

Desafios Hermenêuticos para a Teoria da Constituição Contemporânea

FLAVIO RICHE

Diplomata de Carreira, Doutorando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2003), Graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2002), Graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2000). Atua principalmente nas seguintes áreas: Teoria da Constituição, Teoria das Relações Internacionais, Epistemologia e Teoria Política.

DOI: 10.11117/22361766.33.01.07

RESUMO: O presente estudo busca promover uma análise comparativa do pensamento de Konrad Hesse e Peter Häberle. Ainda que tenham como ponto de partida a tópica de Theodor Viehweg, suas propostas diferem na forma como concebem a teoria da Constituição: uma tensão entre norma e realidade, de acordo com Hesse; para Häberle, uma vinculação dinâmica entre constituição e cultura. Compreender tal distinção é fundamental caso se deseje perquirir acerca da aplicabilidade de tais teorias na realidade constitucional brasileira.

ABSTRACT: The present study aims to promote a comparative analysis between Konrad Hesse and Peter Häberle. Despite being based upon Theodor Viehweg's Topics, the Constitutional Theory is conceived differently by these authors: according to Hesse, it is a tension between facts and norms; according to Häberle, it is a dynamic bond between constitution and culture. Such distinction is essential in order to inquire the applicability of these theories in the constitutional reality of Brazil.

Tanto la mera doctrina como cualquier acción basada en el Derecho constitucional deben ser continuamente reconsideradas mediante una reflexión permanente junto con un esfuerzo de autoanálisis paralelo para poder tomar conciencia de sus propios límites y posibilidades, así como de sus probables éxitos y peligros potenciales, todo ello siempre con vistas a la defensa de su causa, una causa que no es otra que la consecución de un orden democrático básico para todos en libertad y con dignidad.
(Peter Häberle)

Os métodos hermenêuticos que surgiram mais recentemente na Alemanha resultaram de uma crise da legalidade, de um estado de descontentamento e inconformismo estabelecido em relação ao positivismo lógico-formal, princi-

palmente a partir do segundo pós-guerra¹. A partir de então, os juristas alemães passaram a concentrar seus esforços no desenvolvimento de uma teoria material da Constituição, cujo fundamento, a princípio, procede da teoria integradora de Rudolf Smend².

Apesar do caráter precursor da obra deste grande juspublicista – um intento de superação da análise meramente formalista que até então se desenvolvia na República de Weimar –, vale também mencionar a influência da tópica

- 1 Confira: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 434 e ss.
- 2 Resumidamente, a concepção integrativa de Smend busca superar rígido contraste entre fato e norma, *ser e dever-ser*, preconizando mais o elemento político – geralmente rejeitado pelas metodologias positivistas – que o jurídico, de modo a alargar as possibilidades da interpretação constitucional. Aqui, não é o texto literal e a abstração dogmática, mas o sentido e a realidade da Constituição, que devem servir de fundamento e critério de sua interpretação. Isto porque a Lei Maior, tal como o Estado, não possui uma existência estática e permanente; mais do que uma mera ordenação jurídica, ela constitui a regulação da dinâmica vital na qual se desenvolve a realidade estatal. Tal caráter integrador irá produzir uma unidade dialética entre indivíduo e coletividade, entre a esfera supraempírica e a esfera empírica, permitindo que a Constituição acompanhe as transformações da totalidade vital do Estado através de uma atualização e renovação constantes. Assim, a Lei Fundamental não é tão somente uma norma, mas uma realidade integradora, cuja elasticidade e mutabilidade a permitem acompanhar a dinâmica da vida estatal. Em razão das peculiaridades que traz em si – a principal delas referente ao caráter político de suas normas –, a Constituição não pode ser interpretada como as demais leis, necessitando de uma interpretação mais flexível: “*Por su propia naturaleza la constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y es esta misma finalidad la que sólo permite, sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible, que difere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica*” (*Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 133). Deve, pois, ser considerada sempre como um todo, através de uma percepção global dos elementos espirituais a ela associados. Ernst Forsthoff será um crítico do método científico-espiritual de Smend, afirmando que a ênfase na dimensão espiritual e a consideração da Constituição como um sistema de valores terminam por minar a positividade do Direito, levando à desformalização da Constituição, de modo que o subjetivismo das decisões torna-se incontrolável. Segundo Forsthoff, a interpretação da Constituição se dá do mesmo modo que a de qualquer outra regra, utilizando os elementos assinalados pelo método proposto por Savigny (literal, lógico, sistemático e histórico). Isto não significa que Forsthoff negue o fato de a Constituição possuir características que a distinguem das outras leis. Apenas entende o autor que, ao ser interpretada, a Constituição deve ser considerada naquilo que ela realmente é, uma lei superior às demais, não se justificando a supressão das regras clássicas de interpretação.
- 3 Uma exposição minuciosa da obra de Viehweg fugiria ao objetivo do presente trabalho. Todavia, vale ao menos mencionar os elementos básicos da *orientação tópico-problemática*. A *tópica* constituiu um dos grandes legados da cultura greco-romana, cujo desenvolvimento inicial se operou mediante a atividade dos sofistas, muito embora sua formulação mais elaborada e organizada se deu apenas com Cícero e principalmente com Aristóteles. Enquanto este procurou construir uma teoria da dialética como arte retórica, enfatizando as causas, Cícero concentrou seus esforços nos resultados práticos, valorizando o aspecto pragmático, razão pela qual sua concepção exerceu maior influência histórica. Não obstante, a partir da revolução científica dos séculos XVI e XVII, a emergência do racionalismo lógico-dedutivo cartesiano, juntamente com o empirismo baconiano, fará com que a retórica seja alvo do mais puro ostracismo por parte dos pensadores – salvo raras exceções, como Gian Battista Vico. Por divergir dos padrões matematizantes em vigor, a retórica constituiu um risco concreto ao paradigma científico dicotomizado de então. Consequentemente, todas as categorias típicas da retórica – pertinência, razoabilidade, utilidade, plausibilidade, etc. – foram abandonadas, passando a se reconhecer tão somente o *verdadeiro* ou o *falso*. Até inícios do século XX, este foi o *status quo* do pensamento ocidental. Apenas quando a crise do paradigma moderno tornou-se patente – e aqui nos referimos em especial ao período que se inicia com o segundo pós-guerra, acrescido das décadas posteriores – é que se permite o ressurgimento da retórica. Através da tópica, Viehweg logra oferecer uma alternativa capaz de transcender o eixo metodológico *juspositivismo jusnaturalismo*, cujos sinais de desgaste e insuficiência não mais podiam ser negados. A tópica, ou *ars inveniendi* (arte da invenção), pode ser definida como uma *techne* do pensamento orientada para o problema, entendido este como “[...] toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”

de Theodor Viehweg, que introduz, no debate alemão contemporâneo, algumas de suas principais reflexões³. Seja na hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse, na “metódica” estruturante de Friedrich Müller ou na democratização do processo interpretativo proposta por Peter Häberle, a presença do pensamento tópico-problemático é notória⁴.

