



Os fatores reais do poder como elemento condicionante da hermenêutica contemporânea

Autor: Roberto Berttoni Cidade

Advogado, Mestrando em Direito pelo Univem

publicado em 16.12.2015

[\[enviar este artigo\]](#) [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente estudo tem por objeto a identificação dos **fatores reais do poder** nas teorias modernas. O conceito de fatores reais de poder foi utilizado por Ferdinand Lassalle, no século XIX, ao expor conferência a intelectuais e operários, como forma de fundamentar a existência de uma Constituição real que se sobrepõe à Constituição formal (jurídica). Ou seja, a conformação das normas e, conseqüentemente, seu âmbito normativo constitucional são regidos pelas tensões havidas entre os referidos fatores reais do poder, que se autolimitam. Ocorre que, apesar de os fatores reais do poder, hodiernamente, não serem mais acolhidos como único elemento conformador das normas constitucionais, eles se fazem presentes como condicionantes da concretização do Direito Constitucional, sendo parte significativa do processo hermenêutico e merecendo, portanto, devido estudo para sua identificação.

Palavras chave: Teoria geral do direito. Constitucionalismo. Poder.

Abstract

*This study's purpose is to identify the **real factors of power** in modern theories. The concept of real factors of power was used by Ferdinand Lassalle in the nineteenth century when exposing a conference to intellectuals and workers as a way to substantiate the existence of a real constitution that overrides the formal (legal) constitution. I.e., the conformation of the rules, and, hence, their constitutional regulatory framework are governed by existent tensions between those real factors of power, which are self-limiting. It happens that, although the real factors of power are no longer accepted as the sole shaping element of constitutional norms, they are present as conditioning factors for the implementation of Constitutional Law, being a significant part of the hermeneutical process, therefore deserving due study aiming at their identification.*

Keywords: General theory of Law. Constitutionalism. Power.

Sumário: Introdução. I Dos fatores reais de poder. II A força normativa da Constituição. III Da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. IV Do Direito posto e do Direito pressuposto. Conclusão. Referências.

Introdução

Há mais de um século (16 de abril de 1862), Ferdinand Lassalle proferiu conferência sobre a essência da Constituição, fundamentado no fato de que os fatores reais de poder são os

elementos preponderantes da conformação jurídica das normas constitucionais.

Em que pese as suas conclusões, hodiernamente, tenham sido refutadas, pois se admite que, além dos referidos fatores reais do poder, hão de ser observados outros elementos na conformação jurídica, é certo que seu pensamento foi um marco no racionalismo jurídico e que, até os dias de hoje, com alguma acuidade, hão de se verificar presentes os fatores reais de poder em teorias mais recentes.

Para compreender tal fenômeno, é imprescindível lembrar que Ferdinand Lassalle, sociólogo, buscava "descrever o direito" tão somente como fato social, pois não abordou o Direito Constitucional efetivamente com caráter de ciência (como hoje é compreendido), com conteúdo prescritivo, e não apenas descritivo, da realidade, tal qual ocorre com a Ciência Política e a Sociologia. Mesmo assim, não há como se ignorar sua contribuição.

Além disso, a referida conferência fora dirigida tanto para intelectuais como para operários. Assim, utilizou-se de terminologias para a compreensão de todos, provocando o público a se desnudar de ideias ou conhecimentos prévios para desenvolver o pensamento como se estivessem ouvindo teoria sobre o tema pela primeira vez, com enfoque liberalista, conforme contextualização histórica.

Feitas essas considerações, busca-se, por meio de pesquisa bibliográfica, apresentar os expoentes e suas teorias constitucionalistas que versam sobre a **Constituição** e sua **realidade constitucional**.

Busca-se, enfim, verificar se ainda é válida a afirmação de que a conformação constitucional se faz em observância aos fatores reais de poder descritos por Lassalle.

