D

emocracia e Interpretação Constitucional em Peter Häberle

Luis Eduardo Morimatsu Lourenço

Doutorando em Filosofia (CAPES) pela PUC-SP. Mestre em Filosofia e Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor da Escola Superior de Gestão e Contas Públicas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Resumo: O artigo pretende expor, de maneira não exaustiva, algumas das principais contribuições do constitucionalista alemão Peter Häberle à hodierna teoria da interpretação constitucional. Procurar-se-á destacar, principalmente, sua pretensão em conceber uma hermenêutica constitucional que faça jus à hipercomplexidade das sociedades contemporâneas, caracterizadas pelo pluralismo e dinamismo, mediante a ampliação do rol de intérpretes legítimos da carta constitucional. Neste sentido, destacará Häberle o papel eminentemente ativo da sociedade civil organizada no interior da esfera pública (*Öffentlichkeit*). De fato, subjacente à teoria do eminente constitucionalista alemão – como verdadeiro *Leitmotiv* – a crença na necessidade do aprofundamento da dimensão democrática das sociedades contemporâneas.

Palavras-chave: Häberle. Interpretação constitucional. Constitucionalismo contemporâneo. Teoria Constitucional. Teoria da Democracia.

Abstract: This study intends to present, in a non-exhaustive way, some of the main contributions of German constitutionalist Peter Häberle for today's theory of constitutional interpretation. It will be emphasized, above all,

his intention on conceive an adequate constitutional hermeneutics to the hyper complexity of contemporary societies - which are characterized by pluralism and dynamism - by expanding the number of possible legitimate interpreters of the constitutional charter. In fact, Häberle will emphasize the eminently active role of organized civil society within the public sphere (Öffentlichkeit). Underlying the theory of the eminent German constitutionalist - as true *Leitmotiv* - the belief on the necessity of invigorate the democratic dimension of contemporary societies

Keywords: Häberle. Constitutional Interpretation. Contemporary Constitutionalism. Constitutional Theory. Theory of Democracy.

1 Introdução

Um dos fenômenos mais marcantes quando do desenvolvimento da teoria jurídica contemporânea é a crescente proeminência que a teoria constitucional assume dentro dos diversos sistemas jurídicos nacionais e transnacionais, especialmente a partir da segunda metade do século XX. Neste contexto, destacam-se – pelo rigor metodológico e fecundidade das ideias – uma série de constitucionalistas responsáveis por contribuições fundamentais na consolidação do Estado Constitucional de Direito alemão do pós-segunda grande guerra. Tratava-se de tarefa – em virtude de motivos óbvios – especialmente árdua, deve-se reconhecer. Não obstante, tal empreendimento foi conduzido de tal forma, que restou por consolidar a doutrina constitucional alemã como marco doutrinário em âmbito internacional. São muitos os nomes que mereceriam ser destacados; em verdade, alguns destes protagonistas – Hesse e Müller, por exemplo – serão destacados com certa frequência no decorrer do presente artigo.

O esforço ora em curso pretende, por sua vez, apresentar algumas das principais contribuições de outro destes protagonistas da teoria

constitucional alemã: justamente Peter Häberle, doutrinador reconhecido em âmbito internacional, cuja influência se estende para além do âmbito da inteligência europeia. Com o intento de delimitar ainda mais o objeto do presente estudo, dedicar-se-á especial atenção às reflexões do jurista quando da necessidade de uma hermenêutica constitucional que garanta o aprofundamento da dimensão democrática do processo de interpretação constitucional, mediante a ampliação do rol de intérpretes legítimos da Constituição. Diante do inegável protagonismo que as teorias de interpretação constitucional assumem no âmbito da ciência jurídica hodierna – frequentemente buscando opções para além dos cânones clássicos da hermenêutica tradicional – restam poucas dúvidas quando da importância e pertinência das contribuições de Häberle.

Entre as principais contribuições do pensamento de Häberle, destacar-se-á, ainda, a sua concepção de uma hermenêutica constitucional que pretende fazer jus à hipercomplexidade das sociedades contemporâneas, caracterizadas pelo pluralismo e pelo dinamismo, e que ainda atue no sentido de fortalecer a capacidade de autodeterminação dos cidadãos, garantindo o amplo acesso à dimensão plenamente democrática no interior destas sociedades. Não por acaso, o jurista alemão adota como um dos norteadores de seu pensamento o conceito de “Esfera Pública” (Öffentlichkeit)¹.

É imperioso ainda destacar, neste momento, que o pensamento de Häberle encontra-se inserido em um horizonte significativo amplo, para além das fronteiras do Direito enquanto disciplina ultraspecializada. Um dos temas candentes da filosofia política contemporânea, a chamada “crise da representação política”, pode nutrir-se das ideias do jurista alemão, mesmo que eventualmente não se aceite dogmaticamente todos os seus desenvolvimentos e resultados. Subjacente à teoria Häberliana, ademais, toda a problemática compartilhada

por outros autores – nesse sentido, basta citar Arendt, Abendroth, Habermas, Sennett como exemplos – no que concerne à necessidade do fortalecimento, da abertura e da garantia de amplo acesso de ação à sociedade civil organizada.

Ademais, não se pode olvidar que a teoria da interpretação constitucional de Häberle se insere em um contexto – ainda em desenvolvimento – no qual a Constituição deixa de ser compreendida sob uma perspectiva deflacionista, assumindo seu caráter amplamente normativo. Naturalmente, sob tal perspectiva, e diante do desenvolvimento inegavelmente complexo da realidade material histórica nas atuais sociedades pluralistas, a tarefa do intérprete constitucional também se complexifica: o sentido do complexo normativo deixa de ser concebido como estabelecido em um plano *sub specie aeternitatis*, convidando ao constante e interminável exercício de compreensão e interpretação, exercício este que, por sua vez, tem como objetivo a integração e a equalização do plano normativo com o desenvolvimento temporal e fático das diversas sociedades.

