade aberta e seus inimigos*”<sup>2</sup>. Nesta obra POPPER (1987) defende um modelo social que se alimenta do seu próprio conflito e dissenso, sendo estes os elementos capazes de fazer com que a sociedade gere sua *evolução* afastando-se dos grilhões que poderiam prendê-la a um historicismo mantedor de um modelo de sociedade *fechada* do tipo estamental e totalitária nos moldes do modelo medieval.

Neste sentido o professor HÄBERLE apresenta ao mundo jurídico-constitucional, no marco de sociedades plurais e organizadas nos moldes de Estado Democrático de Direito, a possibilidade e a necessidade de uma ruptura na forma de se entender os atores que atuam no momento de aplicação e formação do direito, passando, portanto, de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta de intérpretes da constituição.

HÄBERLE é categórico ao afirmar que normas não existem; o que existe ou pelo menos o que está ao alcance de nosso conhecimento são normas interpretadas. Neste sentido, muito embora não negue a importância da interpretação oferecida pelos juízes, HÄBERLE pede atenção ao fato de ela não estar e nem poder estar sozinha, já que em sociedades plurais com abertura para a autodeterminação da sociedade civil, os grupos de interesses, o cidadão, os órgãos estatais, o sistema público bem como a opinião pública são, verdadeiramente, legítimos produtores de interpretações do sistema constitucional.

Situar uma norma em seu tempo atual e em acordo como o mundo vivido por aqueles que serão por ela atingidos acaba por exigir que o juiz deixe sua solidão peculiar de uma sociedade fechada e se renda a uma abertura oferecida pela sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

Assim como outros autores, o que HÄBERLE faz é levar a sério a proposta democrática e então passar a entender o processo de interpretação como algo que não pode desvincular-se da pluralidade de uma sociedade complexa, e muito menos deixar de levar em consideração o papel dos membros de uma sociedade que se configuram tanto como *sujeitos* quanto como *agentes* de seu Direito. Neste sentido poderíamos dizer que, se há uma pretensão forte em “*Hermenêutica Constitucional, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da*

---

<sup>2</sup> Discurso do professor Peter Häberle ao receber o título de *Doutor Honoris Causa* da Universidade de Brasília em 16 de setembro de 2005. Íntegra do pronunciamento disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 03 de mar. 2007.

*constituição*”, esta pretensão é justamente levar a sério uma compreensão da interpretação constitucional que seja um tanto quanto mais adequada à possibilidade de *autodeterminação moral* e *auto-realização ética* dos indivíduos no marco de um Estado Democrático de Direito.

HÄBERLE começa por traçar a atual situação da interpretação constitucional, observando que até então não fora dada a necessária atenção ao problema relativo aos participantes da interpretação constitucional, fator este que compõe o contexto sistemático da interpretação e que, segundo o jurista, “*provoca a práxis em geral*” (HÄBERLE, 1997, p.11).

Neste sentido, no complexo sistemático de interpretação constitucional, ao lado das tarefas, objetivos e métodos, deveria estar o amplo círculo de intérpretes envolvidos no processo de interpretação que, enquanto processo de natureza freqüentemente difusa e no marco de sociedades plurais, deveria impulsionar nestas mesmas medidas uma construção “*teórica, científica e democrática*” (HÄBERLE, 1997, p.12) do Direito.

Ao entender que tradicionalmente a interpretação constitucional esteve presa a uma sociedade de intérpretes fechada, ou seja, restrita aos juízes e procedimentos formais, HÄBERLE entende que a transição para uma interpretação realizada por uma sociedade aberta passa necessariamente pela incorporação das ciências sociais em todas variáveis do processo interpretativo, o que seria a chave para se levar a sério o tema da realidade constitucional e sua tensão com o próprio documento constitucional.

Assim, falar em *realidade constitucional* é necessariamente se perguntar sobre os *agentes conformadores* desta mesma realidade. Pensar uma comunidade aberta de intérpretes da constituição pressupõe introjetar o pluralismo social na apreciação das tarefas, objetivos e métodos da interpretação, bem como na própria compreensão do como atender ao interesse público e ao bem-estar geral.

Quando constata a importância de se pensar um modelo teórico de interpretação constitucional que seja adequado a sociedades plurais e democráticas, HÄBERLE aponta para: a) a transição para uma sociedade aberta de intérpretes; b) uma certa circularidade existente entre sociedade aberta e interpretação constitucional na medida em que esta é pressuposto e decorrência daquela; e c) a existência de uma proporcionalidade entre abertura interpretativa e pluralismo social.