I Dos fatores reais do poder

Continuando, sucintamente, a referida conferência de Ferdinand Lassalle buscava responder ao questionamento de "Que é uma Constituição? Qual é a verdadeira essência de uma Constituição?".

Para solucionar essa questão, primeiramente analisa a conceituação jurídica, da época, do termo "Constituição", que, *grosso modo*, a definia como instrumento (pacto) de organização de Direito Público. Ou seja, as concepções técnicas jurídicas "limitam-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem, mas não explicam o que é uma Constituição" (LASSALLE, 2001, p. 6). Assim, o conceito técnico não seria suficiente a demonstrar qual seria a essência de uma Constituição.

Então, traça um comparativo entre a Constituição e a legislação ordinária e conclui que, "no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum" (LASSALLE, 2001, p. 8), dado o seu caráter de fundamentabilidade. Porém, essa resposta seria ainda insuficiente para satisfazer a indagação.

Dito isso, assevera que a essência da Constituição reside, em verdade, nos fatores de poder que conformam o Direito Constitucional, pois "Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, **a não ser tal como elas são**" (LASSALLE, 2001, p. 10-11). Em outros termos, seriam, "[...] em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação" (LASSALLE, 2001, p. 17).

Para demonstrar a validade dessa conclusão, no contexto da Prússia de seu tempo, descreve como sendo esses fatores reais do poder a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária, conforme se vê abaixo.

A monarquia – Considerando-se que o rei era o detentor do poderio bélico, verifica-se que, mesmo se o povo tendesse a abolir o regime monárquico, não poderia impor a sua vontade, pois aquele, contando com o apoio do Exército, estaria protegido. Conclui Lassalle: "um rei, a quem obedecem o Exército e os canhões, [...] é uma parte da Constituição" (LASSALLE, 2001, p. 12).

A aristocracia – Constituída pelos nobres (que também eram latifundiários), os quais formavam a Câmara Alta, fiscalizavam a Câmara dos Deputados e possuíam grande influência junto ao rei, por laços de interesses mútuos, o que lhes garantia “a saída do exército e dos canhões para seus fins, como se esse aparelhamento da força estivesse 'diretamente' ao seu dispor” (LASSALLE, 2001, p. 12). Assim, a nobreza também seria uma parte da Constituição.

A grande burguesia – Devido ao aumento das atividades industriais, a Constituição da época deveria tender aos anseios capitalistas, com primazia da liberdade de contratação de mão de obra **sem restrições** e da livre concorrência, em contraposição ao sistema feudal. Isto é, se houvesse intervenção de modo a impossibilitar, ou mesmo atrapalhar, o desenvolvimento econômico, os grandes empresários não teriam opção senão demitir uma grande massa de operários e certamente insuflá-los à luta, com as exigências de pão e trabalho. “Demonstra-se, assim, que os grandes industriais, enfim, são todos, também, um fragmento da Constituição” (LASSALLE, 2001, p. 12).

Os banqueiros – É certo que o governo, para implementar seus investimentos, necessita de grandes somas em dinheiro, que eram obtidas mediante empréstimos em troca antecipada de títulos da dívida pública. Com isso, “Vemos, mais uma vez, que também os grandes banqueiros, sejam eles quem forem, a bolsa, inclusive, são também partes da Constituição. Banqueiros também se tornam parte da Constituição” (LASSALLE, 2001, p. 16).

A pequena burguesia e a classe operária – Embora sabidamente possa existir a supressão dos direitos de liberdades e políticos com o uso da força, também é certo que a pequena burguesia e a classe operária se uniriam e se insurgiriam contra essa força, causando desordem e caos.

Enfim, hipoteticamente, mesmo se houvesse destruição completa dos textos legais e, por conseguinte, da regulação estatal, com a pretensão de reeditá-los, os fatores reais de poder atuariam de forma ativa, a exigir uns dos outros certos comportamentos que até então eram regulados pelas leis, a fim de dar perpetuação às **tradições de fato**.