Deveras, a centralidade da hermenêutica para a teoria da Constituição – principalmente no que concerne às últimas décadas – representa cada vez mais um lugar-comum no pensamento jusconstitucional. Contudo, vale recordar que nem sempre foi assim. Durante a Modernidade, a atividade interpretativa, por ser considerada em seu caráter cognitivo-reprodutor, possuía um papel meramente secundário.

Buscaremos demonstrar, ao longo do presente trabalho, que interpretação é também transformação, não significando apenas reproduzir o que já foi dito, mas, inclusive, dar novo sentido a cada momento⁵ – entendimento hodierno recorrente que, não obstante, comporta uma pluralidade de perspectivas teóricas. Restringir-nos-emos aqui ao pensamento de dois autores exemplares da nova hermenêutica alemã: Konrad Hesse e Peter Häberle. Isto feito, teceremos alguns comentários de índole conclusiva, procurando comprovar que as diferenças entre as propostas dos respectivos autores decorre justamente da forma como cada um deles concebe a teoria da Constituição: para Hesse, uma tensão entre norma e realidade; para Häberle, uma vinculação dinâmica entre Constituição e cultura⁶

(*Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34). O que caracteriza a tópica é, pois, a diversidade de suscitações que o problema concreto é capaz instigar, representando este o ponto central em torno do qual gira o raciocínio, do qual constitui ao mesmo tempo a base e o guia: “[...] o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 202). Em suma, ao partir dos próprios dados materiais de um problema jurídico, o pensamento tópico permite o desenvolvimento de argumentos adequados e convincentes que auxiliem em sua solução, mesmo quando não existe o apoio de uma norma legal. Com a tópica, a norma e o sistema perdem a sua hegemonia, passando a constituir meros *topoi*, simples pontos de vista, cedendo lugar ao primado do problema, que passa a configurar o eixo central da atividade interpretativa.

- 4 Cabe ressaltar que a tópica “pura” – enquanto a primazia do problema sobre a norma – será adotada com maior vigor por Häberle, autor este que promoveu uma radicalização da tópica, segundo Bökenförde (Confira: Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 24). Tanto Hesse como Müller recepcionam o pensamento de Viehweg com ressalvas, desenvolvendo uma tópica “mitigada”: “*El método hermenéutico-concretizador, sin cuestionar en principio la apertura de la interpretación proclamada por la Tópica y el pensamiento problemático, y las vías de interpretación, intenta, no obstante, recuperar de nuevo la vinculación a la norma y la racionalidad controlable de la interpretación, y resolver así de este modo el problema que al método tópico-orientado al problema se le ha ido de las manos. Se convierte en punto central el concepto de ‘concretización’ y la cuestión acerca de los elementos de la concretización*” (Idem, p. 30-31).
- 5 Esclarecedoras as palavras de Inocêncio Mártires Coelho a este respeito: “Nos domínios da experiência jurídica, a participação criadora dos sujeitos da interpretação é traduzida, à perfeição, com as expressões ‘dado’ e ‘constituído’, a significar precisamente os dois termos ou momentos do afazer interpretativo: diante da realidade que lhe é dada – nesta compreendido, inclusive, o universo normativo de que dispõe para decidir o caso concreto –, o aplicador do Direito constrói a norma de decisão concreta ou a norma do caso, embora se afirme, usualmente, que ele apenas ‘aplica’ o Direito à espécie” (*Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Safe, 1997. p. 21-22).
- 6 Confira: VALADÉS, Diego. Estudio introductorio. In: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. XXIX.

– distinção esta que não pode ser olvidada, caso desejemos perquirir sobre a aplicabilidade de tais teorias na realidade constitucional brasileira.

I

As concepções mecanicistas do Direito – tanto de índole normativista, quanto sociologista –, por ignorarem em sua unilateralidade a tensão inerente a fatos e normas, não são capazes promover a concretização⁷ da Constituição. O presente impasse diagnosticado por Hesse tem sua importância na medida em que simboliza uma das principais dicotomias da própria filosofia do Direito, que pode ser apresentada de diversas formas: ser *versus* dever-ser; fático *versus* normativo, etc.

Com o objetivo de estimular o desenvolvimento da *força normativa* da Constituição e superar o dualismo supracitado, Hesse toma como ponto de partida três fatores que merecem nossa análise:

1. Condicionamento recíproco entre Constituição jurídica e realidade político-social.
2. Limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica.
3. Pressupostos de eficácia da Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto, cumpre lembrar que direito e realidade compartilham de um contexto no qual existe um mútuo condicionamento. Hesse demonstra neste ponto o intento de superar a rígida separação entre norma e realidade, tal como desenvolvida nas concepções de Lassalle e Kelsen⁸. Este, ao desprezar os fatores metajurídicos, concebeu uma normatividade esvaziada de qualquer elemento da realidade, enquanto aquele, ao considerar exclusivamente os fatores reais do poder, concebeu uma realidade destituída de qualquer elemento normativo.

7 Canotilho assim define a concretização constitucional: “*Concretizar a Constituição* traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* –, que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o *lado ‘técnico’ do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1127).

8 Para uma melhor compreensão dessa problemática, vale delinear os aspectos gerais de tais teorias. Começemos por Ferdinand Lassalle. Contemporâneo de Karl Marx e hegeliano de esquerda, Ferdinand Lassalle tornou-se um referencial do pensamento político constitucional a partir da conferência proferida em 16 de abril de 1862 para operários e intelectuais sobre a *Essência da Constituição*, na qual o autor constata a existência de dois tipos de constituições: a *Constituição real* e a *Constituição escrita*. A primeira representa uma *força ativa* determinada pelos *fatores reais do poder* existentes em determinada sociedade. Por sua vez, a Constituição escrita representa a mera reunião dos fatores reais do poder em um documento escrito, conferindo-lhes juridicidade. Seria, pois, mera *folha de papel*. Tanto que sua durabilidade estaria, para Lassalle, condicionada à sua compatibilidade com a constituição real. Caso isto não ocorresse, haveria necessariamente um conflito, no qual a parte mais fraca – leia-se Constituição escrita (*folha de papel*) – terminaria por sucumbir frente à

Doravante, é preciso evitar simultaneamente o pessimismo sociologista – que confere ao Direito tão somente uma tarefa descritiva do *status quo* –, assim como o ilusionismo normativista –, que dota o direito de poderes quase míticos, alienando-o da realidade concreta. A bem da verdade, o direito não só é determinado pela realidade, mas também a determina, ainda que limitadamente⁹. Caminhar entre a Cila do sociologismo e a Carídis do normativismo configura o desafio central imposto à força normativa da Constituição.