Propõe-se, pois a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 1997, p.13).

HÄBERLE esclarece que a interpretação constitucional realizada por uma sociedade aberta, portanto, não se configura como um processo tradicional conceitualmente fechado de interpretação. Na verdade a interpretação de uma norma acaba sendo a forma pela qual se vive o seu sentido; assim todo aquele que vive uma norma inevitavelmente fornece a ela um sentido; interpretando-a ou, no mínimo, a co-interpretando.

Não há, entretanto, a negação de um conceito estrito de interpretação que seria necessário aos métodos tradicionais, mas que precisaria ser superado em uma visão realista do desenvolvimento de uma interpretação constitucional.

Na medida em que esta se dá como algo vivido, o seu conceito, segundo HÄBERLE, se abre na medida de uma sociedade com cidadãos ativos que forcem uma influência da teoria democrática sobre a 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, pré-intérpretes (HÄBERLE, 1997, p.14).

Não há, portanto, um monopólio da interpretação constitucional por parte dos intérpretes jurídicos, mesmo tendo os tribunais a última palavra.

Direta ou indiretamente os demais atores sociais fornecem fragmentos de sentido para os textos e conseqüentemente a construção da norma, como ocorre com normas constitucionais cujo sentido é definido segundo concepções formadas pelas forças do cristianismo e da opinião pública, ou até mesmo de um artista no que tange a sua liberdade artística. Igualmente, HÄBERLE coloca a interpretação oferecida pelas ciências específicas. Ainda se há de notar segundo HÄBERLE, o importante papel do *expert* técnico, seja nos espaços onde tenha participação institucionalizada ou não.

HÄBERLE quer na verdade afirmar que tanto na formação como no desenvolvimento permanente do Direito estatal (no legislativo e no judiciário)

existe uma abertura plural e, neste sentido, “a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade” (HÄBERLE, 1997, p.18).

HÄBERLE afirma que a investigação sobre aqueles que participam do processo de interpretação deve ser puramente sociológica em relação à ciência da experiência (HÄBERLE, 1997, p.19).

Na medida em que o tempo, a esfera pública pluralista e a realidade são responsáveis pelos problemas e possibilidades na interpretação constitucional, os conceitos utilizados devem ser provisórios e, justamente neste sentido, uma teoria constitucional adequada deve dizer sobre os elementos *então* determinantes, do tipo: configuração do espaço público, realidade que se cuida, sua forma de atuação no tempo, possibilidades e necessidades existentes.

Saber sobre o histórico e cientificismo de uma interpretação corresponde a um auxílio que diz respeito à boa interpretação e que acaba por ser um complemento que enriquece a teoria da constituição.

Neste sentido, ao que tudo indica, HÄBERLE está a criar uma ponte entre mundo da vida, esfera pública e constituição, relação que poderia ser também referida como uma relação recíproca direta entre *Constituição e Realidade Constitucional*. Não é, portanto, difícil entender a lógica que HÄBERLE utiliza, já que para ele ao não existir norma e sim, sempre, norma interpretada, também “não existe” constituição e sim, sempre, Constituição interpretada, fator este que leva a interpretação constitucional e a sociedade aberta para dentro da teoria da constituição, desempenhando uma função “auxiliar de informação ou de mediação” (HÄBERLE, 1997, p.20).

A inserção de uma interpretação realizada de forma aberta na teoria constitucional (na forma de operacionalização da constituição) induz necessariamente a uma nova contemplação dos objetivos, métodos e participantes.

HÄBERLE é claro no que diz aos participantes: “A esse processo têm acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da constituição tal como um partido político [...]” (HÄBERLE, 1997, p.23).

A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a esta realidade (HÄBERLE, 1997, p.24).

Assim, HÄBERLE ressalta ainda a fundamental relação entre política e interpretação constitucional, ou seja, *política como interpretação constitucional*. As políticas, segundo HÄBERLE, funcionam como impulsos que alteram e inserem no quadro da interpretação constitucional realidades públicas que, por sua vez, representam novo material de interpretação; assim, as próprias políticas representam interpretações constitucionais enquanto fornecedoras de novo material e enquanto parte da interpretação já que fornecem novas realidades públicas.

Existe, entretanto, uma diferenciação, na interpretação constitucional realizada pelo poder de conformação do legislador e de aplicação do Direito pelo judiciário, diferença esta que diz respeito a formas de limitação do poder de interpretação. Limitações estas tecnicamente diferenciadas.

