

Jurisdição Constitucional e pluralismo no pensamento de Peter Häberle

Antônio Henrique Lindemberg Baltazar¹

I - Contextualização:

O ensaio de Häberle encontra-se inserido no contexto do movimento pós-modernista que abalou a racionalidade artística, filosófica e científica do ser humano. Depois das experiências atroz das duas guerras mundiais, de Auschwitz e Hiroshima, o homem contemporâneo cansou-se da modernidade². O pós-moderno é a ruptura do sonho da modernidade em estabelecer padrões unos, racionais e imutáveis, é dizer, rompe-se com a ética da identidade. Sua ideologia é o pluralismo - não só politicamente - mas também socialmente, economicamente, culturalmente, lingüisticamente, etnicamente³, em síntese, pretende-se iluminar na sociedade a ética do reconhecimento, onde se permite que o outro possa vivenciar sua história a partir de suas concepções de vida.

Nesse contexto a chamada pós-modernidade aparece como movimento de oposição à modernidade racionalizadora, unitária, formadora de seres ideologicamente, se não fanaticamente - por que não dizer - iguais. No momento em que se verificam as atrocidades cometidas com base na ideologia modernista começa-se a perder o mito no valor do progresso, e, a partir desta constatação, inicia-se uma onda de comportamentos e de atitudes irracionais e desencantadas em relação à política e pelo crescimento do ceticismo face aos valores fundamentais da modernidade. “Estaríamos dando Adeus à modernidade, à Razão (Feyerabend). Como pode o homem ser feliz no interior da lógica do sistema, onde só tem valor o que funciona segundo previsões, onde seus desejos, suas paixões, necessidades e aspirações passam a ser

1 Mestrando em Direito Constitucional – IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público –DF). Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

2 ROUANET, S.P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1987, pp. 229-77.

3 ASNAR, Hugo. Pluralismo y participación ciudadana: la reparación de la sociedade civil in *Pluralismo: perspectivas políticas y desarrollos normativos*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004, p. 158

racionalmente administrados e manipulados pela lógica da eficácia econômica que o reduz ao papel de simples consumidor”.⁴

O projeto liberal-racionalista do modernismo, voltado para a busca do idêntico, como consequência da utopia comum da verdade universal (ética da identidade), demonstrou-se incompatível, historicamente, com a realidade social, pois somos o que somos muito mais pelo que temos de diferente do que pelo que temos de comum, porque quase nada temos de comum⁵. Fundamentado na idéia de que a verdade, dita como universal, é apenas uma faceta da verdade de cada indivíduo, e que a pretensão da universalidade muito se aproxima do fanatismo, causador dos maiores derramamentos de sangue de nossa história, é que se aponta o pluralismo como novo paradigma do estado pós-moderno.

Assim, neste contexto de desconfiança com os dados absolutos e da necessidade de possibilitar a cada um mostrar o seu pedaço de “verdade” é que surge o pensamento de Häberle pela abertura do processo de interpretação constitucional às forças pluralistas ativas da sociedade, permitindo que através da ampliação do diálogo fortaleça-se a legitimidade das decisões constitucionais.

II - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Para Häberle, a tradicional teoria da interpretação constitucional esteve vinculada a um modelo hermenêutico fechado, da qual os participantes, se não únicos, os principais, seriam os Juizes e os órgãos tradicionalmente aptos a intervir no processo judicial, v.g, o Ministério Público e as partes. Todavia, afirma Häberle, a teoria constitucional precisa realizar a leitura constitucional sempre na tensão dialética entre a *Constituição (dever-ser) e a realidade mundana (ser)*, problema do qual já se preocuparam Lassalle e Hesse em textos clássicos⁶. Nesse contexto, o que faz Häberle de tão diferente de Hesse e Lassalle? Para possibilitar este balançar dialético realizado entre o ser e o dever-ser propõe o consagrado constitucionalista alemão a abertura do

4 VATTINO, V. *O fim da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

5 CARDOSO, Cláudio Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora Unesp, 2003.p 17.

6 LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Júris, 2.ed,1988. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

processo constitucional a todos aqueles que fazem a própria realidade social, isto é, todas as forças da sociedade política, pretendendo, assim, uma “interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”⁷. Tal abertura se daria com a incorporação no debate constitucional de todos os participantes materiais do processo social – sem fixação de número, i.e, *numerus clausus* -, sendo a abertura tanto mais ampla quanto mais pluralista for a sociedade.