Neste sentido, Konrad Hesse:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social, ou não consegue perceber o problema em sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p.13)

As palavras de Friedrich Müller – que destaca a insuficiência do modelo interpretativo tradicional – são, na mesma medida, esclarecedoras:

Enquanto forem indicadas como “métodos” da práxis e da ciência jurídica somente regras e interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação de teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da pré-compreensão da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir *in totum* de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista. (MÜLLER, 2005, p.45)

Outro aspecto que merece ser neste momento destacado: com a cristalização das amplas competências das contemporâneas cortes constitucionais e, conseqüentemente, com a cada vez mais frequente provocação destas cortes para o julgamento de questões de ampla repercussão social e política, considera o próprio Häberle que a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição converte-se em um imperativo processual e mesmo prático, na medida em que a resolução dos conflitos inerentes à própria substância de uma sociedade democrática não pode abdicar da atuação de todos aqueles que vivem a Constituição material:

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão

da própria vinculação à lei – devem ser ampliadas e aperfeiçoadas, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui. (HÄBERLE, 2002, p.47-48)

Consideram-se pertinentes, neste momento, algumas breves palavras no que concerne à metodologia adotada no presente artigo. Como principal eixo estruturador e norteador, obras de autoria do próprio Häberle: neste sentido, será evitado de forma consciente – quando da abordagem de seu pensamento – o recorrer aos comentadores, por mais competente que estes, de fato, o sejam. Procurar-se-á, portanto, recorrer ao texto Häberliano em sua integridade. Paralelamente, em diversos momentos serão destacados os ensinamentos de reconhecidos teóricos, com a principal função de reconstruir alguns aspectos gerais do estado de coisas da teoria constitucional contemporânea: com este expediente pretende-se demonstrar a profunda contemporaneidade do pensamento Häberle. Trata-se, ainda, de uma crença hermenêutica: texto e contexto, estrutura e gênese, acabam por se iluminar reciprocamente.

2 Da necessidade de uma teoria da interpretação constitucional em consonância com a complexidade inerente às sociedades pluralistas

De acordo com Häberle, as teorias da interpretação constitucional tradicionais orbitam em torno de duas questões privilegiadas, quais sejam: por um lado, questiona-se em nível teórico as tarefas e finalidades (*telos*) da interpretação constitucional; por outro, procura-se estabelecer o método, processo e regras de interpretação mais adequadas à complexidade inerente à tarefa. O jurista ora em estudo, por sua vez, defende a necessidade de se erigir uma terceira questão: o problema concernente aos sujeitos possivelmente legítimos da interpretação. Em uma sociedade pluralista – argumenta Häberle – não se pode olvidar da existência de um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação constitucional, processo este que se dá, frequentemente, de maneira ampla e difusa.

Não haveria razão na escusa da doutrina em analisar com seriedade o tema proposto: a teoria da interpretação constitucional teria permanecido por demais tempo vinculada a um modelo de interpretação que não faria jus à complexidade da realidade social nas contemporâneas sociedades democráticas e plurais, caracterizadas pela ausência de princípios unificadores unívocos. Antes, suas análises e investigações mais profundas se limitariam, frequentemente, à reflexão acerca dos procedimentos formalizados e da atividade interpretativa empreendida pelos juízes, dois aspectos que – embora constituam de fato a face mais visível do processo de interpretação – certamente não esgotam o processo fático de interpretação da Constituição materialmente viva. Uma teoria da interpretação constitucional que leve realmente a sério a complexa relação entre a Constituição e realidade material não poderia se contentar com um modelo marcado por uma concepção totalmente abstrata, em que sistema jurídico e

realidade permanecem como dois polos totalmente opostos, absolutamente isolados.

Dado o caráter normativo da carta constitucional – que simultaneamente responde e é provocada por aquilo que é de toda forma concreto e fático – deve-se empreender um esforço no sentido de estabelecer o rol daqueles agentes que vivem a Constituição e que acabarão por colaborar em sua devida integração à realidade. Imperativo, portanto, conceber um rol de intérpretes que esteja de acordo com a realidade plural e complexa das sociedades abertas, dado que a interpretação da carta constitucional é elemento necessário em sua perfeita concretização e efetividade. A tese que constitui verdadeiro *Leitmotiv* do pensamento do jurista merece ser exposta *ipsis litteris*:

Propõe-se a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. (HÄBERLE, 2002, p.13)

A interpretação constitucional, frequentemente concebida como restrita e reservada àqueles “vinculados às corporações” e aos participantes formais do processo jurídico-constitucional, deve destituir-se destes resíduos antidemocráticos e integrar-se na realidade, início e fim da interpretação, reitere-se, como mais um dentre os elementos da sociedade aberta:

Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela (interpretação constitucional) envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...) os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (Idem, Ibidem)

No mesmo sentido:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. Toda atualização da constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. (Ibidem, p.14.)