Essencial ao processo aberto de interpretação é o papel desenvolvido pela ciência do Direito Constitucional, sobretudo na jurisdição constitucional, verdadeiro “*catalisador*” (HÄBERLE, 1997, p.28), desta ciência que fortemente suscita indagações sobre a legitimidade do processo interpretativo em geral, bem como de todas as premissas influentes neste.

HÄBERLE, todavia, se coloca frente a uma potencial objeção: “[...] dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “*dissolver-se*” num grande número de interpretações e intérpretes” (HÄBERLE, 1997, p.29).

Mas a esta questão HÄBERLE responde tendo em vista a legitimidade dos diferentes intérpretes da constituição, ou seja, *trata-se de uma questão*, em última instância, *de legitimidade*.

Neste sentido nosso autor afirma que uma vinculação formal de competência para interpretar a constituição perde sua força na exata medida em que os novos conhecimentos da interpretação constitucional apontam para uma sociedade aberta de intérpretes e na medida em que a regra da mera subsunção não encontra mais espaço. Com a queda da subsunção, a vinculação a uma formalidade constitucional converte-se em liberdade. Como já referido anteriormente, HÄBERLE constrói uma ponte entre interpretação constitucional, realidade constitucional no marco de sociedades plurais e teoria constitucional ou ciência do Direito Constitucional.

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem esta realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento

funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional) (HÄBERLE, 1997, pp.30-31).

HÄBERLE ainda afirma que os intérpretes sempre levam em conta a teoria e a práxis, mas que os intérpretes oficiais nem sempre conformam esta práxis.

Se soam como ameaça à autonomia do juiz as influências sociais, HÄBERLE diria que estas influências têm um forte papel no fornecimento de legitimidade para a decisão judicial, justamente na medida em que o juiz interpreta a constituição *na realidade de uma esfera pública* e, neste diapasão as influências advindas desta realidade e, na verdade de todo diálogo travado em seu mundo circundante, representa um forte instrumento contra o livre arbítrio judicial.

A legitimação da interpretação constitucional com a participação da sociedade aberta se dá para além de uma legitimidade formal; o que HÄBERLE quer evidenciar é que a sociedade aberta, no processo de interpretação, exerce influência qualitativa sobre a decisão produzida, ou seja, contribui quanto ao conteúdo da decisão.

Ao abrir o leque dos legitimados para interpretar a constituição, incluindo aqueles que são responsáveis diretos pela conformação daquela, HÄBERLE está categoricamente dizendo que a abertura discursiva na interpretação *“não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos tribunais em face dos diversos participantes”* (HÄBERLE, 1997, pp.31-32).

Este processo aberto de interpretação e comunicação permite que HÄBERLE encare a *“constituição enquanto processo público”* (HÄBERLE, 1997, p.32). *“A própria abertura da constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa deste processo de interpretação! A unidade da constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”* (HÄBERLE, 1997, p.33).

Por um viés teórico-constitucional a legitimidade da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, ou seja, das forças plurais no determinar da constituição, decorre do fato de que esta sociedade é um *“pedaço da publicidade e da realidade da constituição”* (HÄBERLE, 1997, p.33), atuando na configuração desta *desde dentro*.

HÄBERLE aponta a integração da coisa pública com o processo de interpretação como necessária à coerência de um projeto constitucional realizável. *“[...] integração, pelo menos indireta, da “res pública” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional*

*aberta no campo de tensão, no possível, do real e do necessário*” (HÄBERLE, 1997, p.33).

HÄBERLE concebe o processo de conformação e interpretação constitucional como uma via de mão dupla e tem fortes argumentos para tanto. Ora, uma constituição que não apenas configura e estrutura o Estado, mas que formata as expectativas e as diretrizes da vida privada da sociedade, não pode, pelo menos no marco de um Estado Democrático de Direito, legitimamente, reduzir a sociedade civil a meros destinatários de direitos fabricados, muito antes, deve reconhecer nestes sujeitos de direitos o caráter de agentes do Direito. Não restam dúvidas que HÄBERLE pretende, ou, no mínimo induz, necessariamente, a uma re-configuração da relação entre esfera pública e privada, indicando uma pressuposição circular entre estas.

Deixar a interpretação constitucional aos cuidados de uma sociedade fechada de intérpretes (intérpretes corporativos) representaria um auto-engano na operacionalização do sistema, já que, privado de parte da constituição (o “como” a sociedade a conforma e vive), acabaria por ignorar os frutos decorrentes da tensão entre o real, o necessário e o possível, tensão esta necessária, ao *“bem interpretar”* a constituição enquanto projeto de evolução social. Afinal quem melhor poderia dizer sobre o que é “realmente real”, o que é “necessariamente necessário” e o que é “possivelmente possível”, em sociedades plurais e de alta complexidade? *“De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de norma e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’*” (HÄBERLE, 1997, p.34).