A existência da Constituição jurídica não se dá de forma autônoma em relação à realidade. Segundo o autor, as situações reguladas pelas normas constitucionais possuem uma *pretensão de eficácia*, isto é, de serem concretizadas na realidade. A realização dessa pretensão de eficácia apenas é possível através do reconhecimento das condições – naturais, técnicas, históricas, econômicas e sociais –, que exercem influência na conformação, no entendimento e na própria autoridade das normas constitucionais. No entanto, ela não se confunde com as condições de sua realização, possuindo, ainda que limitadamente, uma certa autonomia.

Constituição real. Por conseguinte, as questões constitucionais seriam questões puramente políticas, não pertencendo ao campo jurídico: “[...] a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social” (*A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 53). Se, por um lado, o sociologismo jurídico expôs as insuficiências das metodologias que ignoravam o papel das forças fáticas na formação e aplicação do Direito, por outro, terminou por esvaziar o ordenamento jurídico de qualquer conteúdo normativo, de qualquer autonomia. Em razão disso, a obra de Hans Kelsen pode ser compreendida como uma tentativa de resgatar a transparência, a nitidez, enfim, a pureza do Direito. A fim de evitar qualquer espécie de sincretismo metodológico, Kelsen busca extirpar todos os elementos metajurídicos (leia-se sociológicos, filosóficos, políticos, psicológicos e econômicos), que não só obscurecem o objeto do Direito, mas também comprometem suas delimitações: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (*Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1). Trata-se, em última instância, do império da norma em sua expressão mais radical. E, para que essa ciência logre a pureza, a especificidade lógica e a autonomia metodológica desejadas por Kelsen, é indispensável distinguir os juízos de *ser* e de *dever-ser*. O primeiro constitui um juízo de fato, um modo de observação característico da sociologia, que descreve os acontecimentos, tomando por base as suas causas. O segundo constitui um juízo típico da observação jurídica, sobre aquilo que deve verificar-se – ainda que efetivamente não ocorra. Doravante, para ser correto, o juízo de *dever-ser* não precisa necessariamente concordar com os fatos, bastando que decorra de um preceito válido. Cada um destes juízos é independente do outro, possuindo um método próprio. A disparidade existente entre estes juízos permite a Kelsen averiguar que a ciência do Direito não é uma ciência de fatos – como afirmava Eugen Erlich, partidário do *movimento do Direito livre* –, mas uma ciência de normas. Assim, ao engendrar suas teses, Kelsen perquire a possibilidade de construir uma ciência anti-ideológica e neutra, com o objetivo único de conhecer e desvendar seu objeto, isto é, o direito positivo como um sistema de normas jurídicas. Todavia, ao buscar elaborar uma ciência do Direito pura e verdadeiramente normativa, acaba por restringir a realidade social ao campo pré-jurídico, separando bruscamente o *fato* da *norma*.

- 9 Tal entendimento é compartilhado por Eros Roberto Grau, para quem o Direito não constitui mero reflexo da realidade social, sendo inclusive instrumento de sua mudança: “A superação de leituras equivocadas deita por terra as concepções de que o direito é exclusivamente um produto, puro, das relações econômicas, relações, essas, às quais ele (o direito) seria alheio. [...] O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. *A economia condiciona o Direito, mas o Direito condiciona a economia*” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 40-41 – grifos nossos).

A Constituição não representa um mero reflexo das forças sociais e políticas, mas também, através de sua pretensão de eficácia, busca determinar a realidade social. Expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser. Utilizando a terminologia de Lassalle, a *Constituição real* e a *Constituição jurídica* estariam em uma relação de coordenação, em que, apesar da interação recíproca, uma não depende da outra de forma absoluta. Isto nos leva ao segundo aspecto, que trata dos limites e possibilidades de atuação da Constituição jurídica, analisado sob o prisma da interdependência entre a ordem jurídica e a realidade.

Uma Constituição que pretenda ser concretizada não deve, segundo Hesse, formular em seus preceitos disposições puramente abstratas e teóricas, pois ela está condicionada pela realidade histórica de seu tempo. Sua pretensão de eficácia apenas se realiza quando são considerados os fatores culturais, sociais, políticos e econômicos existentes em determinada sociedade. Isto porque a Lei Maior só se converte em força ativa ao incorporar em si a *natureza singular do presente*. Caso contrário, irá carecer do germe de sua força vital.

Não obstante, a força normativa da Constituição é algo mais do que a simples vinculação a uma realidade concreta. A Constituição jurídica não pode, por si mesma, alterar a realidade, pois não constitui puro dever-ser, tal como Kelsen propunha. Todavia, Hesse reconhece sua capacidade de impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa na medida em que ocorre a efetiva realização dessas tarefas e identifica-se não apenas a disposição de orientar a própria conduta conforme a ordem nela estabelecida, mas também a vontade de concretizar esta ordem. Nas palavras do autor: “[...] a Constituição converter-se-á em força normativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”¹⁰.

Logo, apesar de reconhecer a importância dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, Hesse confere especial destaque à denominada vontade de Constituição, tendo como base os seguintes fatores: a compreensão do valor e da necessidade de uma ordem jurídica que seja inquebrantável, protegendo o Estado contra o arbítrio desmedido; a compreensão de que essa ordem estabelecida é algo mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, devendo, pois, se submeter a um constante processo de legitimação; a compreensão de que, diversamente do que ocorre com uma lei do pensamento, essa ordem não consegue ser eficaz sem que haja o concurso da vontade humana, de modo que sua vigência é não só adquirida, mas também mantida através de atos de vontade.

A Constituição jurídica não configura tão somente a expressão de uma dada realidade. Ela também é capaz de ordenar e conformar a realidade social, sendo indispensável que a convicção sobre a *inviolabilidade da Constituição*

seja o mais forte e ampla possível, especialmente no que diz respeito aos principais responsáveis pelo ordenamento constitucional.