É cristalina a preocupação de Häberle em evitar que a Constituição se torne – para nos valermos da célebre expressão do expoente da social democracia europeia Ferdinand Lassalle – mera “folha de papel”. Sua teoria da interpretação constitucional é, antes, comprometida com a noção de um constitucionalismo plenamente vivo. Em “Nove ensaios”, ensinamos Häberle:

A constituição é cultura. Isso significa que não está feita só de materiais jurídicos. A constituição não é um ordenamento dirigido aos juristas para que eles possam interpretar as regras antigas e novas, mas que também serve essencialmente como guia para os não juristas, para os cidadãos. A Constituição não é só um texto jurídico ou uma obra normativa, mas também expressão de uma situação cultural, instrumento de autorrepresentação do povo, espelho de patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças. As Constituições “vivas”, como obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta, são a forma e matéria que constitui a melhor expressão e mediação da cultura, o marco para a (re)produção e a recepção cultural, bem como armazém das “informações” culturais, as experiências, as vivências e as sabedorias, sobrevividas. Igualmente profunda é sua validade cultura. Isso seria expressado da maneira mais bela numa imagem de Goethe, reformulada por Heller: a Constituição é “forma nascida da vida”. (HÄBERLE, 2012, p.187)

A evolução do constitucionalismo – em consonância com o desenvolvimento da realidade histórica, política e social – enseja questões de alta complexidade, de difícil resposta se o que se pretende é contar tão somente com o auxílio dos métodos interpretativos estabelecidos pela hermenêutica clássica, de inspiração civilista. De fato, não raramente, cabe à corte constitucional o julgamento de questões de ampla repercussão social, questões estas que se originam no seio ele mesmo da sociedade pluralista, isto é, da própria vida. A discussão e análise em nível teórico empreendida pelos juízos competentes, mediante interpretação da norma e do texto legal, evidentemente não é originária: ela não instaura o estado de coisas que leva à demanda de uma solução proposta. É notável e corriqueiro que determinadas questões que posteriormente acabam por ser objeto de análise das cortes sejam, anteriormente, tema de discussões acaloradas no âmbito da opinião pública. Não se pode ignorar a força normativa dos fatos:

Existem leis (...) que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional (...) no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p.46)

Em sentido convergente, Atienza:

Mas a maior parte dos problemas que os tribunais (...) têm de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e assim os argumentos que

ocorrem, suscitados pelos mesmos, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica. (ATIENZA, 2003, p.18)

Tais discussões por vezes resultam em posições em sentido contrário, absolutamente divergentes, que, não obstante, apelam como justificação teórica para as mesmas normas previstas em Constituição: tais normas, não raramente, têm como substância determinados Direitos Fundamentais. Não restam dúvidas, portanto, da existência – antes mesmo da devida instauração formal do procedimento jurídico a ser levado a cabo pela corte constitucional – de uma verdadeira interpretação constitucional antecipada por parte dos intérpretes legitimados em sentido amplo:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da 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 públicas mencionadas. (HÄBERLE, Op. Cit., p.14)

No mesmo sentido:

O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as

formas de participação ampliam-se acentuadamente (...) na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte da interpretação constitucional. (Ibidem, p.41)

Ora, não são apenas os “intérpretes jurídicos da Constituição” que vivem sob a égide de uma determinada Constituição e que, conseqüentemente, são por ela afetados, interpretando-a direta ou indiretamente. Tal concepção que restringe de tal forma o rol dos intérpretes da Constituição não é, sob a perspectiva de Häberle, adequada a uma sociedade democrática e plural: não existiriam razões que justifiquem o monopólio da ordem do discurso por qualquer segmento. Resume Häberle (2002, p.15) de forma plástica: “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”.

Ainda neste sentido, em o *Estado Constitucional Cooperativo*, afirma o alemão:

A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre – de forma escalonada – a procedimentos internacionais ou de Direito internacional de legislação e a processos de interpretação. (HÄBERLE, 2007, p.61)

É preciso, ainda, reconhecer que diante da ampliação da ação da justiça constitucional – aliada à hipercomplexidade das relações sociais e à tendência de

difusão de diversos campos de saber altamente especializados – não pode prescindir a corte constitucional do eventual auxílio de experts e técnicos, quando da resolução de questões que demandam o domínio de conhecimentos para além daqueles que podem ser exigidos do intérprete jurídico do sistema normativo. O jurista em estudo afirma categoricamente (HÄBERLE, 2002, p.17-18): “Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal”.

Naturalmente, diante do já exposto, não se pode conceber o campo da ciência do Direito como uma esfera totalmente autônoma, fechada em si mesma, imune à força normativa dos fatos e ao influxo dos outros diversos saberes. Por óbvio, Häberle não pretende afirmar que não haja certas competências específicas impostas àqueles que pretendem refletir cientificamente sobre o Direito: isto levaria a um afrouxamento indevido do critério de demarcação exigido.

O jurista, de fato, em nenhum momento afirma isto. Considera, no entanto, que a ciência do Direito não pode se conformar com uma postura metodológica abstratamente concebida que procura operar exclusivamente no plano de validade intrassistêmico. A própria práxis exigida pelos hodiernos desdobramentos da teoria constitucional contemporânea – e que se destaque o primado material da Constituição – exige do intérprete jurídico uma sempre renovada atenção para com o desdobramento da realidade factual, impelindo-o a não hesitar em buscar, quando necessário, o auxílio de outras disciplinas:

Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre estado e sociedade! (Idem, Ibidem)

3 A interpretação da Constituição enquanto processo contínuo

Uma “constituição aberta” como defendida por Häberle evidentemente pressupõe como condição de sua possibilidade uma teoria do sentido das normas constitucionais: a carta escrita não pode ser compreendida como um “dado” imutável, a partir do qual seria possível captar os sentidos dos enunciados normativos, sentidos estes que, por sua vez, encontrar-se-iam de forma rigorosamente estabelecidos em espécie de dimensão a-histórica. Tal concepção essencialista do sentido das proposições normativas – abstratamente objetivista – vai de encontro à noção de que a verdadeira constituição será sempre “o resultado – sempre temporário e historicamente condicionado – de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p.24)

A interpretação da Constituição republicana é – sob esta perspectiva – um processo sem fins preestabelecidos de antemão: a integração da norma à realidade fática não pode, portanto, prescindir de um contínuo processo de interpretação constitucional, que se dá ele mesmo no tempo e no âmago da esfera pública pluralista, desde que este processo, naturalmente, respeite amplamente a Publicidade. Assim afirma Häberle (2002, p.24): “A conformação da realidade da Constituição torna-se parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”.