HÄBERLE passa, então, na lógica já referida de mão dupla, a entender que a Constituição é um espelho da realidade, muito embora seja ela também, aquilo que permite o reluzir da sociedade. Assim a Constituição assume a forma que autorizou seus destinatários moldar, dito de outra forma, ela é aquilo que ela mesma autorizou que dissessem que ela fosse.

A ciência do Direito Constitucional se mostra em sua legitimidade fundamental, porque é catalizadora (absorve e digere conhecimentos influentes), traduz a interpretação refletida (troca em miúdos um sentido constitucional temporalmente e localmente fixado) e, sobretudo, conforma a preparação dos intérpretes oficiais (“constrói” o mundo teórico e o caminho de fidelidade constitucional dos juízes, advogados, etc.). Deve também, sobretudo no marco de uma sociedade aberta de intérpretes, fornecer contribuições digeríveis pela esfera pública.

HÄBERLE avança fazendo referência a uma legitimidade da sociedade aberta dos intérpretes da constituição sobre uma perspectiva democrática, ou seja, do ponto de vista de uma teoria da democracia.

A democracia, segundo HÄBERLE, não se configura apenas como delegação formal de competência a autoridades representativas, muito antes ela se apresenta também como formas de mediação entre “*processos públicos e pluralistas da política e da práxis cotidiana*” (HÄBERLE, 1997, p.36), especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais.

A própria idéia de direitos fundamentais leva à legitimação dos cidadãos; enquanto intérpretes da constituição, eles dizem tanto à identificação do círculo de intérpretes quanto ao interesse nos resultados decorrentes dos processos de interpretação. Nessa rede de direitos fundamentais, o “povo” é necessariamente “*elemento pluralista para a interpretação*” (HÄBERLE, 1997, p.37). Vale frisar que HÄBERLE trabalha no marco de sociedades plurais onde “povo” só pode ser entendido como associação de cidadãos e não como algo capaz de velar o indivíduo dotado de direitos fundamentais; assim rechaça-se o modelo Russeuniano.

A democracia de HÄBERLE é liberal, portanto está ligada à idéia de direitos fundamentais e não à idéia de povo como substitutivo de um monarca, ou seja, é sobre a “*democracia do cidadão*” (HÄBERLE, 1997, p.38) que HÄBERLE se refere.

Uma sociedade plural aberta deve poder estabelecer uma livre discussão “sobre” e “sob” as normas constitucionais, afinal é destinatária e agente de seu próprio Direito.

As considerações do professor HÄBERLE demonstram um alerta sobre a relativização da hermenêutica constitucional jurídica, ou seja, aquela realizada pelos intérpretes corporativos. Relativização esta decorrente dos seguintes fatores:

1. O juiz constitucional não mais encontra-se isolado na tarefa de interpretar as normas constitucionais já que o círculo de intérpretes se ampliou significativamente;
2. forças plurais fornecem antecipadamente interpretações, exercendo força normatizadora; assim as cortes constitucionais interpretam fazendo, na verdade, uma atualização pública;
3. problemas e questões referentes à constituição material não chegam à corte constitucional, o que leva a uma vivência paralela de desenvolvimento autônomo de direito constitucional material.

HÄBERLE realmente avança em sua proposta de oferecer uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental quando afirma significativamente que o resultado, ou seja, o produto de uma interpretação está submetido à “*reserva da consistência*” (HÄBERLE, 1997, p.42).

Neste sentido, para satisfazer esta necessidade de consistência a interpretação deve ser capaz de, no caso concreto, justificar-se, sendo, inclusive, capaz de alterar-se racionalmente. Essa necessidade e capacidade da interpretação é necessária em uma comunidade aberta de intérpretes já que os atores influentes no processo interpretativo, são responsáveis pelo desvelamento e obtenção do direito no caso concreto.

Os intérpretes da constituição, portanto, fornecem aos intérpretes corporativos uma representação (consubstanciada em uma interpretação) da tensão existente entre o real, o possível e o necessário desde uma perspectiva particular, já que no marco de uma sociedade plural e democrática uma interpretação simétrica quase sempre tende ao fracasso, formada espontaneamente pelo entrelaçamento das esferas pública e privada. Uma sociedade aberta de intérpretes permite uma análise justificada assimetricamente da tensão entre texto e norma constitucional, desvelando todo o potencial de uma norma constitucional destinada a toda uma sociedade moralmente plural. HÄBERLE oferece suporte dizendo que “*a teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto*” (HÄBERLE, 1997, p.33).

