

A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA DE PETER HÄBERLE COMO CONTRIBUTO À DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Omar Serva Maciel

Advogado da União e Procurador-Chefe da União no Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Autor do Livro "Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional"-Mandamentos Editora (prelo).

Professor de Direito Constitucional da PUC-Minas. Professor de Direito Constitucional do Curso de Pos-Graduação "Lato Sensu" em Direito Público do Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA LINGUAGEM DO DIREITO. 3 QUEM SÃO OS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO? 4 A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA COMO FATOR DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 5 CONCLUSÃO 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Uma das mais controversas questões relacionadas à tematização da hermenêutica constitucional diz respeito aos atores autorizados a interpretá-la.

Nesse terreno investigativo, das mais valiosas é a contribuição de PETER HÄBERLE, quando, sistematizando seu pensamento a respeito, editou a memorável obra "A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição".

Esse marco interdisciplinar da Ciência, que teve como inspiração o magnífico trabalho de KARL POPPER, intitulado "A Sociedade Aberta e seus Inimigos", possui importância vital para o Direito Constitucional, em especial para os estudos encetados em torno do processo constitucional.

Em uma época em que tanto se fala na concretização dos direitos, mais até do que na positivação deles, chega a ser despidendo apontar as estreitas imbricações existentes entre o processo constitucional, o paradigma democrático e a tutela efetiva dos direitos, notadamente os fundamentais.

O presente artigo, que terá por objeto a noticiada obra häberliana, na tradução de GILMAR FERREIRA MENDES, propõe-se a contribuir ainda mais

para a reflexão em causa, valendo-se, para tanto, de algumas das idéias centrais adotadas pelo próprio professor alemão, bem como de aportes doutrinários de outros pensadores de renome.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA LINGUAGEM DO DIREITO

Após esclarecer que a teoria da interpretação constitucional tem-se preocupado basicamente com a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, bem assim com os métodos a serem por ela utilizados a fim de se colimar a finalidade estabelecida, HÄBERLE lança sua tese fundamental, aquela que principia sua obra e ao redor da qual seu pensamento se desenvolve, a saber, a problematização dos participantes do processo de interpretação constitucional.

HÄBERLE sustenta que há um sem número de intérpretes constitucionais que não podem ser desconsiderados à luz de postulados democráticos. Deve, assim, ser rompido o liame com os modelos de interpretação típicos de "sociedades fechadas", caracterizadas pelo formalismo procedimental e pelo prestígio da exegese oficial levada a termo por juízes e demais operadores jurídicos.

É intuitivo perceber que, ao censurar as teorias interpretativas presentes nas "sociedades fechadas", HÄBERLE está mesmo se posicionando contra aquela linguagem normativa cerrada, impenetrável por quantos não estejam afeitos ao tecnicismo vernacular.

Sem adentrar num aspecto que será analisado especificamente no item seguinte, cumpre observar que quem não está familiarizado com esse linguajar restrito é precisamente quem pode e deve (pré)interpretar a Constituição, significa dizer, a sociedade como um todo.

Mister, portanto, que o texto constitucional se veja, tanto quanto possível, liberto de expressões rebuscadas e herméticas, acessíveis apenas aos juristas de uma forma geral. Se se pretende, realmente, pluralizar a interpretação, impõe-se que a Constituição seja permeável a essa democratização de linguagem.

Reforça o argumento a indeterminação dos textos normativos. Com efeito, olvida-se, muita vez, que a linguagem ordinária ou natural funciona como um prius em relação à linguagem jurídica, razão por que alguns dos senões que informam aquela acabam por contaminar esta última. É o que acontece com as expressões e termos vagos e ambíguos que, ao migrarem para o plano jurídico, recebem a denominação de conceitos jurídicos indeterminados.

Ora, se os textos normativos comportam várias intelecções, plenamente justificada se encontra a interpretação pluralista, de vez que impede que apenas alguns poucos monopolizem o desvelamento do sentido lingüístico naqueles contido.