Ainda neste sentido:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consciência, devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. (Ibidem, p.42)

Tendo em vista o que já fora dito anterior-

mente, quando da necessidade de uma ampliação do círculo de intérpretes – necessidade esta que decorreria da própria essência de uma sociedade democrática e pluralista, reitere-se –, defende Häberle uma investigação objetiva e empírica no sentido de definir aqueles que efetivamente participam da interpretação da Constituição:

Uma teoria constitucional que se conceba como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência. (HÄBERLE, 2002, p.19)

Tal investigação concreta teria ainda o importante condão de possibilitar a explicitação dos critérios materiais de justificação adotados pelo juízo que interpreta a Constituição. O fato de se conceber realisticamente qualquer intérprete como sujeito já desde sempre no seio do mundo da vida, inserido em um horizonte significativo ou forma de vida², não pode servir de escusa para uma decisão que seja fruto do mero arbítrio e capricho.

Contra qualquer postulado puramente decisionista, afirma Häberle:

(...) deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu afazer hermenêutico. Essa questão configura um enriquecimento e uma complementação da teoria da Constituição, que indaga sobre os objetivos e os métodos (indagando, assim, sobre a “boa” interpretação). Ela desempenha uma função auxiliar de informação ou de mediação. (Ibidem, p.20)

4 Da delimitação provisória do rol de intérpretes constitucionais legítimos

O rol resultante da empreitada häberleana, cujo principal intento é de constituir uma apresentação sistemática dos participantes do processo de interpretação constitucional – ainda que de forma provisória – é bastante amplo³. Em consonância com o já exposto, o referido catálogo em muito se distancia das tradicionais concepções que concedem o monopólio da interpretação dos enunciados normativos àqueles que exercem suas atividades em nome e em função do Estado. Não é de todo difícil perceber que a teoria do jurista alemão conscientemente se afasta do sistema de crenças legalista e exclusivista que chegou a ser amplamente dominante nos longos anos que se seguiram às primeiras codificações dos modernos Estados de Direito pós-revolucionários. Tal sistema de crenças possuía, entre suas características típicas, o fato de privilegiar quase que exclusivamente a fonte estatal da norma e a defesa veemente da restrição – na maior medida possível – da ação do intérprete: quão mais perfeita a norma (ou regra, se nos é permitido tamanho anacronismo), menor seria a necessidade de interpretação.

Ensina-nos Häberle, com a clareza que lhe é usual:

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A este processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. (HÄBERLE, 2002, p.22)

E prossegue, na mesma toada:

Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (Ibidem, p.24)

De acordo com o comprometimento teórico em relação à realidade das modernas sociedades pluralistas e democráticas – e na esteira de toda uma tradição contemporânea de pensamento que acentua a responsabilidade teórica e prática da sociedade civil organizada, algo que a todo o momento o jurista procura destacar – Häberle (Ibidem, p.22) considera “a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores” da interpretação constitucional. Ora, em consonância com o que já fora desenvolvido no presente artigo – ainda que de forma passageira – não se deve olvidar da intenção do jurista alemão em enfatizar a importância da atuação interpretativa empreendida no interior da esfera pública (*Öffentlichkeit*), atuação frequentemente negligenciada pelos cânones de interpretação clássicos.

Neste sentido, na obra *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*, o jurista alemão não hesita em afirmar que:

O âmbito do público-social opera “entre” o estado e o privado e se apresenta, por exemplo, como pluralidade aberta de partidos políticos (...) pluralidade aberta de associações e igrejas e, menos importante, pluralidade aberta de meios de comunicação. Esses âmbitos estão, em parte, assegurados por certos direitos fundamentais. A doutrina francesa possui o belo conceito de *libertes politiques* e

também a Constituição espanhola fala de “liberdades públicas” (título I, Capítulo 2, Seção 1^a). Quando o artigo 19 da Constituição italiana garante a todos professar livremente sua própria fé religiosa “individual ou associadamente”, ou quando o art. 23.1 da Constituição espanhola determina que “os cidadãos têm o direito a participar dos assuntos públicos diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos em eleições periódicas” (*status activus publicus*) mostra-se plenamente a dinâmica do público a partir da liberdade dos cidadãos: sua atuação criativa em última instância sustenta o estado constitucional. (HÄBERLE, 2012, p.71)

De fato, no que se refere à esfera pública, merece destaque entre os elencados no rol de intérpretes legítimos, em decorrência de seu caráter não ortodoxo e bastante amplo em abrangência, a presença da:

(...) mídia (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo), o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa dos leitores, as cartas dos leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais. (HÄBERLE, 2002, p.23)

5 Da atividade política-legislativa como elemento essencial do processo de interpretação e integração constitucional

O contemporâneo Estado Constitucional de Direito, como já muitas vezes destacado, assume contornos bem definidos nos anos que se seguem ao término da traumática experiência da segunda grande guerra mundial. Neste sentido, J.M. Kelly (2010, p.522):

Dentro dos estados europeus individualmente, houve também uma forte mudança da soberania “interna”, por meio da fortificação

de valores constitucionais contra os ataques legislativos ou governamentais, e a abertura dos processos do governo para controle popular e a inspeção independente (...)

E prossegue:

As Constituições da Itália e da nova República federal da Alemanha estabelecem tribunais especiais para julgar as leis e declará-las nulas, se consideradas inconstitucionais (Ibidem, p.523).