A partir de então os métodos tradicionais de interpretação constitucional passam a funcionar como filtros por meio dos quais as forças normatizadoras da sociedade aberta de intérpretes ganha conformidade. “*Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo*” (HÄBERLE, 1997, p.44).

HÄBERLE chama a atenção para o fato de que o controle judicial sobre as interpretações realizadas por outros atores deve na medida de sua controvérsia, demandar um peculiar dever de cautela. Quanto mais controvérsia gerar uma lei no seio de uma comunidade maior reflexão esta demandará. Neste sentido o rigorismo no controle de constitucionalidade deve se somar à generosidade de concessões liminares capazes de garantir um mínimo de força integradora da constituição, ameaçada quando há uma profunda divisão da opinião pública.

Há ainda casos em que devem ser asseguradas as pretensões, inclusive daqueles que não se fazem sequer representados, em um processo de interpretação.

HÄBERLE infere que *“um minus de efetiva participação deve levar aum plus de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação”* (HÄBERLE, 1997, p.46).

Deve-se ainda segundo HÄBERLE vincular o processo constitucional como parte do processo de participação democrática maximizando as formas de participação do círculo de intérpretes neste processo.

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da corte constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da democracia (HÄBERLE, 1997, p.49).

HÄBERLE, consciente das conseqüências que inevitavelmente decorrem de sua construção teórica, alerta para o surgimento de novas indagações no que tange à teoria constitucional, que se ocupa dos objetivos, métodos e participantes do processo de interpretação constitucional. Afirmando, como já feito antes, a pluralidade de interpretações decorrentes da ampliação do círculo de intérpretes da constituição, HÄBERLE alerta para o fato de que entender sua teoria apenas como uma teoria simplesmente harmonizadora seria (mal-) entendê-la. Celebremenente HÄBERLE afasta tal leitura de sua obra afirmando: *“Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso”* (HÄBERLE, 1997, p.51).

Nos termos da obra de HÄBERLE *“a teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da constituição”* (HÄBERLE, 1997, p.55).

### **3.1. Da Tensão entre Faticidade, Normatividade e Legitimidade, o Direito como prática social interpretativa**

*A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garantem uma obediência estável a estas condições (Dworkin, 2006, p.52).*

Questões Constitucionais não são questões jurídicas, são questões políticas. É que a Constituição de um país representa as relações de poder nele dominantes. Esses fatores reais de poder formam a Constituição real do país,

em face da qual a Constituição jurídica, quando em confronto, sempre sucumbirá.

A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição.

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.

Os três parágrafos anteriores expressam premissas que se mostram como importantes e indispensáveis para se pensar uma teoria da decisão judicial e um conceito de justiça. São importantes porque cada uma delas está erguida sobre a lógica de palavras que condensam um universo de ocorrências ligadas pela força lógica de expressões como: *poder*, *norma jurídica* e *legitimidade*.

São indispensáveis porque não podem ser simplesmente negadas ou anuladas. Muito antes, devem ser “re-ajeitadas” em uma administração racional de suas tensões e complexidades. DWORKIN parece oferecer uma boa proposta, um bom re-arranjo.

Quanto ao poder, DWORKIN se preocupa tanto com o poder exercido “*inter partes*”, como com o poder que uma *maioria* possa pretender ter em relação a uma minoria, e defende, neste sentido, um projeto de “*democracia constitucional*” fundado em uma interpretação “*estatística*” do “*we the people*” (DWORKIN, 2006, pp.29-31). A resposta à primeira forma de poder, por ser “menos problemática”, é deduzível da própria lógica do império dos direitos e do conjunto de liberdades fundamentais inerentes a uma democracia, mas, a segunda forma de poder firmado sob o discurso de autodeterminação, como diz DWORKIN “*é a idéia política mais poderosa – e perigosa – da nossa época*” (DWORKIN, 2006, p.33). A relação entre o poder e o Direito pode ser mais referente ao próprio conjunto de leis do que se possa imaginar, ou seja, outra vez LASSALE.

Nos termos do que fora visto pela tese de LASSALE, quanto aos fatores reais de poder, estes podem ser divididos em duas perspectivas: uma extra-jurídica e uma intra-jurídica, como se nota na seguinte divisão: É o que ocorre em monarquias onde o rei é capaz de: 1º) *por si mesmo assegurar uma ordem sua mediante o uso de seus exércitos*, o faz revogando tácita ou expressamente alguma disposição de lei em contrário, ou: 2º) *transforma sua pretensão em linguagem jurídica passando a fazer parte da constituição*.