Por outro lado, não se pode olvidar que a Constituição jurídica possui limites – dados pela natureza singular do presente – que a vontade de Constituição não é capaz de suprimir, aos quais deve se conformar, muito embora, “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição”¹¹.

No que diz respeito ao terceiro aspecto (pressupostos de eficácia), a Lei Maior deve buscar corresponder o máximo possível à natureza singular do presente, através da incorporação do *estado espiritual* de seu tempo. Isto faz com que a Constituição – enquanto ordem adequada e justa – obtenha apoio da consciência geral e assegure a sua defesa.

Da mesma forma, é necessário que a Constituição demonstre capacidade de adaptar-se a uma eventual transformação dos fatores que a condicionam. Nesse sentido, a estrutura unilateral que a Constituição possa vir a assumir representa um empecilho para a normatividade constitucional. Em outras palavras, a Constituição, para preservar sua força normativa, deve – através de cuidadosa avaliação – incorporar parte da estrutura contrária, pois:

Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração do poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um destes princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados.¹²

A práxis é outro fator que influencia a força normativa da Constituição, sendo indispensável a presença da vontade de Constituição na consciência dos *participantes da vida constitucional*. O fortalecimento do sentimento de preservação e respeito pela Constituição gera benefícios incalculáveis no que tange à sua eficácia, de modo que os cidadãos passam a vivenciar a Lei Maior, mesmo nos casos em que seja preciso abrir mão de algum interesse particular. Presencia-se aqui a constatação de que direito não possui aptidão para tão somente através da força determinar a conduta humana.

A fim de existir duradouramente – enquanto ordem legítima –, não basta ao Direito a simples coação; indispensável se torna a aceitação e o consenso fundamental acerca de seu conteúdo. Qualquer ordenamento que se pretenda efetivo deve ser capaz de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços, criando uma atmosfera de respeito pela Lei Fundamental, enquanto símbolo das conquistas de uma comunidade.

11 Idem, p. 24.

12 Idem, p. 21.

Afirma ainda o autor que – à exceção das normas de caráter técnico-organizatório – a Lei Maior deve, sempre que possível, limitar-se a estabelecer um número não muito extenso de princípios fundamentais, de modo que estes possam se desenvolver, apesar das constantes transformações da realidade político-social. Isto porque a constitucionalização de interesses particulares e momentâneos acaba por reduzir a força normativa da Constituição, na medida em que a revisão constitucional torna-se uma necessidade constante.

Forçoso é reconhecer o perigo que tal revisão representa para a estabilidade da Constituição quando feita de modo excessivo. A variação constante acaba gerando incerteza quanto ao caráter normativo da ordem vigente, na medida em que cada reforma constitucional traz em si – ainda de que modo implícito – a ideia de que a realidade é capaz de se sobrepor ao Direito, sempre que este não a reproduzir com fidelidade.

Enfim, a Constituição jurídica, para Hesse, não configura mera folha de papel, condicionada de modo absoluto pelos fatores reais do poder. Ela também é capaz de influenciar a realidade social, não devendo ser necessariamente considerada como a parte mais fraca. As questões constitucionais apenas deixam de ser *questões jurídicas* para tornarem-se *questões políticas* quando os pressupostos que garantem a força normativa da Constituição não forem realizados. Todavia,

se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se também, em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.¹³

A articulação entre o normativo e o fático também será o tema central da *hermenêutica concretizadora* do referido autor¹⁴. Enfatiza Hesse que as regras de interpretação clássicas têm constantemente se preocupado ora em extrair da norma seu significado já existente, ora em verificar a vontade do legislador ao elaborar a norma. Para averiguar o objetivismo da *voluntas legis* ou o subjetivismo da *voluntas legislatori*, deveria o intérprete tomar em consideração não apenas a letra da lei (elemento gramatical), como também o seu sentido proposicional (elemento lógico), a história de sua regulação (elemento histórico) e o sentido que a norma possui dentro do sistema ao qual pertence (elemento sistemático). *Mutatis mutandi*, essas regras serão identificadas pela maioria dos hermeneutas, inclusive em tempos mais recentes¹⁵.

13 Idem, p. 25.

14 Mediante a articulação do *programa da norma* com o *âmbito da norma*, conforme veremos adiante.

15 Na medida em que os elementos da interpretação, delineados por Savigny, por longo tempo exerceram uma função paradigmática no que tange à aplicação do Direito, vale transcrever aqui o entendimento do autor: "*El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el nuestro. Consiste, por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador. El elemento lógico tiende hacia la estructuración del*

Fruto do positivismo clássico, este tipo de pensamento acaba por transformar a interpretação em uma operação lógica de caráter meramente reprodutor¹⁶. Assim, o *método tradicional de interpretação* concentrava-se menos no problema concreto a ser resolvido, objetivando primordialmente determinar o conteúdo da norma a ser aplicada através de um raciocínio lógico-formal.

Nesse aspecto, tanto *objetivistas* como *subjetivistas*, ao buscarem a *mens legis* e a *mens legislatoris*, pretendem, através da interpretação, extrair o significado “correto” de uma vontade pré-existente, passível de ser determinada de forma puramente racional – o que garantiria um grau de certeza inquestionável, não importando a questão a ser solucionada. Todavia, as insuficiências dessa metodologia são bastante visíveis, conforme destacado pelo autor:

Em casos para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão. Onde nada de unívoco está querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada. [...] Considerar a averiguação da vontade objetiva determinada da Constituição ou da vontade subjetiva do constituinte como “objetivo” da interpretação significa, pois, querer assimilar algo que não é preexistente realmente e, com isso, desacertar a problemática da interpretação constitucional já no início.¹⁷

Destarte, Hesse irá conceber a interpretação constitucional como concretização, o que pressupõe uma compreensão do conteúdo da norma a se

pensamiento, o sea, hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes. El elemento histórico tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley. Esta debía intervenir en aquella de determinada manera; y el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho. El elemento sistemático, por último, se refiere a la conexión interna que enlaza todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad. Este plexo se hallaba lo mismo que el contexto histórico en la mente del legislador; y por consiguiente no conoceremos por completo su pensamiento, si no esclarecemos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debía intervenir eficazmente en el mismo. Con estos cuatro elementos se agota la comprensión de la ley. No se trata, por consiguiente, de cuatro clases de interpretación, entre las cuales se puede escoger según el gusto y el arbitrio personal, sino de diferentes actividades que deben cooperar para que la interpretación pueda dar éxito” (Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: Savigny, Kirchmann, Zitelmann. *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 83-84). Posteriormente, os juristas passaram a considerar, juntamente com estes, os quatro elementos clássicos da metodologia de Savigny, o elemento teleológico, que busca no fim imanente do Direito, o real sentido da norma.