Como marcos teórico deste constitucionalismo sem dúvidas fortalecido, deve-se destacar, dentre outras características marcantes: a consolidação da supremacia material da Constituição, agora compreendida enquanto carta amplamente normativa; a expansão da competência dos tribunais constitucionais, destacando-se o controle de constitucionalidade dos atos normativos; e, ainda, o protagonismo reservado à teoria dos direitos fundamentais, direitos estes amplamente previstos em âmbito constitucional e agora concebidos como normas em sentido pleno, em detrimento daquelas teorias que os caracterizavam como simples declarações de princípios e/ou normas programáticas passíveis de concretização somente pela via da ação do legislador ordinário.

Que tal fenômeno deva ser compreendido em paralelo ao desenvolvimento – no campo do político – de uma concepção de Estado que procura oferecer uma alternativa para além tanto do estado liberal clássico do século XIX, quanto da ampla estrutura burocrática e antidemocrática que caracterizou o “Socialismo real” do século XX, é fato bastante documentado e amplamente estudado.

Ouçá-se o próprio Häberle que, em “Nove ensaios”, assim afirma:

No âmbito do estado constitucional, a controvérsia entre “capitalismo ou socialismo” não tem sentido: isso no caso do Estado constitu-

cional ter integrado plenamente, no curso da longa evolução dos níveis de texto, seja sob a perspectiva ideal seja real, a economia social de mercado como tal, mediante a criação do Direito Social e do Direito do Trabalho no contexto social da economia. A economia social de mercado constitui a tão frequentemente evocada “terceira via” e representa um relevante resultado em termos culturais. Em particular, depois da queda do socialismo, sobretudo na Europa do Leste, seria errado sagrar o “sistema capitalista” como vencedor. “Vencedor” é o modelo do estado constitucional e não só porque este tenha alcançado individualizar soluções justas em relação à questão social. (HÄBERLE, 2012, p.135)

É válido ressaltar que, dentro da realidade do *Welfare State* europeu, cabe ao Estado uma série de medidas e procedimentos que visam proteger e concretizar Direitos Fundamentais que se estendem para além daqueles de primeira geração (ou dimensão).

Assim nos ensina Konrad Hesse:

O desenvolvimento técnico, científico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão do trabalho, que vão de acordo com ele e, na sua consequência, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado, conduziram à sua “pluralização” e à sua “democratização”. Eles puseram o estado diante de tarefas novas e crescentes, porque a vida econômica, social e cultural moderna carece da planificação, guia e configuração, porque ela deixa aparecer, em medida crescente, a tarefa da “assistência vital” e porque asseguramento e auxílio social são considerados mais e mais como uma tarefa do Estado. Nessa medida, na qual, com isso, atividade estatal ganha significância para a vida econômica e social, e na qual a dependência do particular desta atividade aumenta, o estado é puxado para a luta dos grupos grandes, que nascem no correr do desenvolvimento igual, econômicos, opos-

tos entre si, e a natureza das discussões políticas alterada. Se os grupos sociais, até agora, resolveram sua oposição debaixo e fora do quadro da ordem estatal, então eles dirigem sua tendência e suas esperanças doravante diretamente para o poder econômico e seu centro, o Estado governante e administrador. (HESSE, 1991, p.32)

Diante de tal percurso brevemente esboçado, restam poucas dúvidas que a relação entre Direito e Política – diante dos desdobramentos da teoria do direito e, em especial, do constitucionalismo contemporâneo – enseja questões de alto grau de complexidade, em nível prático e teórico. Neste momento, válidas as breves considerações seguintes, bastante típicas:

Um dos aspectos mais relevantes dos textos constitucionais modernos é a existência de Tribunais Constitucionais (TC), como órgãos jurisdicionais para a realização da justiça constitucional, que visam à defesa dos princípios e valores consagrados, com o estabelecimento de um conjunto de regras que configuram o seu estatuto. O modelo de TC adotado em muitos países europeus – destacando-se particularmente os casos da Alemanha, de Portugal e da Espanha – realça a importância da justiça constitucional no quadro do estado de Direito, a qual advém da força das decisões proferidas, que assumem uma natureza correctiva da legislação emanada dos órgãos legislativos instituídos, através da interpretação das normas constitucionais que impõem tais valores e princípios, os quais deverão ser adoptados na legislação que em concreto for aprovada. A crescente importância das decisões dos TC é um aspecto muito relevante do constitucionalismo actual, dadas as implicações jurídicas e políticas de suas decisões (...) Neste particular, um dos aspectos fundamentais é a repercussão política das decisões dos TC, em vista da separação dos poderes e das relações institucionais existentes entre poderes constitucionais. A influência das decisões em matérias da competência destes tribunais

permite impor a jurisprudência constitucional aos órgãos do poder político. (HESPANA (Org.), 2011, p.152-153)

Não é de espantar que, diante de tal conjuntura, haja uma série de questionamentos no sentido de uma suposta desmedida ação interventora do Judiciário, fato que, presumidamente, violaria o preceito da separação e equilíbrio entre os poderes. Não temos a intenção de nos debruçar sobre tal espinhosa controvérsia. O breve percurso anteriormente empreendido tem tão somente um único objetivo: poder-se-ia argumentar que a teoria da interpretação constitucional de Häberle ora enfatiza em demasia a atividade interpretativa da sociedade civil organizada agindo no interior dos limites da esfera pública, ora enfatiza tão somente a atividade interpretativa dos juízos competentes.