Em outros termos, dada a evolução social (realidade) de cada “classe” (fator do poder), eventual tentativa de supressão ou extinção dos direitos de qualquer uma delas não seria aceita sem resistência.

Desta feita, as questões de organização estatal não estariam mais na esfera jurídica, mas sim no campo político, evidenciando ser, verdadeiramente, problemas de poder.

Sobre essa assertiva, destaca-se:

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; 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 exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” (LASSALLE, 2001, p. 40)

Portanto, uma Constituição somente seria válida (e duradoura) se afinada com a realidade dos fatores reais de poder, chegando o autor a qualificar o texto legal de somente uma folha de papel.

Em suma, sua formação seria a transcrição dos valores políticos de um dado momento histórico em um pedaço de papel, e, em havendo modificação dos fatores reais do poder, a Constituição deixaria de possuir identidade com a realidade e sua eficácia se manteria somente no campo do Direito. Sobre o tema, versa:

“Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas.” (LASSALLE, 2001, p. 17)

Então, como conclusão prática, afirma que os problemas constitucionais seriam alheios ao campo do Direito, consistindo em problemas de poder.

II A força normativa da Constituição

Primeiramente, há de se ressaltar os diferentes contextos históricos dos autores a serem trabalhados a seguir (todos do século XX) e daquele anteriormente tratado (século XIX): os dilemas e conflitos já não são mais os mesmos. No entanto, pretende-se identificar, nas teorias atuais, os mencionados fatores reais de poder, mesmo que utilizados com outras terminologias e funções na ciência do Direito Constitucional, uma vez que esses elementos possuem identidade ontológica, consoante a descrição de Lassalle.

Pois bem. Contrapondo-se às exposições do pensamento de Lassalle, Konrad Hesse propõe a teoria da **força normativa da Constituição** (baseada em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg em 1959), a qual, embora não negue a importância da realidade na conformação do Direito Constitucional, a compreende como um dos elementos condicionantes de concretização da norma.

Na obra que possui o mesmo nome da teoria, após tecer assertivas sobre as exposições de Lassalle, Hesse passa a opor as suas conclusões, iniciando pela afirmação de que o Direito Constitucional (e, conseqüentemente, a Constituição jurídica) é fruto de efetiva ciência, possuindo não só a característica descritiva como também a prescritiva, com sucedâneo no fato de que a Constituição possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Então, propõe as seguintes perguntas: **existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional?**

Para solucioná-las, tem como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Sendo assim, entende que não se pode admitir que somente a realidade conforma o Direito Constitucional, mas que este também possui efeito transformador sobre aquela.

Principia seu raciocínio no fato de que a Constituição, norma-base de todo o ordenamento jurídico, deve estar fulcrada na realidade sociopolítica do país. Nesse contexto, afirma: "a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser, não leva a qualquer avanço na nossa indagação" (HESSE, 1991, p. 14).

E prossegue afirmando que "a eventual ênfase em uma ou em outra 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).

Isso ocorre porque Hesse agrega à Constituição jurídica o elemento **vontade**, o qual se origina

"[...] 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 legitimada 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)

Então, dá-se a essa vontade, conjuntamente aos demais fatores do poder identificados, força ativa na sociedade. Sobre isso:

"A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição

transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, 1991, p. 19)

Em outros termos, embora se possa verificar que não ignore a necessidade de contextualização da realidade histórico-cultural (suscitada aqui como fatores reais do poder) para a interpretação/aplicação das normas constitucionais, também é de se entender que a vontade da Constituição, de igual forma, transforma essa realidade. Não se trata, pois, de mera adaptação racional da norma, mas sim da análise das possibilidades (condicionantes).