16 Segundo Manuel García-Pelayo, o positivismo lógico-dedutivo se desdobra nas seguintes teses: “a) *El jurista há de atenerse a lo dado; lo dado es el Derecho positivo, y el Derecho positivo se agota en la ley, es decir, em las normas emanadas del Estado, y tal como lo han emanado del Estado. [...] b) La ciencia jurídica tiene un carácter reproductivo; no discute ni justifica, sino que para ella el Derecho positivo es dogma. [...] c) Frente al factum del Derecho positivo el jurista actúa con un método abstrato generalizador, hasta formular unos conceptos comunes y principios generales (dogmas) con validez para el conjunto. [...] d) Los conceptos y principios se conexian entre sí hasta formar un sistema, es decir, una ordenación sin contradicciones y en la que es posible subsumir cualquier caso. e) Así, pues, la jurisprudencia se reduce a pura lógica, de la que queda excluida toda consideración o referencia de índole histórica, sociológica, ética, etc.*” (*Derecho constitucional comparado*. 3. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 58-59).

17 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 58.

concretizar. Não obstante, tal entendimento só é possível ao intérprete dentro da situação histórica na qual ele está inserido, responsável pela construção de seu saber e pela formação de seu pré-juízo.

Além da apreensão do intérprete, também não se pode perder de vista o problema concreto a ser resolvido, elemento fundamental à concretização. Em suma, no procedimento concretizador proposto por Hesse, a interpretação deve estar vinculada à *norma constitucional* a ser concretizada, à *precompreensão* do intérprete e ao *problema concreto* apresentado. Sem esses fatores, não pode haver interpretação constitucional.

Na medida em que a Constituição não constitui um sistema fechado e uniforme – inclusive no que diz respeito a uma hierarquia de valores –, faz-se necessário o uso da tópica para a concretização do direito através da interpretação. Porém, o *procedimento tópico* deve estar *vinculado normativamente*, isto é, a norma não constitui um mero *topoi* que possa ser abandonado em prol de outros pontos de vista¹⁸.

O intérprete deve utilizar em sua atividade apenas os tópicos adequados a orientar a solução do problema, que permitam sua fundamentação do modo mais convincente possível. Antes de fazer uso da tópica, o juiz – através dos elementos tradicionais da interpretação – identifica o *programa da norma*, derivado do *texto da norma*, obtendo, assim, um conjunto de decisões possíveis. Todavia, a interpretação do texto da norma, apesar de determinar seu programa, não possibilita ainda uma concretização precisa.

A partir deste ponto é que a influência da tópica se faz mais visível, principalmente em relação ao âmbito da norma, orientando o Magistrado na escolha de uma entre as opções interpretativas possíveis para a solução do caso concreto:

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da “realidade” que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o “âmbito da norma” que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o “programa da norma”, como parte integrante do tipo normativo. Como essas

18 Na mesma linha, o entendimento de Gustavo Zagrebelsky: “Cabe decir, en general, que el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso. La ignorancia de cada uno de estos elementos de la interpretación produciría dos efectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos [como ocurre con a tópica] daría lugar a una pura y simple ‘casuística’, incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento [como ocurre con o positivismo jurídico] conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la ‘interpretación’ misma” (El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 132-133).

particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico.¹⁹

Percebe-se aqui a importância do conceito de mutação constitucional, na medida em que este permite a alteração da concretização do conteúdo de uma norma, embora seu texto permaneça o mesmo²⁰. Com isto, a despeito de ressaltar o elemento normativo, Hesse não o faz de modo estático e unilateral – baseando-se unicamente no texto da norma. Pelo contrário, concebe a normatividade dentro de um processo dinâmico de concretização entre o programa e o âmbito da norma, estruturando a decisão judicial em diferentes níveis.

II

Partindo da perspectiva conceitual de Karl Popper, defenderá Häberle a adequação da hermenêutica constitucional à *sociedade aberta*, através da

-
- 19 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 50-51. Ademais, a influência da tópica em Hesse também se manifesta através do elenco de princípios de interpretação constitucional propostos pelo autor (princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática, princípio da exatidão funcional, princípio do efeito integrador, princípio da força normativa da Constituição, princípio da interpretação conforme a Constituição), cuja função é eminentemente dirigente, tanto na valoração dos diversos pontos de vista quanto na resolução do problema posto. Confira: Idem, ibidem, p. 65-72.
- 20 Distingue-se a *mutação da modificação constitucional* – que realmente altera o texto da Constituição – e também do *rompimento constitucional* –, em que o texto da norma é desviado em cada caso particular, sem que ocorra sua modificação: “A problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam” (Idem, ibidem, p. 46). Quando as modificações constitucionais são dificultadas e, ao mesmo tempo, é concedido maior espaço para as mutações constitucionais, dentro dos limites traçados pelo texto, a Constituição logra produzir tanto uma estabilidade relativa – pois não pode ser modificada a qualquer momento, evitando a incorporação de interesses conjunturais momentâneos –, como uma elasticidade relativa – pois através da mutação constitucional cumpre melhor sua tarefa na realidade histórico-concreta de determinada sociedade. No entanto, cabe ressaltar que, na prática, as diferenças entre mutação e rompimento constitucional muitas vezes são demasiado sutis, visto que em ambos o texto da norma não é modificado. Poderíamos dizer que o rompimento configura uma espécie de mutação constitucional “inconstitucional”. É de se notar ainda que os limites impostos à interpretação constitucional decorrem da situação na qual não é mais possível um entendimento conveniente do texto da norma. Com isto se quer dizer: a atividade interpretativa inclui a possibilidade da *mutação constitucional*; não obstante, exclui o *rompimento* e a *modificação constitucional* por intermédio da interpretação: “Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*” (Idem, ibidem, p. 69-70). Ressalte-se, por último, que muito embora Hesse defenda que o aporte teórico proposto seja capaz de desenvolver uma fundamentação mais consistente da mutação constitucional – assim como de seus respectivos limites –, o próprio autor reconhece que não se trata de uma teoria acabada da mutação constitucional, senão de diretrizes a serem constantemente desenvolvidas. Nesse aspecto, Hesse permanece fiel a sua concepção da Constituição como ordem aberta, reconhecendo que a complexidade das relações sócio-jurídicas não permite a construção de sistematizações herméticas e absolutas, típicas do pensamento positivista. Confira: Limites de la mutación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Notas sobre el concepto de “cambio constitucional”. In: _____. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

democratização da interpretação da Constituição²¹. Segundo o autor, a teoria da interpretação constitucional tem concentrado seus esforços em dois pontos principais: a questão acerca das tarefas e objetivos da interpretação e a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da interpretação e suas regras.