Nesse ínterim, o processo de interpretação do legislador ordinário acabaria por desvanecer em processo meramente acidental. Não é de fato o caso; o jurista alemão não só considera a legitimidade da dimensão política da interpretação constitucional, como enfatiza de forma clara e inequívoca a importância da interpretação constitucional empreendida pelo legislador:

O muitas vezes referido processo político que, quase sempre, é apresentado como uma sub-espécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitutione 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. (HÄBERLE, 2002, p.26)

E prossegue:

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 desenvolvido 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. O poder de conformação de que se dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações. (Ibidem, p.27)

Ora, deve-se reconhecer que, sob a égide do Estado Constitucional de Direito, a atividade do legislador está submetida aos limites materiais (e formais) previstos em Constituição. Mas é da essência ela mesma da Constituição aberta que a ação provocadora do legislador, muitas vezes em consonância e/ou desencadeada pelas discussões empreendidas no âmbito da opinião pública, atue como importante fator de desenvolvimento do processo de conformação da realidade constitucional com o plano fático:

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia. (Ibidem, p. 48-49)

Ademais, não se pode ignorar que a esfera política institucionalizada atua de forma – se não privilegiada – destacada no processo de interpretação constitucional, atividade in-

interpretativa esta que pode até mesmo resultar em eventuais mutações constitucionais, típico influxo de caráter normativo que, consequentemente, convidará a novos processos interpretativos, em verdadeiro processo contínuo:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimento que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição. (Ibidem, p.27)

6 Da possível ameaça à unidade política e constitucional

É evidente que a teoria de Häberle, ao propor um rol de intérpretes legitimados que supera quantitativamente ao tradicionalmente concebido, deve não somente propor a ampliação em abstrato: deve ainda oferecer fundamentos e razões, no sentido de oferecer uma devida justificação teórica da própria ampliação proposta. Neste sentido, afirma Häberle (Ibidem, p.29) expressamente: “a questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados

para exercer a função de intérpretes da Constituição”.

Como o próprio jurista reconhece, tal ampliação do rol de intérpretes poderia vir a ser criticada no que tange a uma hipotética ameaça à unidade política e à unidade teórica do complexo normativo constitucional:

Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e de intérpretes. Uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a submeter-se a esta crítica. Tal situação, todavia, não se há de verificar apenas no quadro de um inventário realista. Essas objeções devem ser avaliadas de maneira diferenciada, tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição (Idem, Ibidem.)

De fato, tal objeção não é propriamente uma novidade, especialmente no interior do contexto alemão; já Hesse destacara as limitações desta crítica:

Formação da unidade política não significa a produção de um estado harmônico de concordância geral, de todo, nem a abolição de diferenciações sociais, políticas, ou organizacional-institucionais por unificação total. Ela não pode ser pensada sem a existência e o significado de conflitos para a convivência humana. Conflitos são capazes de preservar do entorpecimento, de um ficar parado em formas superadas; eles são, embora não sozinhos, força movente, sem a qual a transformação não iria se efetuar. Se eles faltam, ou se eles são reprimidos, então isso pode conduzir ao imobilismo de uma estabilização do existente, isto é, porém, à incapacidade de ajustar-se às condições transformadoras e produzir novas configurações: a ruptura com o existente torna-se um dia então inevitável

e o estremecimento tanto mais profundo. Sobretudo, não só tem importância que haja conflitos, mas também, que sejam regulados e vencidos. O conflito como tal ainda não contém a nova configuração, senão somente o resultado ao qual ele conduz. E sozinho o conflito não é capaz de possibilitar vida e convivência humana. Por isso, é importante tanto dar lugar ao conflito e seus efeitos como (...) garantir a produção e conservação da unidade política, nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar a unidade política por causa do conflito (HESSE, 1991, p.30)

E prossegue o constitucionalista alemão:

À compreensão do estado atual, que descobriu a historicidade de seu objeto (e de sua própria historicidade), a “invasão do tempo”, a qual deixa converter aquela em “categoria da estrutura interna do estado e do Direito”, está proibido o recurso a semelhantes ideias de Estado como uma unidade situada do outro lado das forças históricas reais, determinada, substancial-imutável; isso tanto mais que o desenvolvimento industrial moderno e as alterações que ele produziu não mais admitem descuidar o problema da formação da unidade política e isolar o Estado de seu substrato sociológico. (Ibidem, p.31)

7 Constituição e Cultura: legitimação a partir da Teoria da Constituição

É evidente que a ampliação do círculo de intérpretes proposto por Häberle tem como estofo teórico, ainda, certa compreensão sobre a própria natureza da Constituição – questão, ademais, das mais clássicas dentro do constitucionalismo alemão – e de sua conseqüente inserção em uma sociedade democrática pluralista. A justificação teórica proposta não pretende se escusar, portanto, de dois desafios impostos à sua teoria, quais sejam:

1. Uma legitimação a partir da teoria da Constituição.

2. Uma legitimação a partir da teoria da Democracia pluralista.

Uma legitimação a partir da teoria da Constituição inevitavelmente se defrontará com uma tortuosa questão, qual seja: afinal, o que é a Constituição? Trata-se de umas das mais clássicas questões impostas ao constitucionalista em nível teórico e que assume especial protagonismo no contexto intelectual alemão. Assim ensina Bonavides:

Que é afinal de contas uma Constituição? A pergunta de Lassalle, há mais de um século, quando a luta social entrou a impugnar os valores da sociedade burguesa, foi a mais importante que já se fez no Direito Constitucional, desde a interrogação de Sieyès, em circunstâncias semelhantes, aos constitucionalistas franceses sobre o “terceiro estado” e a natureza do poder constituinte. (BONAVIDES, 2012, p.177)

Häberle não pretende se esquivar da questão: é de toda forma evidente que sua teoria concernente à democratização da interpretação constitucional – a partir de uma ampliação do rol de intérpretes legítimos – parte de uma determinada compreensão da natureza e fins da Constituição. Assim define Häberle o escopo de uma teoria da Constituição em “El Estado Constitucional”:

A teoria da Constituição tem por objeto o tipo de Constituição democrática tal qual foi implantada no mundo livre, não somente no ocidente, seus conteúdos e procedimentos essenciais, mas não na profundidade de suas manifestações particulares e sua evolução no curso da História (...) as menos desde o “*annus mirabilis*” de 1989. Este tipo se compõe de elementos ideais e reais – referentes ao Estado e a sociedade – os quais não foram alcançados ao mesmo tempo em praticamente nenhum Estado constitucional, mas que indicam tanto a uma situação ótima do que deve

ser, assim como a uma situação possível do que é. (HÄBERLE, 2003, p.1)⁴

E prossegue:

Tais elementos são: a dignidade humana como premissa, realizada a partir da cultura de um povo e dos direitos universais da humanidade, vividos desde a individualidade deste povo, que encontra sua identidade em tradições e experiências históricas, assim como suas esperanças nos desejos e na vontade criadora em vista do futuro; o princípio da soberania popular, não compreendida como competência para a arbitrariedade nem como magnitude mística superior aos cidadãos, mas sim como fórmula que caracteriza a união renovada constantemente na vontade e na responsabilidade pública; a constituição como contrato, em cujo marco é possível e necessário fins educativos e valores orientadores; o princípio e a divisão de poderes tanto em sentido estrito, relativo ao Estado, quanto no sentido amplíssimo do pluralismo; os princípios do Estado de Direito e o Estado Social, o mesmo que o princípio do Estado de Cultura aberto; as garantias dos direitos fundamentais; a independência da jurisdição, etc. Tudo isto se incorpora em uma democracia cidadã constituída pelo pluralismo (Idem, Ibidem)⁵

Em “Nove ensaios”, o jurista alemão expõe algumas reflexões neste sentido que, a despeito de sua brevidade, são particularmente esclarecedoras:

A compreensão científico-cultural das Constituições nos proporciona ao mesmo tempo a convicção de que a Constituição não é unicamente um ordenamento jurídico para os juristas, para que esses a interpretem em harmonia com novos e velhos textos jurídicos, mas sim que a Constituição opera essencialmente como guia para os não juristas, para os cidadãos. A Constituição não é só um texto jurídico ou um conjunto de regras

normativas, mas também é expressão de um determinado nível de desenvolvimento cultural de um povo, espelho de seu patrimônio cultural e o fundamento de suas esperanças. (HÄBERLE, 20012, p.243)

A partir destes pressupostos teóricos ora explicitados, é possível uma compreensão – assim cremos – mais clara dos argumentos de Häberle, quando este propõe uma justificação da ampliação do rol de intérpretes que parte justamente de uma teoria da Constituição materialmente fundada. Na medida em que, como anteriormente destacado, o jurista afirma que a Constituição opera essencialmente como guia para os não juristas e que esta não é só um texto jurídico ou um conjunto de regras normativas, e que, ainda, a carta se incorpora em uma democracia cidadã constituída pelo princípio do pluralismo, não se pode olvidar que, ao operar como força viva no interior de determinada situação e época, uma teoria da Constituição não pode abdicar de incorporar aqueles que são determinantes e determinados – ora como sujeitos, ora como objetos – pelo disposto na carta:

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “*res publica*” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo da tensão do possível, do real e do necessário. (HÄBERLE, 2002, p.33)

E prossegue Häberle:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispendo sobre a or-

ganização da própria sociedade, e diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos (...) como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade, tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição! (Ibidem, p.34)

A Constituição constitui-se como verdadeiro *locus* de justificação, no sentido de funcionar como verdadeiro “plano normativo de razões”: uma teoria da Constituição materialmente fundada não pode se eximir de problematizar justamente a questão dos seus legítimos intérpretes, portanto. Pois na medida em que dispõe amplamente sobre toda uma série de aspectos de alta relevância social, com repercussão direta sobre a esfera privada e pública de dada sociedade, não se pode questionar o protagonismo da Constituição enquanto fundamento de toda uma série de argumentos constitutivos que irrompem com pretensão de validade diante de uma realidade fática sempre aberta a novas e imperiosas questões e problemas. Häberle (Idem, Ibidem) define de forma breve – e esclarecedora – : “Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma força diretiva eminente”

8 Constituição e Democracia: legitimação a partir da Teoria da Democracia

Estabelecidos os argumentos de Häberle no que se refere à necessidade de uma legitimação a partir da teoria da Constituição, é possível prosseguir e expor – ainda que de forma breve – os argumentos oferecidos pelo jurista quando de uma justificação da sua tese a partir da Teoria da Democracia. O constante emprego por Häberle da expressão “*Öffentlichkeit*” denota com clareza seu comprometimento em enfatizar

o essencial papel e a responsabilidade da sociedade civil organizada no interior de uma democracia pluralista de massa: a Constituição, sob esta ótica, deve ser vivida diariamente. O modelo Liberal e democrático clássico pautou-se por uma peremptória distinção entre sociedade civil e Estado: de um lado, os particulares, primordialmente dedicados aos problemas erigidos e resolvidos no âmbito estrito da vida privada; do outro, uma estrutura burocrática formal e impessoal, responsável quase que exclusiva pelo trato dos assuntos públicos. A dimensão da política em sentido amplo e da cidadania acabava, assim, por esvanecer. Como mediação entre os dois âmbitos, unicamente a previsão de eleições periódicas.

É certo que este modelo é incompatível com as características do moderno Estado Constitucional de Direito, em cujo cerne encontra-se a plena normatividade dos direitos fundamentais: que a previsão de eleições democráticas pautadas pelo critério quantitativo não se configure como um mecanismo suficiente na proteção das minorias, para citar apenas um exemplo, já a história tragicamente nos ensinou.