Quanto a faticidade de uma superioridade do poder real, físico e objetivo, vale lembrar que nem DWORKIN ou qualquer outro teórico no debate constitucional contemporâneo leva o discurso para esta perspectiva que significaria justamente atuar num lócus onde nenhuma idéia de direito seria possível.<sup>3</sup> Mas quando os fatores reais de poder precisam usar de um discurso jurídico para se sustentar, essa simples necessidade, por si só, já demonstra a força normativa de um sistema constitucional. A faticidade que deve ser posta em tensão com a normatividade do sistema é justamente a faticidade do fator de poder que age por meio do material positivo do sistema, ou seja, a faticidade da positividade do próprio sistema jurídico.

Neste sentido, HESSE defendeu muito bem, sem negar a tese de LASSALE, que os fatores de poder são inevitáveis, eles existem, e que, neste sentido, o que deveria haver seria justamente uma *vontade de constituição*, capaz de transformar o próprio conteúdo normativo da constituição em fator real de poder. Ou seja, transforma a normatividade em fator de realidade, em fator capaz de operar e transformar a realidade social.

Essa tensão e dependência que o sistema jurídico tem em relação aos poderes sociais é especificamente o que leva a teoria do Direito Constitucional a buscar uma concepção política capaz de justificar a legitimidade do Direito e tornar-se interessante para a maior parte possível de seus destinatários, a fim justamente de aumentar a *vontade de constituição*. A estabilidade da constituição depende de sua aceitação, e esta será tanto maior quanto for o interesse que os cidadãos tiverem por ela. Neste sentido DWORKIN diz que

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as

---

<sup>3</sup> Os fatores de poder a que me refiro são aqueles que se demonstram fortes o bastante para impedir a re-afirmação do sistema jurídico por uma questão mesmo de estrutura do sistema e não por falta de “força normativa”. Afinal como demonstrou LUHMANN a simples ilicitude está dentro do sistema, é uma comunicação própria do código do Direito. Ilicitude é Direito, ou seja, sistema e não, não/Direito, ou seja, ambiente. A linguagem binária do código funciona dentro do lado positivo da fórmula do sistema do direito, ou seja, no “*Recht*” da formula “*Recht/unrecht*”.

condições democráticas e que melhor garantem uma obediência estável a estas condições. (DWORKIN, 2006, p.52). Grifou-se.

Como já visto, DWORKIN funda sua concepção moral de política em um princípio capaz de atribuir a cada indivíduo de uma comunidade o direito à *igual consideração e respeito*, o que se traduz no reconhecimento do *mesmo status político e moral* a cada um. O que leva à inexistência de cidadãos privilegiados, seja para impor suas “superiores” convicções pessoais sobre vida boa, seja para ter maior oportunidade de participação no jogo público. Mesmo nas decisões que afetam a coletividade a “*autonomia moral*” (DWORKIN, 2006, p.39) *do cidadão em relação a esta decisão* deve ser levada em conta, almejando, assim, gerar uma aceitação maximizada. Fórmula esta capaz de garantir ao indivíduo direitos contra a Administração/Estado e contra o próprio soberano, se entendido segundo uma concepção de *democracia majoritária, ou seja, a maioria*. A possibilidade de um sistema jurídico positivo legitimamente defendido pela sociedade parece mostrar que as teses de LASSALE e HESSE não são tão contraditórias assim...

Se “nós, o povo”, devemos ter *vontade de constituição*, parece sensato que só teremos esta vontade na medida em que esta mesma constituição for espelho de nossas pretensões morais, ou seja, na medida em que percebermos que este documento não apenas autoriza que levemos adiante nosso projeto de vida, ou seja, nos auto-determinemos, mas também nos garanta nesta empreitada. Seguindo esta premissa, DWORKIN afirma que um projeto de democracia majoritária pressupõe uma interpretação comunitária do “nós, o povo”; interpretação esta que *apunhala o constitucionalismo majoritário pelas costas* (Dworkin, 2006, p.31).

DWORKIN observa que segundo a premissa majoritária uma sociedade livre é aquela que pode se auto-determinar e, que quando a vontade de uma maioria é violada por uma decisão judicial que derruba uma lei por exemplo, esta maioria está tendo sua liberdade de auto-determinação violada (DWORKIN, 2006, p.32-33).

DWORKIN não acredita que quando as pessoas estão sujeitas à vontade de uma maioria possam se dizer livres.