Todavia, há um aspecto fundamental para o qual não se tem dado a devida importância: a questão relativa aos *participantes da interpretação*. Isto se dá em razão do forte vínculo que a teoria da interpretação constitucional tem mantido com um modelo de sociedade fechada, conferindo especial destaque aos procedimentos formalizados e à interpretação constitucional realizada pelos Magistrados. Contudo, por mais importante que seja a interpretação dos juízes, ela não é a única possível, visto que estes não são os únicos agentes que conformam a realidade constitucional.

Doravante, Häberle busca analisar as implicações decorrentes de uma revisão da metodologia jurídica clássica – vinculada ao conceito de sociedade fechada – e trabalhar uma metodologia centrada no modelo aberto e pluralista de sociedade, tendo como eixo principal o problema dos participantes do processo de interpretação constitucional.

Destaca, assim, que a interpretação tem sido tradicionalmente considerada tão somente como uma atividade dirigida, de modo consciente e intencional, à explicitação do sentido de um texto. Obviamente, esta concepção restrita – reflexo da metodologia civilista proposta por Savigny – é insuficiente à hermenêutica constitucional häberleana, tornando-se necessário o uso de um conceito mais amplo de interpretação, que reconheça a relevância do espaço público na sociedade aberta – de onde decorre sua tese, segundo a qual não é possível o estabelecimento de um número limitado de intérpretes da Constituição, na medida em que todos os órgãos estatais e potências públicas, assim como todos os grupos e cidadãos, estão envolvidos neste processo de interpretação, que deverá ser tão mais amplo quanto mais pluralista for uma sociedade²².

Tal afirmativa se fundamenta no fato de que todos aqueles que vivem a norma devem ser considerados como forças produtivas da interpretação, isto é, intérpretes *lato sensu* da Constituição, ou ao menos pré-intérpretes: “Toda

21 “La filosofía del llamado ‘espíritu abierto’ popperiano permite que la Constitución se halle ‘abierta hacia delante’, hacia el futuro, al igual que permite institucionalizar determinadas experiencias (apertura ‘hacia atrás’, por así decir) dejando espacio suficiente para desarrollar tanto el espíritu humano presente como el histórico.” (HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 88)

22 Häberle oferece a seguinte sistematização do quadro dos intérpretes da Constituição: (1) os que exercem função estatal: Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo; (2) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo: autor, réu, recorrente, testemunha, parecerista, associações; partidos políticos, entre outros; (3) os grandes estimuladores do espaço público democrático e pluralista: mídia (imprensa, rádio e televisão), jornalistas, leitores, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, etc.; (4) a doutrina constitucional, por tematizar a participação de todos os demais intérpretes (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 19-23).

atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada²³. Contudo, isso não significa a supressão da responsabilidade da jurisdição constitucional, tampouco nega sua relevância no que diz respeito ao processo interpretativo. Trata-se apenas de reconhecer a influência da teoria democrática sobre a hermenêutica constitucional, conferindo-lhe maior legitimidade²⁴.

Como os intérpretes jurídicos da Constituição não são os únicos que vivem a norma, não podem monopolizar a atividade interpretativa: “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 pode se supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”²⁵. Logo, a interpretação constitucional só pode ser pensada tendo em vista a *esfera pública* e a *realidade constitucional*, de modo que não é mais possível desconsiderar o papel do cidadão e das demais potências públicas na interpretação da Lei Maior.

Em outras palavras, significa o abandono do modelo hermenêutico tradicional, construído a partir de uma sociedade fechada, reconhecendo que não apenas o processo de formação é pluralista, mas também todo o desenvolvimento posterior, de modo que a teoria da Constituição – assim como a teoria da democracia²⁶ – exercem um papel mediador entre Estado e sociedade.

Tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista prático, a interpretação da Constituição não constitui um fenômeno absolutamente estatal, pois, além dos órgãos estatais e dos participantes diretos, todas as forças da comunidade política – ainda que de forma potencial – também têm acesso a esse processo. O papel exercido pelas pessoas concretas merece destaque na

23 Idem, ibidem, p. 13-14.

24 Sobre a relevância da teoria democrática para a teoria de Häberle, vale a transcrição dos comentários tecidos por Paulo Bonavides: “A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora. Mas para chegar a tanto faz-se mister uma ideologia: a *ideologia democrática*, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, concebido por Häberle, e que serve de base portanto a uma hermenêutica de variação e mudança” (*Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 471 – grifos nossos).

25 HABERLE, Peter. Op. cit., p. 15.

26 Importante notar que Häberle toma a democracia não apenas como uma delegação de funções para os órgãos estatais. Na sociedade aberta, ela também se desenvolve mediante a práxis cotidiana, utilizando formas mais refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e, principalmente, através da realização dos direitos fundamentais. É uma democracia do cidadão, com ênfase no viés participativo (e também deliberativo, diríamos nós), mais realista face ao fato do pluralismo do que a democracia popular: “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional. [...] A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. [...] Liberdade fundamental (pluralismo) e não ‘o Povo’ converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo” (op. cit., p. 37-39).

teoria de Häberle, inclusive no que diz respeito às funções estatais – leia-se parlamentares, funcionários públicos e juízes. A isto ele denomina personalização da interpretação constitucional.

No que tange ao processo político, Häberle reconhece sua relevância para a interpretação da Constituição²⁷. O legislador também possui um poder de conformação, assim como o juiz constitucional. A diferença existente se situa no plano qualitativo, ou seja, ao juiz é assegurado um espaço na interpretação cujos limites decorrem de argumentos de índole técnica. Todavia, sob o prisma quantitativo, não existiria, segundo o autor, diferença fundamental entre as duas situações. Vale a transcrição de suas palavras:

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível.²⁸

Observa-se, nesse sentido, que parte da esfera pública, assim como da realidade constitucional, é criada pelo legislador, de modo que seu papel possui uma função precursora na interpretação da Lei Maior e no processo de mutação constitucional, influenciando, inclusive, o posterior desenvolvimento dos *princípios constitucionais*. Por fim, a interpretação da Constituição também é influenciada pela Ciência do Direito Constitucional, catalisada principalmente por intermédio da jurisdição constitucional.