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, em uma relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.” (HESSE, 1991, p. 19)

É interessante, ainda, que a constatação das **possibilidades** se dá via interpretação, sendo que

“[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa **dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação.**”(destaque nosso – HESSE, 1991, p. 22)

Em suma, a pretendida ótima eficácia da norma constitucional necessita, indubitavelmente, de análise **das condições reais dominantes** (e aqui se entendem incluídos os velhos fatores reais de poder), assinalando que “As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)” (HESSE, 1991, p. 24).

Dito isso, tem-se que a “pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 15), a qual depende da observância das condicionantes, preservando a consciência de seus limites, em que a concretização da máxima força normativa constitui meta almejada pela ciência do Direito Constitucional.

“Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.” (HESSE, 1991, p. 27)

Chega-se ao ponto em que se constata que, apesar de ser utilizada a abordagem da realidade como condicionante da concretização das normas constitucionais, bem como de contrariar a assertiva de que a Constituição jurídica não se trata de mera folha de papel, é inegável que estão presentes também aqui os fatores reais de poder, a serem considerados no momento da interpretação da Constituição, como conformadores da própria vontade da Constituição, elemento limitador das possibilidades normativas.

III Da sociedade aberta de intérpretes da Constituição

Outro expoente constitucionalista consagrado é Peter Häberle, cuja doutrina tem sido incorporada no direito nacional, especialmente com a publicação da obra **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.

A teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição se traduz em método hermenêutico do qual deve participar todo o corpo social para a obtenção da norma, visto que quem vive a norma acaba por interpretá-la, ou, pelo menos, por cointerpretá-la, fazendo-se presentes, portanto, os fatores reais de poder, como se verá abaixo.

Desta feita, no que concerne à abertura e à intenção pluralista da interpretação, nota-se que "Ao 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 elemento cerrado ou fixado como *numerus clausus* de intérpretes da Constituição" (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Assim, o primeiro passo, por se tratar de método de interpretação aberta, é dar uma abrangência maior ao conceito de hermenêutica, o que ele faz nos seguintes termos:

"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** (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normativa do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e **sem as potências mencionadas.**" (destaque nosso – HÄBERLE, 2002, p. 14)

Como se nota, as "potências mencionadas" possuem características muito próximas àquelas descritas como sendo os "fatores reais do poder" mencionados por Lassalle.

É evidente, contudo, que a contextualização histórica de cada um é diversa. Porém, identifica-se nas forças produtivas de interpretação, principalmente as não oficiais, a função conformadora símile do Direito Constitucional dos tempos do Estado Liberal de Lassalle, com tensões recíprocas de limitação do exercício do poder normativo, típicas de um Estado constitucionalista.

Com isso, as questões jurídicas estariam atreladas intimamente às questões políticas, não havendo como ser dissociadas, buscando nessas forças produtivas de interpretação uma interpretação adequada consubstanciada no diálogo jurídico (racional).

Bem como não há como negar a "comunicação entre norma e fato" (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), a qual constitui condição da própria interpretação constitucional, sendo essa a razão para o pluralismo jurídico. Assim,

"Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes 'corporativos' ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significa um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes 'não corporativos' (*nicht-zünftige Interpreten*)." (HÄBERLE, 2002, p. 34)

Enfim, consoante a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, entende-se que a interpretação e o conseqüente estabelecimento do âmbito normativo não devem ser realizados segundo a lógica do "um ou outro" (*Entweder-oder*), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades.

Nessa linha, Mendes e Vale expõem a importância do pensamento de Häberle, ressaltando a consequência da utilização de tal método como sendo "uma teoria constitucional das alternativas" desembocando em uma "teoria constitucional da tolerância" (MENDES; VALE,

2008/2009, p. 9), e o citam:

“O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.” (grifo nosso – HÄBERLE, apud MENDES; VALE, 2008/2009, p. 9)

Por tudo isso, novamente nos deparamos com a análise das circunstâncias e condições da realidade como elemento intimamente ligado ao método hermenêutico. Ou seja, mais uma vez se encontram os velhos fatores do poder como elemento na ciência do Direito Constitucional, embora não como determinantes exclusivos da norma, mas como significativa parte de sua conformação pelas forças produtivas de interpretação pluralista.