Ouçá-se, novamente, Häberle:

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto da delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Di-

reitos Fundamentais (*Grundenrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente. (HÄBERLE, 2002, p.36-37)

E prossegue:

(...) “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: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão (Idem, *Ibidem*)

Não há nenhum princípio significativo unívoco capaz de fundamentar e orientar o exercício da cidadania de “cima para baixo”; esta deve operar mediante organização espontânea e autônoma, no interior mesmo deste *locus* privilegiado de atuação que é a esfera pública:

A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os filtros sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo. (HÄBERLE, 2002, p.43-44)

Em verdade, a função proeminente da esfera pública é de ser verdadeiro âmbito de

mediação entre o estado e a sociedade civil: o pluralismo, a publicidade e o livre espaço de crítica constituem características essenciais do exercício democrático, em verdadeiro processo de *trial and error*:

O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*trial and error*”, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencialmente e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a ele. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto. (Idem, p.42-43)

Sob tal perspectiva, um dos objetivos primordiais do sistema normativo legalmente constituído é – dentro da realidade da democracia constitucional – garantir que este exercício se dê de forma efetiva, inclusive ao neutralizar potenciais forças que, por vias econômicas ou políticas, procurem deter para si o monopólio do discurso:

Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público (...) Isto não quer significar a “destronização” ou deposição do Povo. Tal ideia corresponde, todavia, à concepção de soberania popular de Rousseau,

que atribui ao povo poderes equivalentes aos poderes divinos. Povo enquanto uma dimensão determinada atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão”, não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular. (Idem, p.37)

Ainda neste sentido:

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 o 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 ideia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática (...) alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais (...) Teoria da Democracia e Teoria de Interpretação tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato. (HÄBERLE, 2002, p.38-39)

9 Considerações finais

Há uma premissa iniludível subjacente à argumentação de Häberle: o *Faktum* da Democracia. Quando este propõe uma democratização do processo interpretativo que se distancia quantitativamente do corriqueiramente proposto pela hermenêutica tradicional, o jurista

alemão pretende ser tão somente coerente: pois se a Democracia é premissa de sua ampla arquitetônica conceitual, devem-se respeitar as conclusões que necessariamente se seguem, assim ele conclui. Em uma sociedade hipercomplexa, caracterizada pelo pluralismo e divisão social, é necessário que se aprofunde a dimensão democrática do Estado Constitucional de Direito, o que implica a extensão da legitimação do processo de interpretação constitucional a todos os cidadãos em potencial. Pois, sob a ótica de Häberle, já não se pode negar – dada a ampla repercussão social das decisões proferidas pelas cortes constitucionais – a efetividade da Constituição enquanto realidade pública, submetida aos influxos, críticas e colaborações da sociedade civil organizada.

Os intérpretes da Constituição, sejam aqueles tradicionalmente concebidos como formalmente competentes, ou aqueles que vivem diariamente tão somente a Constituição materialmente viva, compartilham de um horizonte significativo em comum: de fato, mesmo um juiz que interpreta a carta constitucional em suas funções institucionais já é sempre parte ele mesmo e está inserido na dimensão inescapável do mundo da vida⁶. Por óbvio, como muitas vezes reitera Häberle, tal conclusão fática não autoriza e nem legitima o decisionismo puro e simples: pois justamente este horizonte significativo que condiciona previamente toda e qualquer compreensão é, ao mesmo tempo, limitador do espaço lógico das razões possíveis.

Expostos, portanto, alguns dos principais argumentos häberleanos quando de sua pretensão em justificar uma ampliação dos círculos dos intérpretes a partir da teoria da Constituição e da Democracia. A despeito de eventuais possíveis críticas, nos parece – *prima facie* – que sua argumentação é plenamente consistente, se aceitos os pressupostos agora explícitos de sua argumentação.

Referências

- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- _____. **El Estado contituicional**. Cidade do México: UNAM, 2003.
- _____. **El federalismo y el regionalismo como forma estructural del estado constitucional**. Cidade do México: UNAM, 2006.
- _____. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. **Nove ensaios e uma aula de jubileu**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. São Paulo: Landy, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Phillip W. **Essential concepts in Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2014.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESPANHA, António Manuel. **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo**. Coimbra: Almedina, 2011.
- HUSSERL, Edmund. **The Crisis of European society and Transcendental Phenomenology**. Evanston: Northwestern University Press, 1970.
- KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

1 Para uma exposição do significado, histórico do desenvolvimento e características gerais do conceito de “Esfera Pública”, ver: GIDDENS; SUTTON, 2014, p. 298-304.

2 Crença, aliás, compartilhada - em menor ou maior grau, e com particularidades doutrinárias relevantes - por toda uma série de correntes contemporâneas da Filosofia: hermenêutica filosofia, análise da linguagem comum, pragmatismo e historicismo discursivo à francesa, por exemplo.

3 Neste sentido, ver: HÄBERLE, 2002, pp.21-23. Opta-se por expor abaixo o catálogo de intérpretes proposto por Häberle em sua totalidade, devido à sua amplitude: “A tentativa de se fazer uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação sugere o seguinte catálogo provisório:

1. As funções estatais: a-) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido;

b-) nos órgãos estatais com poder de decisão, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público;

2. Os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são, necessariamente, órgãos do estado, isto é:

a-) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional, autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico”;

b-) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que tem direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei orgânica da Corte Constitucional, ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional;

- c-) pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação;
 - d-) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento, peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a “longa manus” da eleição de juízes;
 - e-) os grupos de pressão organizados;
 - f-) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de carácter participativo;”
3. A opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora de seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais;
4. Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos números 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis”
- 4 Tradução do espanhol de nossa autoria.
- 5 Ver nota anterior.
- 6 A expressão “mundo da vida” (Lebenswelt) é, aqui, compreendida em seu sentido husserliano. Neste sentido, ver: HUSSERL, 1970.