Häberle continua sua exposição buscando demonstrar a legitimação das forças participantes do processo interpretativo. Primeiramente, ele reconhece as possíveis críticas em relação ao seu trabalho. A principal delas traduz-se na constatação de que uma teoria constitucional defensora do postulado da *unidade da Constituição*, assim como da produção de uma *unidade política*, deve reconhecer o risco de a interpretação constitucional (dependendo de como for praticada) acabar se dissolvendo em um número excessivamente elevado de intérpretes e de interpretações, o que levaria à redução do elemento normativo, ou até à sua anulação.

27 Reconhecimento este que o leva a afirmar: “Não existe apenas política por meio de interpretação constitucional, mas também interpretação constitucional por meio da política” (op. cit., p. 26).

28 Idem, ibidem, p. 26.

Os defensores dessa crítica alegam que a legitimação para a interpretação deveria ocorrer de modo restrito, tão somente ao nível dos entes nomeados pela Constituição para realizar sua interpretação. Entretanto, Häberle entende que esse argumento perde sua força a partir do momento em que consideramos um novo fator a orientar a hermenêutica constitucional: o reconhecimento de que a interpretação é um processo aberto, no qual a ampliação do círculo de intérpretes decorre da necessidade de integrar a realidade no processo interpretativo.

A hermenêutica não se confunde, então, com um processo de passiva submissão, com a mera recepção de uma ordem, pois interpretar uma norma significa colocá-la no tempo, integrá-la ao contexto cultural, uma vez que, para Häberle, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”²⁹. Logo, a regra jurídica não é uma decisão prévia, simples e acabada; pelo contrário, é dependente da atividade exercida por todos os participantes de seu desenvolvimento funcional – que configuram forças ativas de sua interpretação, partes da publicidade e da realidade constitucional. Isto implica não apenas a personalização, mas também a pluralização da interpretação constitucional.

Da mesma forma, não tem fundamento a alegação de que a ampliação do círculo de intérpretes ameaçaria a independência dos juízes e a vinculação à lei. Isto porque não é possível através de tais fatores tentar ocultar o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e em face da realidade. O intérprete sempre se orienta pela teoria e pela práxis. Esta última, no entanto, não é conformada pura e simplesmente pelos intérpretes oficiais da Constituição:

*Una Constitución que no sólo estructura al Estado en sentido estricto, sino también al espacio público, y que constituye a la sociedad, incluyendo de manera inmediata el ámbito de lo privado, no puede hacer esto sólo de manera pasiva, esto es, tratar las fuerzas sociales y a las privadas solamente como objeto, sino que también debe incorporarlos activamente en tanto sujetos. [...] Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes constitucionales legitimados “gremialmente” y por el derecho funcional, significaría empobrecimiento y autoengaño.*³⁰

A abordagem proposta por Häberle traz consequências para o próprio processo constitucional: “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador”³¹. Acrescente o fato de que diversos problemas em torno da Constituição material não chegam à Corte Constitucional e será possível perceber que, mesmo sem a interpretação judicial, a Constituição subsiste.

29 Tal pressuposto não é desenvolvido de modo mais aprofundado por Häberle neste livro. Quem o aponta é Gilmar Ferreira Mendes, em sua apresentação à obra do referido autor, indicando a seguinte fonte: HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung*. In: RALF/SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. p. 293 (313).

30 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, p. 157.

31 _____. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, p. 42.

Em uma sociedade aberta, existem outras vias que levam à interpretação da Lei Maior – e o processo constitucional formal não é a única. Torna-se, pois, necessário o aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes, principalmente quanto ao alargamento da possibilidade de participação no processo constitucional, permitindo, por conseguinte, uma comunicação efetiva entre os diversos atores deste amplo processo de interpretação. Em outras palavras, o processo constitucional passa a ser parte do *direito de participação democrática*.

III

Sem romper plenamente com o debate positivista, mas acrescentando os elementos advindos da tópica, Hesse logrou conciliar mobilidade e rigidez constitucional, ser e dever-ser, sem desprezar a relevância do fático, tampouco do normativo. Na medida em que reconhecemos que não existe interpretação sem intérprete; que toda decisão implica em uma manifestação da vontade daquele que a realiza; que na tarefa de densificar uma norma genérica ao nível de um caso concreto sempre existe margem de livre apreciação por parte do aplicador da lei; verificamos que o racionalismo puro, a neutralidade absoluta e a objetividade plena – pregados pelo positivismo – tornam-se inviáveis.³²

A interpretação também constitui uma *atividade produtora* e criadora do direito, devendo a aplicação da lei atender, antes de tudo, ao indivíduo e à sociedade, que representam sua razão de ser. Nenhuma interpretação ocorre de modo abstrato, mas sempre frente a um *problema concreto* a ser resolvido, em condições históricas e sociais determinadas: “[...] a interpretação não é um fenômeno absoluto ou atemporal. Ela espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, bem como as crenças e valores do intérprete, sejam os do contexto social em que esteja inserido, sejam os de sua própria individualidade”³³.

O *ordenamento constitucional* longe está de possuir uma pretensa perfeição lógico-sistemática; pelo contrário, sua *incompletude*, ao deixar propositalmente determinadas questões em aberto, conforme destaca Hesse, é que o permite acompanhar as transformações sociais existentes, que se operam com uma intensidade cada vez maior, exigindo soluções imediatas que nem sempre podem aguardar as respostas das produções legislativas. Nesse contexto é que se destaca a relevância das mutações constitucionais como mecanismo de atua-

32 Embora a racionalidade absoluta seja inviável (assim como indesejável), devem os intérpretes buscar uma *racionalidade possível*, capaz de desenvolver um projeto concretizador que dê conta das insuficiências inerentes aos métodos de interpretação tradicionais, sem, contudo, cair em um voluntarismo incontrolável, procurando conciliar *razoavelmente* cognição e volição na atividade interpretativa. Na mesma linha, afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o intérprete/aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que ele deve desenvolver racionalmente” (*Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008. p. 95).

33 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

lização e criação do Direito, permitindo uma mudança “silenciosa” do sentido das normas constitucionais, capaz de atender às inovações e anseios de uma sociedade historicamente concreta e culturalmente específica.