Para lograr êxito nessa forma interpretativa plural, elenca os seguintes legitimados em um catálogo sistêmico para interpretação constitucional (lembrando se tratar da realidade alemã):

Órgãos do Estado – Que seriam aqueles com poderes de decisões vinculantes, como a Corte Constitucional, o Legislativo e o Executivo, ressaltando a possibilidade de revisão judicial pelo primeiro em se tratando dos demais.

Participantes das decisões – Todos aqueles que, de alguma forma, auxiliam na formação da decisão, tais como as partes em processo com recurso constitucional, pois justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um **diálogo jurídico**; outros participantes do processo, com direito de manifestação prevista na lei orgânica do Tribunal Constitucional, eventualmente convocados; os órgãos e as entidades estatais, assim como os funcionários públicos, agentes políticos ou não, nas suas esferas de decisão; os pareceristas ou *experts*; os peritos e os representantes de interesses, que atuam nos tribunais; grupos de pressão; partidos políticos e frações parlamentares; requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo.

Opinião pública – Via mídia, em geral, imprensa, rádio e televisão.

Doutrina – Por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação.

Em consequência dessa participação da sociedade na conformação constitucional, tem-se a relativização da interpretação, assim compreendida:

“1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os partícipes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.

2. Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida em que amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.

3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz.” (HÄBERLE, 2002, p. 41)

Por tudo isso, não há como falar em interpretação da Constituição sem análise do seu

conteúdo político, inclusive por ser seu elemento vital ou central. No entanto, o poder de conformação do legislador difere (qualitativamente) daquele do juiz; sob o prisma quantitativo, porém, não há diferenças. De qualquer sorte, a conformação encontra limites na própria Constituição.

De outro turno, quando se trata do fenômeno da mutação constitucional, Mendes e Vale, acerca da teoria abordada, explicitam:

"Retira-se da obra de Peter Häberle a observação segundo a qual não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*). Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz 'auslegen' bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de pós-compreensão (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende 'supervenientemente' uma dada norma. A pós-compreensão nada mais seria, para Häberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de pré-compreensão. [...] Em outras palavras, a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma." (HÄBERLE, apud MENDES; VALE, 2008/2009, p. 16)

Veja, sendo a mutação constitucional um fenômeno pelo qual, apesar de não se alterar o texto expresso da lei, altera-se o seu significado e o alcance do seu âmbito normativo, por meio de **interpretação**, em um processo lento, claramente perceptível somente quando confrontado cronologicamente em épocas distintas, ela tem como sua mola propulsora a alteração da própria realidade, ou seja, dos fatores de poder; daí a insistência em reconhecer a identidade ontológica destes com as condicionantes de interpretação na sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Conclui-se, portanto, que a conformação da norma ainda não prescinde da análise das circunstâncias fáticas, que influem significativamente no resultado interpretativo.

IV Do Direito posto e do Direito pressuposto

Em território nacional, incorporando muitas das assertivas já tratadas, tem-se a teoria do **Direito posto e o Direito pressuposto**, de Eros Grau, publicada em obra com o mesmo nome.

Inicia sua exposição salientando que, na análise do Direito, é imprescindível que se tenha uma visão crítica sobre o seu objeto, atuando-se como censor, e não como mero expositor. Assim, parte da premissa de que o Direito é um fato social, e a sua produção, derivada da realidade fática e do reconhecimento temporal "dos direitos". Logo, não se há de falar em Direito único, mas em diversos Direitos produzidos e reproduzidos no campo social.

Então, ao se referir à "ciência do Direito", em especial ao positivismo jurídico kelseniano (Direito posto pelo Estado), afirma que tal método se contenta com as questões formais, ou seja, de legalidade, uma vez que exclui de seu conteúdo (objeto) valores e axiomas, os quais são negados como norma.