A interpretação constitucional, neste plano, torna-se instrumento de democratização constitucional, pois possibilita o acesso de todos os interessados como força ativa do processo de decisão judicial. Nessa perspectiva sugere Häberle um catálogo provisório e exemplificativo dos participantes do processo de interpretação constitucional, ressaltando:

1. As funções estatais;
2. O recorrente e o recorrido, no recurso constitucional, como agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um diálogo jurídico;
3. Outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte;
4. Os órgãos e entidades estatais, assim como os funcionários públicos, agentes políticos ou não, nas suas esferas de decisão;
5. Os pareceristas ou experts;
6. Os peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais;
7. Os partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juízes das Cortes Constitucionais;
8. Os grupos de pressão organizados;
9. Os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;
10. A mídia, em geral, imprensa, rádio e televisão;
11. A opinião pública democrática e pluralista, e o processo político;
12. Os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;
13. As escolas da comunidade e as associações de pais;
14. As igrejas e as organizações religiosas;
15. Os jornalistas, professores, cientistas e artistas;
16. A doutrina constitucional, por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação.

É interessante notar que a fundamentação democrática e republicana desta teoria reside na perspectiva de que democracia não significa tirania da maioria, que a mesma se refere a respeito ao exercício dos direitos fundamentais do homem, e que o povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia das eleições. Portanto, torna-se necessário, como direito de

⁷ Häberle, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13

cidadania, abrir a interpretação constitucional ao maior número de participantes, como mecanismo de participação popular direta na gestão das questões públicas. Aqui ocorre a relativização do conceito de povo como meros legitimadores numéricos do exercício do poder estatal e troca-se este conceito pelo de cidadãos, participantes efetivos da construção da realidade constitucional, os quais, em uma sociedade pluralista e focada na proteção dos direitos fundamentais tem o direito-dever de participar da interpretação constitucional.

III - Críticas à sociedade aberta dos interpretes da Constituição.

Certo é que inúmeros são os críticos desta nova metodologia hermenêutica argumentando a dissipação da normatividade e estabilidade constitucional⁸ em decorrência das múltiplas interpretações. Todavia, note-se que expressamente é ressaltado por Häberle que “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral a ultima palavra sob a interpretação”⁹

Na verdade, o próprio Häberle constrói algumas possíveis objeções a seu modelo e , ao tentar refutá-las, fortifica ainda mais suas idéias. Este técnica de conhecimento e refutação das posições opostas, conforme nos diz Stuart Mill¹⁰, já era adotada por Cícero como meio de sucesso retórico. Cícero deixou registrado que sempre estudava as posições de seu adversário com grande, senão com maior intensidade do que até mesmo seu próprio caso, pois aquele que conhece apenas o seu próprio lado, conhece pouco dele.

Como nos ensina Kaufmann¹¹, o pluralismo não é obstáculo para o esclarecimento da verdade, senão pelo contrário uma condição da possibilidade de verdade. Nesse mesmo sentido afirma Häberle que “limitar a hermenêutica constitucional aos interpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou uma autoengodo”¹². Assim, nesta perspectiva, a abertura do processo de interpretação constitucional à

8 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 14.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 515-17 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994

9 Häberle, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 14

10 MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala, 2006. p. 60

11 Kaufmann, Arthur. *Hermenêutica filosófica y jurídica in El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 97

12 Ob. Cit, p. 34

sociedade possibilita uma melhor análise das divergentes perspectivas sociais possibilitando ao juiz formar sua posição com maior convicção, trazendo, como consequência, maior legitimação de sua decisão.

Häberle afirma que uma possível objeção à sua teoria poderia ser a perda da unidade política em decorrência do grande número de interpretações, dissolvendo-se, então, a própria normatividade constitucional. Responde que, entretanto, os novos conhecimentos hermenêuticos superaram a ideologia positivista da subsunção, transcendendo da interpretação fechada para um processo aberto – pluralista – descortinando, então, a possibilidade de a interpretação retirar diversos sentidos de um mesmo texto. Neste contexto, a ampliação dos intervenientes na interpretação constitucional seria apenas a consequência de se possibilitar a inserção dos sentidos interpretativos extraídos por cada intérprete, isto é, suas perspectivas, no processo de interpretação constitucional. Portanto, continua Häberle, quanto mais ampla for a interpretação constitucional mais amplo deve ser o círculo dos que dela devem participar, pois se está a tratar de Constituição enquanto processo público.

O constitucionalista português Canotilho¹³ afirma que a teoria de Häberle apresenta um déficit normativo clamoroso, quer porque retira a normatividade da Constituição para lançá-la no existencialismo atualizador do pluralismo, quer porque a diminuição do conteúdo material de uma lei fundamental não é compensada por simples aberturas processuais. Dissolve a normatividade na política a pretexto da abertura e do pluralismo e chega quase à conclusão de que o processo de legiferação constitucional e a interpretação constitucional são uma e a mesma coisa. Paulo Bonavides¹⁴, assim como Canotilho, embora salientando que o método hermenêutico da sociedade aberta, seja uma fecunda contribuição em favor de uma sociedade mais democrática que estimula a participação social, aponta que tal método exige o amadurecimento político da sociedade conjugada com instituições firmes e uma base social estável, fatores difíceis de serem encontrados nas nações subdesenvolvidas. Ademais, mesmo nas sociedades desenvolvidas sua aplicação seria questionável, pois o risco de crise normativa e desestabilização das instituições torna-se patente quando se possibilita a adoção do pluralismo sem freios.