Em última análise, ao reduzir a distância existente entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto, a atividade hermenêutico-decisoría torna possível o ajuste entre normas e fatos. Não obstante, a interpretação constitucional deve obedecer a determinados parâmetros. Conforme demonstra Hesse, através dela podemos obter uma mutação, mas jamais uma revisão ou ruptura constitucional. Ademais, a mutação há de ser inadmissível quando o significado obtido for completamente antagônico ao texto da norma. Eis, portanto, suas limitações.

Por certo, a aplicação dos postulados da nova hermenêutica alemã ao caso brasileiro deve ser feita com as devidas cautelas, de forma crítica e ponderada, buscando adaptá-los às peculiaridades da realidade sócio-jurídica na qual vivemos. Visto que o pensamento constitucional alemão demonstra um inegável avanço em questões que também são de nosso interesse, consideramos o recurso ao direito constitucional comparado perfeitamente válido – desde que não se resuma a uma operação simplista de “importação jurídica”.

À primeira vista, a hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse parece estar mais capacitada, usando as palavras do próprio autor, a ampliar a força normativa de nossa Lei Maior, enquanto que o *alargamento do círculo de intérpretes*, por pressupor um espaço público pleno e efetivamente democrático, encontraria sérias dificuldades de adaptação ao contexto pátrio. Tal crítica – na medida em que demonstra uma falsa compreensão do fundamento basilar que permeia a produção intelectual de Peter Häberle – não procede.

Ao propor uma democratização da interpretação constitucional, Häberle não tem em mente outra coisa senão situar a teoria da Constituição enquanto parte de uma *realidade cultural*, vendo na cultura – entendida a partir de seus três aspectos essenciais – tradição, inovação e pluralismo – o contexto orientador de todo o Direito, assim como de sua práxis.

Direito e cultura estariam, pois, intimamente relacionados, o que é perceptível não apenas no âmbito material de determinadas normas constitucionais (como, por exemplo, as relativas à educação, à arte, à ciência, etc.), mas também nas formas técnico-jurídicas pelas quais se manifestam (englobando aspectos jurídicos individuais, institucionais e também corporativos).

O direito constitucional cultural proposto por Häberle assenta-se nos mesmos princípios de sua hermenêutica, pressupondo o entendimento da cultura enquanto uma realidade aberta, capaz de dar conta do pluralismo hoje existente. A Constituição não se limita, para o autor, a uma mera reunião de normas, tampouco é determinada unicamente por fatores materiais, sejam estes entendidos como a estrutura econômica de Marx ou os fatores reais do poder de Lassalle.

A bem da verdade, Häberle supera e vai além do dualismo normas *versus* fatos, ao afirmar que a Lei Maior constitui em sua essência a expressão do legado cultural de determinado povo, de sua tradição e de sua experiência histórica, assim como o reflexo de suas esperanças, de suas expectativas e possibilidades reais de configuração futura, de modo a se encontrar sempre em uma relação de dependência cultural para com todo o povo. Seu resultado é, pois, obra de todos os intérpretes de uma sociedade que é aberta e pluralista.

Desse modo, a tarefa da exegese constitucional não está restringida ao momento da interpretação dos textos normativos, ganhando relevância o *papel condicionador* que os requisitos culturais exercem sobre a precompreensão do intérprete, ao ponto de até mera explicitação do teor literal de uma norma ser influenciada pelo respectivo contexto cultural. Consequentemente, toda modificação cultural termina por implicar uma transformação da própria exegese, configurando a cultura o pano de fundo material no qual se move a hermenêutica constitucional³⁴. Dito em uma frase, sua teoria pluralista da interpretação nada mais é que a concepção cultural da Constituição levada às últimas consequências³⁵.

Poderíamos, então, dizer que, se a doutrina de Hesse aponta soluções para o nosso presente, a teoria de Häberle aponta um caminho para o porvir, igualmente apto a realizar os princípios e valores democrático-constitucionais sob os quais se assenta a comunidade brasileira. Certamente, ao conceber a teoria da Constituição como ciência da cultura e defender a exegese constitucional enquanto processo público, Häberle tem plena consciência das demandas elevadas que sua proposta impõe para instituições e membros da sociedade (possuam jurisdição constitucional ou não)³⁶, cujo cumprimento pode levar a uma otimização da democracia – no sentido de formular cada vez mais leis em prol do pluralismo, assim como construir uma jurisprudência comprometida com o fortalecimento contínuo de uma cidadania ativa, sem a qual jamais haverá sociedade democrática.

34 Com isso, Häberle termina por promover uma relativização do conteúdo dos textos normativos: "*El aserto de R. Smend, de 1951, de que 'cuando dos leyes fundamentales dicen lo mismo, ello no significa que sea lo mismo' nos lleva a cuestionar cómo es posible justificar el hecho de que los mismos textos jurídicos que aparecen tanto en los llamados 'pactos sobre derechos humanos' entre el Este y el Oeste, como en las respectivas Constituciones occidentales, puedan y de hecho deban ser interpretados en el tiempo y en el espacio de formas diferentes. El telón de fondo material que vincula a cada uno de los diferentes criterios hermenéuticos no es otro que las propias culturas nacionales que subyacen a cada una de tales Constituciones; dicho con otras palabras: que el mismo texto encierra diferente contenido en cada una de las culturas en las que aparece, y todo ello además en función tanto del tiempo como del espacio*" (Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Technos, 2000. p. 45).

35 Confira: VALADÉS, Diego. Op. cit., p. XXXIV e ss.

36 Não é por outra razão que afirma o autor: "*La actualización de la Constitución a través de la libertad experiencial vivida por los ciudadanos y de la fuerza normativa del ámbito público exigen mucho de nosotros. El jurista, como exegeta constitucional – entendido en cualquiera de sus dos sentidos, estricto y amplio –, puede hacer mucho en pro de su proyección en el ámbito social y garantizar así la libertad de la ciudadanía. Finalmente el ciudadano tiene que tomar 'parte activa' en la positivación de la libertades existentes en el Estado y en la sociedad, contribuyendo a asegurarlas y afianzarlas, siendo todo ello precisamente uno de los objetivos primordiales que tiene encomendados en su papel de intérprete constitucional*" (HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*, p. 102-103).

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- _____. Notas sobre el concepto de “cambio constitucional”. In: _____. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Safe, 1997.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 3. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- _____. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.
- _____. *Pluralismo y constitución*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.
- _____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- _____. Limites de la mutación constitucional. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008.

MIKUNDA, Emilio. Estudio preliminar. In: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: Savigny, Kirchmann, Zitelmann. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, racionalidade prática e democracia. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC/RJ, 2000.

VALADÉS, Diego. Estudio introductorio. In: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.