É o que defende GENARO R. CARRIÓ, ao assinalar que, verbis¹:

"Espero que se me conceda sin necesidad de una elaborada demostración que las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas. Esa no es una circunstancia meramente accidental; tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia remediable de la técnica de control social que llamamos derecho. El uso eficaz de esta técnica reclama que las reglas jurídicas sean comprendidas por el mayor número posible de hombres. La función social del derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquéllas estuvieran formuladas de manera tal que sólo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo".

Nessa ordem de idéias, a tessitura aberta do direito não constitui, assim, um problema incontornável para a construção da sociedade pluralista de intérpretes da Constituição, antes a pressupõe, prefigurando um verdadeiro ponto de partida.

3. QUEM SÃO OS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO?

HÄBERLE começa respondendo a essa pergunta dizendo que todo aquele que vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la².

Na impossibilidade, mais que isso, na inconveniência de se estabelecer um elenco exaustivo dos intérpretes constitucionais de uma sociedade aberta, porquanto dita assertiva traduziria uma contraditio in terminis, extrai-se a ilação de que todo e qualquer cidadão que, estando no raio de ação da Constituição, faça-a atuar, comunicando-se por ela e com ela, pode ser considerado um legítimo intérprete seu.

Nesse passo, fica rompido o circuito oficial de intérpretes, vale dizer, aqueles que fazem das leituras dos textos normativos, dentre os quais a Constituição, sua faina diária. Juízes, advogados e os operadores do direito de uma forma geral devem coabitar no plano da interpretação com os intérpretes leigos. Cumpre destacar que, para o Autor, essa interpretação oficial da

¹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1972. p. 37

² HÄBERLE, Peter. *A Sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1997. p. 13

Constituição tão mais se legitima e se credencia a adquirir força normativa, na festejada locução de KONRAD HESSE³, na medida em que impescinde desse trabalho interpretativo ou pré-interpretativo desenvolvido difusamente na sociedade.

Entrementes, sendo a interpretação constitucional uma atividade⁴, intérpretes haverão de ser aqueles que, não apenas “sofrem” a Constituição, mas concretizam-na, mediante um permanente “criar” e “recriar” do seu texto.

HÄBERLE se interessa pelo reconhecimento das pessoas como sujeitos constitucionais e não como objetos, ainda que a identificação e a reconstrução do sujeito constitucional estejam inçadas de dificuldades, como bem adverte MICHEL ROSENFELD⁵.

Vinculando a qualidade de intérprete constitucional ao conceito de status activae civitatis, HÄBERLE concebe a atividade interpretativa como um processo aberto, que não se compadece com uma postura de submissão, “... desde que não se confunde com a recepção de uma ordem”⁶.

Encareça-se que HÄBERLE, ao qualificar o cidadão como intérprete da Constituição, patenteia com tintas fortes sua divergência quanto à concepção rousseauniana de soberania popular. Nada melhor do que deixá-lo expor essa crítica ao contratualismo, verbis⁷:

"Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o 'domínio do cidadão' (Herrschaft dês Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular

³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1991.

⁴ HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 24. A propósito, permitimo-nos a seguinte crítica pontual ao raciocínio de HÄBERLE. É que este prestigiado Autor aparentemente retira do seu rol de intérpretes (idem, p. 20-23) a maioria silenciosa, representativa da comunidade como um todo, e que também vive a Constituição. Poder-se-ia abonar esse esquecimento caso se retenham as considerações preliminares (ibidem, p. 19) encarecidas pelo próprio Häberle a respeito da mencionada catalogação, no sentido de que o método empregado no seu discurso e os conceitos que o informam se ressentem de uma definitividade, como que justificando, por corolário, a natureza *in fieri* da classificação realizada. Igualmente, conjectura-se que o respeitável publicista alemão purga-se da mencionada omissão ao afirmar que a “*interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos*” (ibidem, p. 24). De qualquer modo, é de se causar espécie que essa exclusão tenha recaído numa categoria que desempenha papel tão importante no concerto pluralístico da contemporaneidade. Conquanto marginalizada pelo processo de exclusão socioeconômica, essa massa disforme e inorganizada compõe um pano de fundo decisivo para a construção dos canais de comunicação constitucionais que necessariamente haverão de existir em uma sociedade aberta de intérpretes. Aliás, precisamente por que pretende ser incluído no alvo das políticas redistributivistas - até para que não restem desacreditadas as promessas que soem serem feitas no âmbito das Constituições Dirigentes, tais como “erradicação da pobreza”, “equitativa distribuição de renda”, “solidariedade social”, “dignidade da pessoa humana” e etc -, esse “oceano de esquecidos” deve se fazer ouvir, posto que atua (e é essa a parcela de cidadania pró-ativa que lhe cabe), quando nada, como um *inconsciente coletivo hermenêutico*.