Em sentido diverso Inocêncio Martirez Coelho diz que ampliação do número de tradutores constitucionais ao mesmo tempo que promove a integração de diversas perspectivas

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 14.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 516

constitucionais opera como instrumento de preservação dos conflitos, ampliando a unidade da Constituição, pois na medida em que racionaliza-se o dissenso hermenêutico legitima-se através da intersubjetividade a tomada de decisão¹⁵, todavia, salienta que a necessidade de racionalização do processo de auscultação daquilo que tem a dizer estes novos interpretes constitucionais, sob pena de instaurar-se uma babel hermenêutica comprometendo a unidade e a força normativo-agregadora da Constituição.

Em relação à objeção de perda da unidade constitucional rebate Häberle que tal não ocorreria, pois a unidade da constituição surgiria da conjugação do processo e das funções de diferentes interpretes¹⁶. Ademais, como já dito, “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral a ultima palavra sob a interpretação”¹⁷.

Parece-nos que o elemento integrativo e de racionalidade da teoria de Häberle seria realizado pela Corte Constitucional, pois exorta que a inserção do pluralismo no processo de interpretação constitucional desenvolve força normatizadora, orientando a Corte Constitucional a interpretar a Constituição em correspondência com a atualização política¹⁸. Não há com isso irracionalidade no processo interpretativo, pois embora a forma de participação da opinião publica seja desorganizada e indisciplinada, os princípios e métodos de interpretação constitucional seriam filtros sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinariam e canalizariam as múltiplas formas de influencia dos diferentes participantes do processo¹⁹. Com a mesma fundamentação prossegue afirmando que nos atos legislativos em que ocorre uma profunda divisão da opinião publica, como é o caso do aborto, deve o Tribunal realizar uma análise mais cautelosa do ato legislativo para que não se perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição²⁰.

É por isso que - cabendo à Corte Constitucional a missão de a preservação da unidade constitucional – deverá este órgão atentar-se ao pluralismo social, abrindo suas portas para que a realidade social ingresse dentro de seus vetustos gabinetes, oxigenando suas decisões, fazendo da Constituição uma força viva.

15 COELHO, I. M. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211, p. 125-134, jan./mar. 1998.

16 Häberle, Peter. *Ob. Cit.* pp 32-33

17 *idem*, p. 14

18 *idem*, p. 41

19 *Idem*, pp. 43-44.

20 Häberle, Peter. *Ob. Cit.* p. 46

Neste contexto é que deve ser entendida a exortação de se dotar os juizes constitucionais de instrumentos de informação ampliados e aperfeiçoados²¹. Note-se que as Leis que regulamentaram o controle de constitucionalidade concentrado brasileiro – Lei 9.868/99 e 9.882/99 – deram um significativo passo na concretização da teoria aqui comentada, como se pode ver na admissão do *amicus curiae* (Lei 9.868, art. 6º, § 2º), na possibilidade de o relator solicitar informações adicionais de peritos, de fixar audiência pública, de ouvir pessoas com experiência na matéria debatida (Lei 9.868, art. 9º, § 1º), na ampliação dos legitimados a ingressar com o controle concentrado (CF, art. 103, I a IX)- antes restrito apenas ao Procurador Geral da Republica - e na possibilidade de se solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição, são apenas algumas das maneiras de se obter uma debate mais amplo na jurisdição constitucional, permitindo, assim, um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade²²

Enfim, se, conforme se compreende hoje, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e se a norma jurídica não é o pressuposto e sim o resultado de uma interpretação perspectivadora, mostra-se claramente necessário introduzir no debate constitucional o maior numero de sujeitos perspectivadores para com isto ampliar o horizonte de conhecimento de todos, democratizando e legitimando as decisões constitucionais presentes na vivência comunitária.

21 Idem, p. 47

22 Cf, COELHO, I. M. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211, p. 125-134, jan./mar. 1998a.

BIBLIOGRAFIA.

ASNAR, Hugo. Pluralismo y participación ciudadana: la reparación de la sociedade civil in *Pluralismo: perspectivas políticas y desarrollos normativos*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 14.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARDOSO, Cláudio Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

COELHO, I. M. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211.

KAUFMANN, Arthur. Hermenêutica filosófica y jurídica in *El Pensamiento Jurídico Contemporâneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes constitucionais: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 2.ed,1988.

MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. Tradução de Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala, 2006.

ROUANET, S.P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

VATTINO, V. *O fim da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.