Sendo assim, na visão de Eros Grau, o positivismo clássico não satisfaz o estudo do "Direito", haja vista denotar ser simplesmente uma ciência das normas jurídicas, de sua estrutura lógica, e deixar de explicar os elementos políticos da norma. Em razão disso, acolhe as críticas ao positivismo, reconhecendo ser necessário repensar a ótica da ciência do Direito.

Afirma que o Direito não é ciência, mas sim objeto da própria ciência do Direito, que é multifacetada (Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, dogmática, jurisprudência prática e teórica). Desta feita, a interpretação da norma, em especial a interpretação autêntica, não conduz a uma solução objetiva do litígio, mas sim a uma justificação adequada de seu resultado.

Isso porque interpretação autêntica (prática – decisão do juiz) é fruto da prudência (virtude da razão), e não ciência (objetividade), tampouco arte (geração de algo). Assim, a

interpretação autêntica é um estudo sobre a decisão, e não uma teoria da decisão, que garante um resultado previsível (daí que se diz científico enquanto método), dentre as possibilidades existentes (justificáveis), negando-se a existência de resposta única verdadeira.

Tanto é assim que assevera:

"A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em norma; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio pelo qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. [...] Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração [ciência], mas de justificação [virtude]. [nota nossa] [...] Pois a interpretação é convencional. Não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado, inexistente uma interpretação objetivamente verdadeira." (GRAU, 2011, p. 40)

Desta feita, distingue-se o normativista, o positivista, daquele vinculado à doutrina do Direito real, almejada hodiernamente, asseverando ser necessário ousar e buscar novas concepções hermenêuticas. Sobre o tema:

"Uma enorme distância aparta o direito positivo – porque apenas a ele, direito posto pelo Estado, temos dedicado atenção – dos estudos jurídicos que praticamos. É necessário transpormos essa distância, ainda que isso reclame coragem e ousadia. Coragem para reformularmos conceitos, critérios e princípios. Coragem para rompermos com sistemas estruturados sobre concepções antigas, no quadro técnico de ensino jurídico ultrapassadas – coragem de criarmos nossos próprios caminhos, o que reclama ousadia." (GRAU, 2011, p. 37)

Logo, para se conseguir uma hermenêutica consoante à realidade, os sistemas fechados de métodos tradicionais já não satisfazem a resolução da lide sem se observar a identidade do Direito posto com o Direito pressuposto.

Entende-se, aqui, por Direito pressuposto uma relação jurídica involucrada nas relações sociais, que brota à margem da vontade individual dos homens, mas as práticas jurídicas modificam as condições que o geram.

Ressalta-se que a base da referida teoria se dá em observância das teorias marxistas. Então, partindo das concepções marxistas de infraestrutura (sociedade), superestrutura (Estado) e sua base (mercado), o Direito pressuposto nasceria no seio da sociedade e seria então posto (positivado) pelo Estado. Dito isso, verifica o autor que o Direito pressuposto transcende a inicial noção de relação jurídica primária (contrato – base mercantil), condicionando a produção do Direito posto, e este, por sua vez, modifica o Direito pressuposto. Ressalta, ainda, que as ideologias, que possuem característica motivação falsa, nascidas no seio da sociedade, historicamente influenciam os meios de produção. Com isso, reitera que não se há de se falar em estudo do Direito, mas dos Direitos, que possuem expressão local e temporal (Direito de uma sociedade). Em suma, há uma causalidade recíproca entre o Direito posto e o pressuposto, que derivam dos diversos meios de produção e da sua relação e são por eles influenciados.

Desta feita, sendo o Direito pressuposto afeto a uma sociedade, não se há de falar em princípios "do" Direito, mas em princípios "de" Direito, que se referem a sistema jurídico específico. Não se nega que há alguns princípios comuns que se repetem em vários Direitos, mas isso não os autoriza a serem chamados de princípios do Direito, pois a sua repetição e a sua reiteração são frutos de conjecturas históricas.