⁵ ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, jan. 1995.

⁶ HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 30

⁷ HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 38

(Die Bürger-demokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie).

A democracia do cidadão festa muito próxima da idéia 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. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo – termo sujeito a entendimentos equívocos – a partir da idéia de cidadão”.

A lucidez da abordagem feita por HÄBERLE radica no fato de que o conceito “povo” refere-se a uma dessas expressões “gordas” que podem ser facilmente manipuláveis, as mais das vezes pelas maiorias eventuais, descomprometidas com um sentimento de pertença e com a abolição de toda sorte de exclusões ou discriminações.

MICHEL ROSENFELD⁸, sensível à dificuldade material de identificação do sujeito constitucional, lembra que a expressão “We the people”, constante do preâmbulo da Constituição norte-americana, padeceu de várias apropriações de sentido ao longo do tempo, inclusive para efeito de explicitação de que nem todos os homens eram “povo”.

Oportuno notar que essa clivagem entre os conceitos de “cidadão” e “povo” vem sendo objeto de inúmeras abordagens.

FRIEDRICH MÜLLER perfilha o mesmo entendimento quando julga superados os modelos de democracia direta e de soberania popular de Rousseau. MÜLLER propugna, assim, uma revisão do conceito de povo, adjetivando-o de ativo - “povo ativo”.

Ao ensejo, válida a seguinte transcrição do seguinte excerto de uma das mais prestigiadas obras desse renomado pensador alemão, verbis⁹:

“A idéia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político”.

A própria crise do sistema representativo fomenta a descrença na lei como expressão da vontade geral. Essa passadista concepção de origem liberal-contratualista não se presta mais a fundamentar a atividade parlamentar, desde que a velocidade e a mutabilidade dos acontecimentos

⁸ ROSENFELD, Michel. Op. cit. p. 05.

⁹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Max Limonad: São Paulo, 2000. p. 57

num mundo globalizado estão a demonstrar, a mais não poder, que o texto normativo é incapaz de encapsular a vida.

Assim, a lei, que já se constituiu outrora na cidadela contra os desmandos do Estado, vem-se tornando amiúde naquilo de que os cidadãos, hoje, mais precisam se proteger. Não é por outra razão que HÄBERLE enfatiza uma cidadania ativa, visto que só com cidadãos que se reconheçam como titulares de direitos fundamentais que precisam ser validados diariamente é que poderá ser potencializada a interpretação pluralista da Constituição.

4. A INTEPRETAÇÃO PLURALISTA COMO FATOR DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De conformidade com o já encarecido, HÄBERLE fundamenta a interpretação pluralista averbando que não são apenas os intérpretes oficiais da Constituição que vivem a norma, razão por que não se lhes pode outorgar um monopólio interpretativo¹⁰.

Evidentemente, um dos esteios desse raciocínio consiste na tessitura aberta do texto constitucional, possibilitando uma variedade de interpretações.

Com razão, nesse ponto, KELSEN, quando cogita do "direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação", sendo suas as seguintes assertivas lapidares, verbis¹¹:

"Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgãos aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral ."

¹⁰ HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 15

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 390-391

A sentir, pois, de Kelsen, a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, aliada ao erro resultante da univocidade interpretativa, fazem da democratização da interpretação constitucional um imperativo hermenêutico. Disso, HÄBERLE evidentemente não discorda.

Consenso, todavia, parece não existir entre ambos em relação às conseqüências desse dilargamento interpretativo.