Em que medida sou livre \_ ou seja, em que medida se pode afirmar que governo a mim mesmo \_ quando tenho de obedecer às decisões de outras pessoas, mesmo que pense que estas decisões são erradas ou injustas para mim e para minha família? [...] Que espécie de liberdade é essa? (DWORKIN, 2006, p.34). Grifou-se.

DWORKIN, como já dito acima, funda sua concepção de Direito em um princípio de igualdade, neste sentido, ele entende que, contra uma interpretação comunitária do que seja o povo, precisa identificar um *vínculo* entre o cidadão e a comunidade pelo qual este possa se sentir igualmente responsável e vinculado aos atos desta comunidade (DWORKIN, 2006, p.35), já que uma interpretação majoritária não é capaz de fazer dos co-cidadãos de uma comunidade seus legítimos membros morais.<sup>4</sup>

Contra a interpretação comunitária, DWORKIN propõe \_em consonância com uma democracia não majoritária, mas constitucional\_ uma interpretação estatística do “nós, o povo”. “*Segundo a interpretação estatística, o controle do indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado*”. Grifou-se (DWORKIN, 2006, p.33).

Mas, como de alguma forma algumas decisões são tomadas pela maioria, estas decisões para terem um “*privilegio moral automático*” (DWORKIN, 2006, p.36) devem satisfazer algumas *exigências democráticas* como: dividir uma comunidade histórica, dar a todo indivíduo *participação, interesse e independência moral* em relação a todas as decisões que os afetarem (DWORKIN, 2006, pp.37-38).

Seja como for, DWORKIN demonstra como a idéia de que a recusa de uma democracia majoritária viola a liberdade dos cidadãos, como diz DWORKIN: “*E mais ainda: a liberdade positiva aumenta na medida em que a premissa majoritária é rejeitada em favor da concepção constitucional de democracia*” (DWORKIN, 2006, p.36).

DWORKIN então pensa uma democracia constitucional seguindo uma interpretação estatística do “nos, o povo” que, na medida em que distribui o mesmo status moral e político aos cidadãos, gera, ao que tudo indica, uma maximizada *vontade de constituição*, já que todos poderiam partilhar desta concepção moral de política segundo a qual:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2002, p.419).

---

<sup>4</sup> Dworkin lembra que o fato dos judeus terem votado quando Hitler chegou à chancelaria alemã, não os tornou responsáveis morais pelo holocausto. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. p. 36.

Quanto maior for a realização deste ideal de moralidade política maior será a sobreposição da *força normativa da constituição* em relação aos *fatores reais de poder*.

Quanto à legitimidade do processo decisório judicial, DWORKIN entende esta como resultado de um processo argumentativo de reconstrução dos imperativos jurídicos em casos concretos. *Uma leitura moral da constituição*.

Bem, se HESSE foi capaz de ver que a *vontade de constituição* era o remédio exato para revitalizar a *força normativa da constituição* contra o mal da “*Realpolitik*” de LASSALE, HÄBERLE foi capaz de perceber a necessidade de se potencializar, ao bem da democracia, e re-ajetar o espaço central onde se dá a *tensão* entre *faticidade* e *normatividade*, ou seja, o próprio espaço de uma decisão judicial, de uma jurisdição constitucional onde se batem tanto os direitos quanto os imperativos sistêmicos de *violência*, *dominação* e *colonização do mundo da vida* (FOUCAULT, HABERMAS, LASSALE, etc.).

HÄBERLE é categórico ao afirmar que normas não existem; o que existe, ou pelo menos o que está ao alcance de nosso conhecimento são normas interpretadas.

É, portanto, no ato de se determinar o que quer dizer uma norma constitucional que debatem correntes de todos os tipos, dominadoras e oprimidas, de princípios e de imperativos.

HÄBERLE quer contribuir para uma proposta de democracia procedimental; anuncia isso em seu título. Para isso abre o leque de intérpretes da constituição, passando de uma comunidade fechada para uma comunidade aberta dos intérpretes da constituição.

Ao abrir o leque dos legitimados para interpretar a Constituição incluindo aqueles que são responsáveis diretos pela conformação daquela, HÄBERLE está categoricamente dizendo que a abertura discursiva na interpretação “*não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos tribunais em face dos diversos participantes*” (HÄBERLE, 1997, pp.31-32). *A própria idéia de direitos fundamentais leva à legitimação dos cidadãos enquanto intérpretes da constituição, eles dizem tanto à identificação do círculo de intérpretes quanto ao interesse nos resultados decorrentes dos processos de interpretação. Nessa rede de direitos fundamentais, o “povo” é necessariamente “elemento pluralista para a interpretação”* (HÄBERLE, 1997, p.37).

Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a esta realidade (HÄBERLE, 1997, pp.51 e 24).

DWORKIN também percebe que a leitura da Constituição, leitura moral, depende da participação daqueles que vivem seus princípios e, justamente por isso, vai entender que a leitura moral da constituição *“propõe que todos nós \_juizes, advogados e cidadãos \_ interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos e consideremos que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”* (DWORKIN, 2006, p.02).

*“Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juizes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige?”* (DWORKIN, 2006, p.57).

No âmbito de uma jurisdição constitucional, a realização da auto-determinação e auto-realização passa antes de tudo por uma questão de princípio, por uma questão de Direito. O tratamento com *igual consideração e respeito* exige que a reconstrução da normatividade constitucional seja capaz de aprender e alimentar-se da vida de seus destinatários, seu soberano, nós, o povo, para assim dividir a responsabilidade fraternal de escrever o próximo capítulo de uma história institucional que possa se orgulhar de apresentar a leitura moral da constituição como algo que *reconhece as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas*, ao mesmo tempo em que permite que os mundos pré-compreensivos se deixem à vista para que possam se expor ao exame crítico dos afetados por suas manifestações sempre recheadas de tradições e concepções de mundo impensadas na medida em que sequer foram em algum momento postas em diálogo com o outro.

Não poderia mesmo a interpretação sobre os direitos manter-se fechada a um grupo oficial de técnicos jurídicos entregues à estereotipia do conhecimento fundado no “eu mesmo”. O que, como salientou HABERMAS:

[...] faz desaparecer toda margem de contribuição constritiva que os sujeitos socializados, no trato inteligente com uma realidade arriscada e decepcionante, prestam a partir de seu mundo da vida, para chegar a soluções de problemas e processos de aprendizagem bem-sucedidos” (HABERMAS, 2004, p.41).

A solidão é sempre solipsista consigo mesmo e, como disse GADAMER, “*não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler “o que aí está”, e de extrair das fontes “como realmente foi”* (GADAMER, 1999, pp.396-397).

Uma prática social interpretativa, destinada a revelar seu objeto em sua melhor luz, não apenas parte de normas como também é capaz de voltar-se contra si mesmo. A faticidade de um sistema positivo só se afirma se puder se colocar ao alcance de sua auto-negação, ou seja, a legitimidade do Direito surge acima de tudo de uma tensão inevitável e construtiva entre sua *faticidade* e *validade*, enquanto sujeição a critérios de legitimidade.

O Direito é racional pelo diálogo, pela argumentação, pela aprendizagem e não pela dedução de vínculos e obrigações morais.

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é ARGUMENTATIVA. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma (DWORKIN, 1999, p.17).

LASSALE, HESSE e HÄBERLE, para além de contraporem-se, reforçam-se. Entender o direito como prática social interpretativa parece ser o mais eficaz instrumento para se poder re-ajear realidades vivas como os fatores reais de poder, a força normativa do direito constitucional e o poder do “nós, o povo”. DWORKIN, portanto, mostra como é possível, a partir de uma concepção moral de política liberal de igualdade, re-estabelecer um projeto moderno religando o Direito à Ética, a Constituição a seu germe, a seu povo, a sua força motriz.

Da tensão entre *faticidade*, *normatividade* e *legitimidade* DWORKIN oferece o *Direito* como “*prática social interpretativa*”, justificado e construído desde uma *perspectiva interna ao participante* responsável, mediante sua “*atitude interpretativa*”, pela reafirmação do “*valor*” e pela aproximação maximizada e crítica da realização de sua “*finalidade*”, que não necessariamente precisa ser o que sempre foi, muito antes “*deve ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo esta*” mesma finalidade. Como disse DWORKIN

Quando esta atitude interpretativa começa a vigorar, a instituição (...) deixa de ser mecânica; não é mais deferência espontânea a uma ordem rúnica. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz \_ e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado (DWORKIN, 1999, p.58).

E, se em Estados laicos, abertos à auto-realização moral e à autodeterminação ética, a validade se rende à legitimidade, DWORKIN, neste diapasão, aponta que a interpretação (via *atitude interpretativa*) decide não apenas porque a prática jurídica existe, mas também o que, devidamente compreendida, ela agora *requer*. É assim que “*Valor e conteúdo se confundem*” (Dworkin, 1999, p.58), e por que não, também, e mais uma vez, a própria cisão positivista modernista extraviada, “*normatividade vs. conceitualidade*”?