Ainda, diz que toda norma jurídica é também moral ou social (gerada na infraestrutura), mas o inverso é falso. Então, para que uma norma seja considerada jurídica, é necessária a consciência coletiva da valoração daquela norma, a qual necessite de sanção como resposta, se violada. Por isso, apenas o Estado (monopólio da força) tem a capacidade de qualificar uma norma como jurídica. Nesse cenário, o legislador, em verdade, apenas constata a norma já eleita pela sociedade como necessária, para que, quando posta, passe a ter força

cogente.

Ou seja, o Direito pressuposto se presta a condicionar a formação do Direito posto, uma vez que cabe ao legislador criar qualquer Direito (posto), porém, este modifica o Direito pressuposto.

É assim porque "o direito pressuposto contempla e nele se opera a síntese dos padrões culturais da sociedade – e aqui são refletidos, em processo de causalidade recíproca, valores reproduzidos nas mesmas instâncias (política, religiosa, ideológica) da superestrutura" (GRAU, 2011, p. 37).

Em síntese, o dimensionamento do Direito pressuposto (princípio) é de plena consciência do povo e resulta em desestruturação do Direito moderno/formal (substancialmente informado pelos discursos jurídicos), permitindo a "criação" de um "Direito novo". Apesar de ser concebido como um princípio, não se ignora a sua força normativa.

Enfim, a teoria do Direito posto e do Direito pressuposto tem como espeque a existência de valores desenvolvidos no âmbito das relações sociais, que, se for da vontade do legislador, passarão ao Direito posto. No entanto, não se há de ignorar que, enquanto Direito pressuposto, já possuem reconhecimento pela consciência coletiva, devendo ser considerados no momento da interpretação e da aplicação das leis postas.

Dessa forma, o Direito pressuposto também acaba por encontrar identidade com os fatores reais do poder descritos por Lassalle, haja vista que, até ser posto, também só pode ser percebido no campo da filosofia, ou seja, da análise das relações de poder.

Conclusão

Da análise que se propôs, foi possível constatar que o teórico Ferdinand Lassalle, sociólogo, com orientações nitidamente liberais, é um dos precursores do constitucionalismo sociológico. Em seu estudo, afirma a existência de fatores reais do poder engendrados no âmago social, os quais, considerando-se que o Direito se presta à regulação social em certo momento histórico e em um território, dadas suas características de temporariedade, conformam as normas constitucionais.

Porém, há de se asseverar que sua teoria é radical em separar as questões de fato e as de direito, chegando à conclusão de que a Constituição nada mais é do que um pedaço de papel, tendo em vista que a elaboração da Constituição formal (ou jurídica) se dá no momento em que esses fatores do poder reduzem a termo suas tensões, e, passado o momento histórico, a sua validade (legitimidade) já não se encontra presente, pois essa folha de papel será dissonante da Constituição real.

De qualquer sorte, é inegável a sua contribuição para o estudo do Direito Constitucional, apesar de tê-lo feito apenas em caráter descritivo, tal qual ocorre nas outras ciências sociais, como Ciência Política e Sociologia Jurídica, uma vez que, ao identificar, especificar e isolar os fatores reais do poder (contextualizados à sua época), dá subsídio aos estudiosos para compor outras teorias, utilizando-os como elemento signifiante.

Em suma, invoca a realidade social, e todas as suas nuances, como elemento indissociável à ciência do Direito, na tentativa de demonstrar que esse estudo não pode ser elaborado pautando-se unicamente no racionalismo e no campo teórico hipotético para se encontrar a sua essência.

Desta feita, com o desenvolvimento social, a alteração dos contextos históricos e a evolução da ciência do Direito, as conclusões de Lassalle não são mais acatadas, uma vez que o constitucionalismo moderno reclama a inclusão de outros elementos conformadores da norma. No entanto, é possível identificar nas teorias hodiernas a presença dos mencionados fatores reais do poder, em que pese não mais ser utilizada essa terminologia.