Considerando a Constituição como um processo público¹², HABERLE preconiza uma abertura interpretativa da Constituição de tal sorte a receber tanto leituras leigas quanto oficiais do seu texto. Em uma palavra: o cidadão comum é tão intérprete da Constituição quanto os operadores jurídico em sentido lato. Daí a expressão "Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição".

Afigura-se-nos, no entanto, que esse processo público e aberto de interpretação da Constituição não parece se conciliar com o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, que, adotado na Alemanha e em boa parte do mundo, é largamente tributário do pensamento kelseniano, segundo o qual apenas um seletivo grupo de juizes acreditados num Tribunal ou Corte constitucional detém o monopólio da interpretação da Constituição.

Em verdade, um discurso voltado para a potencialização dos intérpretes constitucionais e, conseqüentemente, favorável a uma maior "oxigenação" da interpretação constitucional, muito mais se aproxima da tipologia norte-americana do judicial review, mercê do qual todo e qualquer juiz se credencia como um natural e legítimo intérprete da Constituição.

Assim, lícito concluir que o que se encontra na base da proposta häberliana talvez seja uma censura tácita, como que numa catarse, à maneira de se interpretar a Constituição vigorante na Alemanha e praticada pelo Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht).

5. CONCLUSÃO

O paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe uma interlocução permanente entre os órgãos e instituições representativos do poder e os diversos setores que compõem a sociedade civil.

A participação do cidadão na adoção das decisões fundamentais para o convívio comunitário funciona, efetivamente, como um elemento legitimador das pautas públicas de comportamento.

No plano constitucional, a teorização de uma hermenêutica que viabilize a construção e a otimização de canais de comunicação entre os intérpretes ditos oficiais da Carta Política e a comunidade leiga será de importância vital para a conformação de uma jurisdição constitucional mais

¹² HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 32

consentânea com o pluralismo que caracteriza esses tempos de pós-modernidade.

Em razão disso é que a “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” idealizada por HÄBERLE é digna de encômios.

A consagração da obra, verdadeiro marco do pensamento jurídico e político-filosófico contemporâneos, dimana precisamente do aspecto de se conceber a Constituição como processo público.

E é esse sentimento de pertença, de cumplicidade constitucional, que possibilitará que os cidadãos se interessem pela Constituição, (pré) interpretando-a, compreendendo-a e aplicando-a, na exata perspectiva do processo hermenêutico concebido por GADAMER¹³. Só assim, como resultado desse sempiterno compromisso com o status activae civitatis, é que ficará resguardado o componente de pluralidade que permeia as Constituições contemporâneas, cuja gramática social reclama o surgimento de novos subtextos e que sejam estes desvelados.

Para além, portanto, de se reconhecer os cidadãos e as forças societárias como horizontes de compreensão constitucionais, impende também concluir que, mesmo no círculo oficial de interpretação, mais especificamente dentro da estrutura judiciária, haverá lugar para uma verticalização comunicativa, de tal modo que os juízes acreditados nas instâncias de base do sistema funcionem como pré-intérpretes de determinadas questões, notadamente daquelas consubstanciadoras dos chamados hard cases, que ulteriormente aportarão nos tribunais superiores.

Não se olvide, pois, que debates e dissensões eventualmente instaurados entre uns e outros protagonistas nunca causarão mal à democracia. Ao contrário, o que verdadeiramente a vitima é a ausência de interlocução. De conseguinte, a abertura interpretativa defendida por HÄBERLE não é outra coisa senão a abertura ao diálogo. E o logos, ao aproximar os homens, aproxima-os também das instituições, projeções deles que são. Aliás, não há outra forma de legitimação institucional senão por meio desse “choque dialógico”.

¹³ GADAMER.Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BONAVIDES, Paulo. _____. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- 2 CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.
- 3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 4 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.
- 5 HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.
- 6 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1991.
- 7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- 9 NETTO, Menelick de Carvalho. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição "lidos em cópia reprográfica digitada"*.
- 10 _____. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito*.
- 11 MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência; elementos de uma teoria constitucional*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1995.
- 12 _____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 13 ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. 28p. "lidos em cópia reprográfica digitada".
- 14 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1995.