Veja-se que Hesse, o crítico direto às concepções de Lassalle, na sua teoria da **força normativa da Constituição**, incorpora ao pensamento jurídico hermenêutico a necessidade de contextualização das possibilidades **fáticas** e jurídicas. Isto é, agrega o elemento vontade às possibilidades jurídicas como elemento ativo e modificador da realidade; contudo, a sua

eficácia, no momento da concretização das normas constitucionais, também se subordina à realidade (possibilidades fáticas), o que equivale a dizer que são levados em consideração, quando da ponderação dos institutos, os fatores reais do poder, sob pena de extrapolar os limites da própria Constituição viva, que irá adaptar-se à realidade tanto quanto a realidade será transformada pelo Direito, em uma reciprocidade constante.

Por seu turno, Häberle, na sua teoria da **Sociedade aberta de intérpretes**, tem como proposta central a interpretação plural de todo o corpo social na conformação da norma constitucional, uma vez que a norma só é norma quando interpretada. Para obter êxito nesse objetivo, convoca uma série de intérpretes legitimados a esse exercício, que, se comparados com os elencados por Häberle como forças produtivas de interpretação e com aqueles isolados por Lassalle como fatores reais de poder, a eles muito se assemelham. Decerto isso ocorre porque a interpretação das alternativas deve sempre contemplar a realidade como condicionante, sem, contudo, deixar-se dominar por ela. De outra forma, para garantir a legitimidade e a adequada interpretação (e aplicação) da norma constitucional, busca-se no pluralismo de intérpretes o seu dimensionamento normativo, com base nas tensões sociais, como forma de limites de interpretação.

E, por último, no que concerne à teoria do **Direito posto e o Direito pressuposto**, de Eros Grau, nota-se que a base de sua fundamentação, à semelhança do que ocorre com Hesse, tem como cerne a reciprocidade entre a realidade social e o âmbito normativo. Ou seja, é o Direito pressuposto que conforma o Direito posto, uma vez que o precede, mas, uma vez reconhecida tal relação como jurídica e transformada em Direito posto, esta também passa a modificar o Direito pressuposto. Então, considerando o Direito pressuposto como uma relação social desenvolvida historicamente que ganha caráter jurídico pela consciência coletiva, a hermenêutica hodierna deve romper com os métodos tradicionais de interpretação puramente racionais no momento da concretização das normas do Direito Constitucional, o que equivale a dizer que ela deve considerar a realidade, ou seja, os fatores reais do poder, para a adequação de seu âmbito normativo.

Posto isso, tem-se que estão presentes, ao menos como elementos integrantes condicionantes da hermenêutica contemporânea, os velhos fatores reais de poder identificados por Lassalle, razão pela qual a ciência do Direito Constitucional não pode ignorá-los em sede de interpretação, por ser o liame que permite a adequação da norma à realidade, a fim de obter uma efetivação (concretização) adequada e ótima.

Referências

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, p. 185-191, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/376/r138-15.pdf?se>>. Acesso em: 24 set. 2014.

FERREIRA, Gabriela Vidotti. Hermenêutica e mutação constitucional: diferenças entre mutação constitucional (Verfassungswandlung) e alteração formal da Constituição (Verfassungsänderung) – posicionamento do debate acerca do art. 52, X, da CF/88. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca/SP, v. 5, n. 1, p. 127-143, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>>. Acesso em: 24 set. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (versão digital 1999)

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 2, 2008/2009. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observ>>. Acesso em: 24 set. 2014.

SANTANA, Patrícia da Costa. Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 76, p. 71, jul. 2011.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 139, p. 71-81, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/388/r139-05.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

CIDADE, Roberto Berttoni. Os fatores reais do poder como elemento condicionante da hermenêutica contemporânea. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 69, dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Roberto_Cidade.html> Acesso em: 17 dez. 2015.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS