

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-192-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, salientados que foram um grande número de autores importantes nessa área. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que tal como na Filosofia do Direito e na Sociologia Jurídica, nunca estudamos e pesquisamos tanto também no campo da Hermenêutica Jurídica. Assim sendo, nesta apresentação, gostaríamos de realizar alguns comentários sobre o conteúdo deste livro, a fim de antecipar aos possíveis leitores o que eles poderão aqui encontrar, sempre considerando as apresentações feitas e os debates transcorridos por ocasião das apresentações feitas no transcorrer do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa que nos cabe, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes foram neste grupo retratados, assim como vários temas atuais, dentre os quais, saliente-se os seguintes textos:

No texto a contribuição da hermenêutica ricoeuriana e sua dialética do amor para o pensamento jurídico contemporâneo, o pesquisador além de desenvolver os aspectos dessa importante dialética, traz ao público um importante debate entre Ricoeur e Heidegger, importante para o descoratório do tema. De outra parte, revisitar a hermenêutica constitucional de Häberle se constitui hoje mais do que uma mera visita, uma obrigação para quem pretende discutir e levantar em conta a diversidade cultural, o que faz desse texto algo muito interessante. Lembre-se das teorias de Häberle sobre "a sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Na sequência, observa-se uma retomada da sempre importante discussão no direito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando a tese da importância das contribuições da Hermenêutica Filosófica para com esse debate, sobretudo quando se trata de discussões sobre os interesses da administração pública. Logo a seguir, se apresentam discussões, a nosso juízo, muito importantes nos tempos atuais de centralidade do Poder Judiciário no combate à corrupção, trazendo o tema da isenção política nas decisões jurisdicionais.

A seguir, o leitor encontrará um tema que chamou bastante a atenção destes coordenadores e que diz respeito a taxatividade penal e o atual conceito de família, uma vez que ainda padecemos de muitas inadequações dos vários ramos específicos do Direito, como é o caso do Direito Penal e do Direito de família, em face dos princípios constitucionais e das transformações do mundo. Um outro tema versado, é o da juridicidade das normas constitucionais e a desconstruções classificatórias procurando mostrar que ao contrário do que se pensa as normas programáticas possuem tanta ou igual importância quanto as demais. O atual protagonismo da interpretação constitucional como leme para aplicação vem reforçar as discussões sobre a importância da constituição e sua aplicação e efetivação. A interpretação constitucional prossegue como tema no texto panorama hermenêutico do ordenamento jurídico pátrio e os problemas gerados com o neoconstitucionalismo, em uma discussão que considera as obras de Dworkin, Alexy, Häberle e outros. Importante texto vem a seguir sobre o STF e as bases materiais para a hermenêutica transconstitucional, no qual seus autores ressaltam a importância do estudo comparado e o respeito ao que as Cortes Internacionais já disseram sobre polêmicas relacionadas aos Direitos Humanos. O precedente judicial como princípio e a liberdade de expressão na decisão da ADPF 130, sobre as questões da liberdade de imprensa e o tema do precedente judicial.

Enfim, os princípios constitucionais e a hermenêutica frente aos princípios gerais do direito, reflexões sobre o status de ciência para o saber jurídico e uma rediscussão da ideia de paradigma, o tema do repensar da jurisprudência e uma retomada do tema da integridade do Direito e o problema do ativismo judicial a partir de Dworkin, encerram os textos de hermenêutica jurídica apresentados neste grupo e que compõem esta publicação.

2 - Enfim, como comentários finais gostaríamos de assinalar a riqueza das contribuições trazidas ao Grupo de Hermenêutica Jurídica, cumprimentar a todos os seus autores e dizer da nossa satisfação em poder ter presidido este grupo, desejando a todos que prossigam com suas pesquisas e realizações acadêmicas.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

José Alcebíades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE REVISITADA

LA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE REVISITADA

Manoel Coracy Saboia Dias ¹
Ana Carolina Couto Lima de Carvalho ²

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a ideia de hermenêutica constitucional em “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle. Parte-se da hipótese de que a interpretação constitucional não consiste em algo da alçada exclusiva do Estado, mas de toda a sociedade, uma vez que o processo político não ocorre de forma apartada da Constituição. Privilegia-se a construção teórica de Peter Häberle por meio de três pontos: o alargamento do Círculo de intérpretes da Constituição; o conceito de interpretação como processo aberto e público; e a Constituição como realidade constituída de forma pública e enquanto fenômeno cultural.

Palavras-chave: : hermenêutica constitucional, Círculo de intérpretes, Sociedade aberta, Ciência da cultura, Peter häberle

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tiene por título La idea de la hermenéutica constitucional en “La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” de Häberle. La hipótesis principal es que la interpretación constitucional no consiste en algo de la competencia exclusiva del Estado, pero de toda la sociedad, ya que el proceso político no tiene lugar aparte de la Constitución. El marco teórico es la doctrina de Häberle, a saber: la extensión del círculo de los intérpretes de la Constitución, el concepto de la interpretación como proceso abierto y público y la Constitución como la realidad pública y como un fenómeno cultural.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hermenéutica constitucional, Círculo de los intérpretes, Sociedad abierta, Ciencia de la cultura, Peter haberle

¹ Professor da Universidade Federal do Acre; Aluno do Mestrado em Direito da Universidade de Brasília

² Professora da Universidade Federal do Acre; Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali-SC); Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR-PR); Advogada.

INTRODUÇÃO

O *objeto* desse trabalho é o estudo da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A escolha do tema *justifica-se* em razão de Peter Häberle na obra intitulada “Hermenêutica constitucional: Sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição” enfrentar o problema da participação democrática no processo de interpretação/concretização constitucional, em nítida e imprescindível superação dos métodos tradicionais, através da busca por novos meios e formas de participação, comunicação e interação entre todos os potenciais participantes desse contínuo processo.

Assim posto, o *problema* da pesquisa em testilha é evidenciar o fato de que a interpretação constitucional necessita ser colocada e examinada da forma mais ampla possível e a partir de um modelo de sociedade aberta, pluralista e procedimental, pois, somente assim, poder-se-ia pensar novos mecanismos de participação no processo político-constitucional, eminentemente público, de modo a contemplar a complexidade das sociedades democráticas contemporâneas.

A *hipótese* que norteia esse trabalho é no sentido de que a interpretação constitucional não consiste em algo da alçada exclusiva do Estado, por conseguinte, abre-se espaço potencial para toda a comunidade política, uma vez que o processo político não ocorre de forma apartada da Constituição.

Em função da problemática e da hipótese, o *objetivo* geral da presente pesquisa consiste em analisar as contribuições de Peter Häberle em “Hermenêutica constitucional: Sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, para assimilação hermenêutico-procedimental dos fatores reais de poder. Os objetivos específicos do trabalho em tela são: apresentar um conceito amplo de hermenêutica, elucidar o conceito de hermenêutica constitucional e analisar a ideia de hermenêutica constitucional em Peter Häberle.

O *marco de referência* privilegia a construção teórica de Häberle segundo a qual parece desdobrar-se por meio de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do Círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como processo aberto e público; e o terceiro, a referência desse conceito à Constituição mesma como realidade constituída de forma pública e enquanto fenômeno cultural.

Quanto às *opções metodológicas e recortes epistemológicos*, trata-se de um trabalho eminentemente de bibliográfico, com fulcro em estudos explanatórios, que serão utilizados para investigar sobre alguns temas com base em novas perspectivas e ampliar os estudos já existentes.

Pelo método de abordagem indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica e legal relativa à hermenêutica constitucional serão pesquisadas e confrontadas as partes de um todo para que se possa ter uma visão generalizada. Durante as diversas fases da pesquisa serão utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional, do Fichamento e com base em documentação indireta será realizada Pesquisa Bibliográfica, bem como a pesquisa por meio eletrônico.

O presente trabalho de pesquisa está estruturado em três partes, a saber: o conceito de hermenêutica, a hermenêutica constitucional e a ideia de hermenêutica constitucional em Peter Häberle.

1 O CONCEITO DE HERMENÊUTICA

Segundo Paul Ricoeur em *Herméutique: cours professé à l'Institut Supérieur de Philosophie de l'Université Catholique de Louvain, 1971-1972* (Édition életronique établoe par Daniel Frey et Marc-Antoine Vallée) sob os auspícios do Fonds Ricoeur, 2013, o problema hermenêutico concerne a natureza do ato de compreender em relação a interpretação de textos.

A palavra hermenêutica não é modema. É conhecida desde a Grécia antiga; ela aparece em grego clássico, em Platão, relacionados a significações obscuras ou ocultas (Ion, Banquete).

No período alexandrino, ela designará diversas coisas: tradução de textos estrangeiros ou explicação de textos do passado. A ideia-chave é: tornar a linguagem compreensível seja estrangeira, obscura ou difícil, por meio de reformulações e de transposições – o ato de traduzir é então uma parte desta atividade de transposição.

A distância cultural pode fazer o mesmo papel que a diferença de línguas: a interpretação está na mesma situação que a tradução de uma língua estrangeira. Em todos os casos é necessário ultrapassar uma distância cultural.

A palavra grega de hermenêutica tomou-se em transcrições latinas, ‘*ars interpretandi*’, como nota a história da exegese cristã latina.

É no Século XVIII que reaparece em alemão o termo ‘*Hermeneutik*’; esse ressurgimento em uma certa situação cultural é determinada por três problemas:

- 1) a junção entre a exegese bíblica e a filologia de textos clássicos seculares;
- 2) o desenvolvimento das ciências históricas: surge a questão: Que é a história? Qual o seu lugar nas ciências humanas conhecidas? o conhecimento por faixa inclui então as disciplinas textuais;
- 3) o debate no fim do Século XIX sobre o conceito de *Verstehen* (compreensão): qual o estatuto do termo *compreensão* em relação a *explicar* nas ciências da

natureza? É, por conseguinte, o desenvolvimento das ciências naturais que provoca por contraste a reflexão sobre a especificidade do grupo das ciências humanas; o fio condutor é então a compreensão do outro em seus sinais expressivos e culturais. É essa acumulação de três problemas que está na origem do renascimento do problema hermenêutico (RICOEUR, 2013, p. 8).

Na definição do trabalho proposto, por uma convenção da linguagem, admite-se que a questão da compreensão se limita à área de textos. Por isso, é desenhado um círculo de interpretação dentro do círculo circunscrito da compreensão. Adotando-se assim a sugestão de Dilthey no seu estudo “Origem e desenvolvimento da hermenêutica” (1900).

Segundo Dilthey (1990) a compreensão tem por objeto todos os signos nos quais a vida se expressa, incluindo as artes e a conversação; entre estes signos estão aqueles específicos dos textos; onde está o problema específico: qual a forma particular leva a “compreensão” quando é aplicado ao que é fixado pela escrita, incluindo todos os documentos ou monumentos comparados à escrita?

A definição acima descrita deve ser lembrada em dois pontos. No primeiro ponto é porque há textos que existe um problema específico de interpretação, não regulado pela compreensão comum; quais são esses problemas? No segundo ponto, qual a relação entre “explicar” e “interpretar” que na tradição alemã estão em contraste? Erklären - Verstehen, do qual Auslegen (“Interpretar”) é um caso. É um problema considerável que cruza a metodologia das ciências humanas.

Segundo Coelho (2015, p. 21):

No âmbito da hermenêutica filosófica, como *arte geral do compreender*, na qual se fundamenta e de onde provém a *particular* hermenêutica jurídica — na condição de *ancilla philosophiae* —, nesse domínio vale lembrar, no dizer de Hans-Georg Gadamer, é a interpretação que, frequentemente, leva à criação do texto; que toda leitura, contém, basicamente, também interpretação; que até a tradução meramente literal é sempre um gênero de interpretação; que mesmo nas artes reprodutivas — na música, por exemplo — é nítida a singularidade de cada executor; que aquilo a que chamamos leitura é um *ler compreensivo*.

Desta forma, deve-se entender que a compreensão não é jamais um comportamento apenas reprodutivo, mas se trata de um comportamento também produtivo, pois, quando se logra compreender, compreende-se sempre de um modo diferente.

2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional é uma disciplina específica, dotada de princípios e métodos que lhes são peculiares. Tais instrumentos são usados pelo intérprete para encontrar a melhor forma de transformar o texto constitucional em norma aplicável.

Na concepção de Barroso (2009, p. 107):

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.

Consoante destaca Rosa (2012, p. 20) a interpretação é sempre necessária e sua função é dar vida à norma e torná-la aplicável. Então, é de rigor uma digressão sobre a figura daquele que participa do processo de interpretação, objeto de preocupação de Häberle (2002) – o intérprete –, cuja tarefa está assim identificada por Ferraz Júnior (2003, p. 256), analisada a seguir:

O propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhes a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento.

A interpretação decorre de conceitos preexistentes, por isso não se pode olvidar que a interpretação não haverá total isenção por parte do intérprete, como ressalta e explica Coelho (2007, p. 42) “há de considerar que nenhuma interpretação ocorre no vazio”. Ao contrário, interpretar é uma atividade *contextualizada*, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos linguísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica.

Paulo Bonavides (2009, p. 509), ao discorrer sobre a teoria de Häberle, pondera:

A construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do Círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma como realidade constituída e ‘publicização’.

Na concepção de Rosa (2012, p.21) a defesa de uma hermenêutica específica é amparada pelo pensamento de Coelho (2007, p. 8), ao afirmar que “lei e Constituição apresentam diferenças significativas, de que decorrem distinções, também expressivas, em sua

interpretação e aplicação”. Essa distinção é também defendida por Barroso (2009, p. 108), na ênfase de que na interpretação constitucional são usados “alguns princípios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes”.

A nomenclatura “hermenêutica constitucional” é criticada por Streck (2007), que não aceita como disciplina autônoma, sob o argumento de que, se assim fosse, dever-se-ia admitir também uma hermenêutica do direito penal e dos outros ramos do direito. Para ele existem peculiaridades na interpretação da Constituição, mas não se pode discipliná-la de forma diferenciada (Cf. ROSA, 2012, p. 22).

Não obstante a autoridade desse ensinamento, Rosa (2012, p. 23) afirma que “há de considerar-se que a complexidade da interpretação constitucional e sua submissão a métodos específicos exigem uma disciplina diferenciada, razão pela qual é inegável a existência de uma hermenêutica constitucional”.

Apresentada, assim, segundo Rosa (2012, p. 23), “a importância da hermenêutica constitucional, que se quer dotada de meios adequados para atingir os objetivos de uma sociedade plural e democrática”. É importante trazer à baila o debate que almeja a interpretação mais consentânea com os anseios sociais, estabelecendo uma Constituição viva e atual, compatível com a democracia.

3 A IDEIA DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM PETER HÄBERLE

A partir da publicação da obra intitulada “Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, de Peter Häberle, em 1975, houve uma mudança de enfoque da legitimidade do intérprete constitucional.

Nessa obra, Häberle (2002, p. 11) afirma que a teoria da interpretação constitucional “tem colocado até aqui duas questões essenciais: indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional; a indagação sobre os métodos (processo de interpretação constitucional)” referindo-se às regras de interpretação.

No entanto, prossegue Häberle (2002, p. 11):

Não se conferiu até aqui maior significação à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito mais amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isso já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse

tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática.

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Nesse sentido, Häberle (2002, p. 12-13) “permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo de interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”.

Por conseguinte, no processo de interpretação constitucional Häberle (2002, p. 13) propõe a seguinte tese: “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”. Haja vista que a interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, “coisa de uma certa sociedade fechada”.

Na concepção de Häberle (2002, p. 13):

Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünfmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... *weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituieret und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Mas, qual é o conceito de interpretação para Peter Häberle? O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que foi brilhantemente formulado por Häberle (2002, p. 13), a seguir transcrito.

Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch (mit)*). Toda utilização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente.

Por conseguinte, segundo Häberle (2002, p. 14) para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento de interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito

mais amplo de hermenêutica, “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação (Interpretatorische Produktivkräfte); eles são intérpretes constitucionais em sentido ‘lato’, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpreten)”.

Desta forma, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Neste sentido é o entendimento de Peter Häberle (2002, p. 14) ao ressaltar que :

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Na referida obra Häberle (2002) explica que “experts” e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. 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.

Segundo Häberle (2002, p. 19) “a investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito ‘republicano’ de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional”.

Por conseguinte, Häberle apresenta um catálogo sistemático (provisório) dos participantes da interpretação (2002, p. 20-22):

- (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 vinculante, 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 1º, que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é:
 - a) O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), 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” (“Rechtsgespräch”).
 - b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que, têm 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 juizes (...);
 - 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, sem 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 do seu âmbito de atuação organizada (...), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidades, os pedagogos, associações de pais;
- (4) Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nºs 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

Com pertinência escreve Bonavides (2009, p. 509) sobre esta relação tópica com o pensamento háberliano, que “um dos métodos da interpretação das Constituições que a tópica de perto influenciou nos dias atuais foi o método concretista da ‘Constituição aberta’, teorizado na Alemanha pelo professor Peter Häberle, autor de importantes e inovadoras obras de Direito Constitucional”. Para Bonavides (2002, p. 509), de certo modo, “Häberle levou a tópica às últimas consequências, mediante uma série de ‘fundamentações’ e ‘legitimações’ que se aplicam excelentemente ao campo dos estudos constitucionais”. Todas resultantes da democratização do processo interpretativo, que já se dão cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos.

Ao discorrer sobre a obra de Häberle, Fonseca (2006, p. 128) observa que “o raio da interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da constituição da sociedade aberta”. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potenciais e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

Conforme o entendimento de Peter Häberle (2002, p. 33) “tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados”. Häberle (2002) explica que quanto mais ampla for, por ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público.

Na concepção de Häberle (2002, p. 34) “a própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes

intérpretes”. Aqui Peter Häberle desenvolve importantes reflexões sob a perspectiva da Teoria Constitucional e da Teoria de Democracia.

Em relação ao assunto em epígrafe, Konrad Hesse (1998, p. 40) ressalta que:

[...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica, e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tomar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então, seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’.

Essa abertura e amplitude da Constituição naturalmente não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente. A Constituição deixa não só aberto, senão ela também determina com obrigatoriedade o que não deve ficar aberto.

Nesse sentido Pablo Lucas Verdú (1993, p. 57) afirma que “a norma constitucional é aberta na medida que permite uma reinterpretação constante de si mesma: tem considerável capacidade expansiva e receptiva”, como consequência de fatores internos e externos ao fazer depender o texto constitucional de dinâmicas políticas e jurídicas interiores e internacionais.

Segundo Rafael Caiado Amaral (2004, p. 120), “como o texto constitucional é composto de termos genéricos e vagos requer para sua realização que seja, então, interpretado”. Na concepção do referido autor a interpretação é um fenômeno histórico, situado e datado. Portanto, o sentido que se dá à Constituição varia de contexto histórico para contexto histórico, sendo assim, variante no tempo.

Prossegue Amaral (2004, p. 120):

A partir desse ensinamento, introduzido nas Ciências Jurídicas pela hermenêutica filosófica, Peter Häberle verificou que a Constituição não era o simples texto constitucional elegido pelo Poder Constituinte originário, mas o resultado sempre temporário de sua interpretação. Esse produto é, para o referido autor, o elemento que ordena a vida social. Desse modo, concluiu que não há norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.

Ainda, para Häberle, segundo Amaral (2004, p. 121), “a Constituição é um contínuo processo de interpretação e atualização do texto constitucional, promovida por todos aqueles que fazem o meio no qual está inserido”.

Por fim, na concepção de Amaral (2004, p. 122):

Esta teoria revolucionária da interpretação constitucional contrapõe-se aos paradigmas até então existentes. Trouxe para a problemática central, a questão relativa aos participantes do processo hermenêutico, ao contrário do que antes se

constatava, vez que as indagações centrais se convergiam sobre tarefas, objetivos e métodos de interpretação constitucional.

Conforme o entendimento de Peter Häberle (2000, p. 34-35) sobre as Constituições de letra viva, entendendo por letra viva aquelas cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, “são em seu fundo e em sua forma, expressão e instrumento mediador da cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais, e depósito de futuras ‘configurações’ culturais, experiências e vivência de saberes”.

O eminente doutrinador ressalta ainda que “a 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 função diretiva eminente” (HÄBERLE, 2000, p. 34).

Por fim, não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Häberle (2002, p. 38) explica que 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”. A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.

Segundo Martínez (2012, p. 3-4):

Para comprender este apartado es necesario tener en cuenta que, al igual que en todos los elementos de la teoría haberleana, la exégesis constitucional propuesta “significa, en parte, programa y, en parte, también realidad y actualidad”. Häberle advierte que la teoría de la interpretación constitucional se ha planteado tradicionalmente las cuestiones de las funciones, los objetivos y los métodos de la misma, dejando de lado el estudio de los participantes en el proceso de interpretación constitucional.

En este tema, la premisa básica proviene de la idea fundamental de Karl Popper de “la sociedad abierta” como rechazo de todos los sistemas totalitarios.

Partiendo de una postura realista antropológica y teniendo como fundamento la premisa de la “sociedad abierta”, en la que todo lo que atañe a la *res pública* debe ser igualmente público, nuestro autor sostiene que “los procesos de interpretación son dependientes, material y personalmente, de lo cultural y no primariamente de lo jurídico”. La teoría de la interpretación constitucional tradicionalmente se ha concentrado demasiado en la “sociedad cerrada” de intérpretes constitucionales, constituida nuclearmente por el juez constitucional, perdiendo de vista que la Constitución es no únicamente un texto sino un contexto cultural que permite darle sentido. Por lo que Häberle sugiere un nuevo planteamiento en el que no exista ningún “*numerus clausus*” y que considere dentro de la sociedad de intérpretes constitucionales a todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los grupos, todas las instituciones y todos los ciudadanos y se analice el ambiente cultural.

Desde esta perspectiva, todos estos intérpretes actúan al menos como “intérpretes previos, mediatos o a largo plazo”. “El espacio público pluralista despliega fuerza normativa y el tribunal constitucional debe interpretar más arde en correspondencia con ese espacio cultural”. La responsabilidad recae en la jurisdicción constitucional

“en tanto intérprete último”. Incluso la interpretación constitucional parte, y debe hacerlo, del criterio de los propios ciudadanos destinatarios de la norma, sus opiniones pueden ejercer influencia”. El sentido común participa en la exégesis abierta.

La jurisdicción constitucional no tiene la tarea de formar teorías, ella tiene la tarea pragmática y referida al caso particular de conciliar teorías. Sostener exclusivamente una teoría es incongruente con la sociedad pluralista y abierta que constituye el sustento y el contexto de esta perspectiva; lo cual no se contrapone con la conformación de un “núcleo teórico universal consensuado sobre el fondo del postulado de la apertura y la revisabilidad”.

Häberle hace ver que en la interpretación constitucional todos los participantes son “corresponsables”, aunque cada actor participa de manera diversa y “con intensidad variable” de acuerdo a la circunstancia específica. Las concepciones de los elementos constitucionales de todos los intérpretes constitucionales en sentido amplio, son aquello que da a la interpretación constitucional legitimidad básica, teórica y democrática. Lo anterior sin perder de vista que existen ciertos “actores particularmente calificados” como lo son los órganos del Estado y la comunidad científica respectiva. Con lo cual, sugiere Häberle, debe darse una especie de valoración paralela entre el sentido jurídico de los ciudadanos y el de los intérpretes particularmente calificados. El maestro alemán también observa que la interpretación constitucional puede ser ajena a la participación del juez constitucional, ya sea por falta de competencia o por ausencia de promoción de instancias ante el tribunal, o ajena incluso a la participación de todo órgano del Estado, y a pesar de ello la Constitución “vive”. Aquí se evidencia que la “comprensión” de las normas y “auto-comprensión” de los destinatarios de las propias normas es también esencialmente jurídica. Ésta es la visión de “la Constitución como proceso abierto” en la que todos los miembros del “inventario” de intérpretes hacen “filigrana” constitucional, no sólo el jurista constitucional. Concepción que tiene como fundamento “el pluralismo y la apertura de *input*” de todo proceso de interpretación constitucional. Perspectiva desde la que el Estado es entendido no más como “algo dado que está ahí, sino como un objeto de debe ser configurado a cargo de todos”.

Igualmente, Häberle sostiene que la teoría de la interpretación constitucional tradicional ha sobreestimado la importancia del texto constitucional y descuidado el contexto cultural, sobre todo si se toma en cuenta que el contenido de los textos constitucionales (como el de todos los textos) es el contexto cultural en última instancia. Es por ello que afirma que los textos clásicos ayudan en su labor al intérprete constitucional, intérprete en sentido amplio, desde el ciudadano hasta el juez constitucional.

Para comprender esto es necesario atender a las afirmaciones de Häberle en el sentido de que la controversia particular que hace necesaria la interpretación constitucional por parte del juez constitucional puede ser clausurada por la resolución del órgano jurisdiccional, pero nunca se ve clausurada la interpretación general del texto que permanece necesariamente abierta. En este ámbito, quienes tienen la siempre “penúltima palabra” son la opinión pública científica y general”. Nuestro autor nos hace ver que “las reglas no estructuran de manera rígida e inmutable una situación, sino que la estructura de la situación es producida por la común negociación e interpretación de aquellos que participan de la situación”.

Derivado destes argumentos, Peter Häberle considera que conservar o inventário da sociedade cerrada de intérpretes constitucionais é um empobrecimento teórico ou um autoengano. No qual não deve interpretar-se como uma manifestação contra a dogmática, mas sim a favor de uma dogmática aberta ou flexível, baseada na revisabilidade constante de seu conteúdo, por meio de um processo amplo de interpretação legitimada na comunidade plural de cidadãos.

CONCLUSÃO

O trabalho em testilha enfrentou o problema da participação democrática no processo de interpretação/concretização constitucional, em nítida e imprescindível superação dos métodos tradicionais, através da busca por novos meios e formas de participação, comunicação e interação entre todos os potenciais participantes desse contínuo processo. Com vistas a esse fim, percorreu-se, do ponto de vista do *marco de referência*, a bibliografia de relevância já tornada pública em relação ao tema de estudo da hermenêutica constitucional de Peter Häberle na obra intitulada “Hermenêutica constitucional: Sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”.

O trabalho evidenciou o fato de que a interpretação constitucional necessita ser colocada e examinada da forma mais ampla possível e a partir de um modelo de sociedade aberta, pluralista e procedimental, pois, somente assim, poder-se-ia pensar novos mecanismos de participação no processo político-constitucional, eminentemente público, de modo a contemplar a complexidade das sociedades democráticas contemporâneas.

A interpretação constitucional não consiste em algo da alçada exclusiva do Estado, por conseguinte, abre-se espaço potencial para toda a comunidade política, uma vez que o processo político não ocorre de forma apartada da Constituição.

Por conseguinte, o presente trabalho atingiu o objetivo geral que foi analisar as contribuições de Häberle em “Hermenêutica constitucional: Sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição” e outros escritos, para assimilação hermenêutico-procedimental dos fatores reais de poder.

A pesquisa apresentou um conceito de hermenêutica. Ressaltou que a compreensão não é jamais um comportamento apenas reprodutivo, mas se trata de um comportamento também produtivo, pois, quando se logra compreender, compreende-se sempre de um modo diferente. O trabalho elucidou o conceito de hermenêutica constitucional, bem como analisou a ideia de hermenêutica constitucional em Peter Häberle. Desta forma, o trabalho cumpriu os objetivos específicos propostos.

A nova interpretação constitucional segundo Peter Häberle não pode ficar adstrita a uma interpretação que priorize somente procedimentos formalizados pelos operadores oficiais das normas – juízes e legisladores –, mas que considere todos os potenciais atores sociais.

Para futuras investigações recomenda-se: ampliar a revisão da literatura em relação aos doutrinadores; realizar um estudo comparado da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle em relação à teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, teoria da democracia participativa de Jürgen Habermas e a teoria da Constituição aberta de Pablo Lucas Verdú. No entanto, o exame destas implicações, ultrapassa os limites deste trabalho.

REFERÊNCIAS

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter HÄBERLE: um retorno aos fatores reais do poder. *Direito Público*, v. 1, n.1 (jul./set.2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, v. 2, n. 7 (jan./fev./mar.), p. 21-33.

_____. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, v. 3, n. 12 (abr../mai./jun.), p. 48-73.

_____. Poder normativo das cortes constitucionais: o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2015, v. 5, n. 3, jul-dez, p. 16-27.

_____. A dimensão normativa da interpretação constitucional. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008, v. 5, n. 22 (jul./ago.), p. 105-118.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1.

_____. _____. 1994. v. 2.

_____. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *La sociedad abierta de los interpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*. Academia. Traducción Xabier Arzoz Santisteban (Universidad del País Vasco). Revista sobre ensenanza del Derecho. Año 6, Número 11, 2008, ISSN 1667-4154, p. 29-61.

_____. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, v. 4, n. 13 (jul./ago./set.), p. 99-120.

_____. Teoria da constituição sem direito natural. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015. v. 12, n. 66 (Nov./dez.), p. 54-77.

_____. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. El constitucionalismo universal desde las Constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013, v. 10, n. 54 (nov./dez.), p. 99-120, p. 9-13.

_____. *El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001.

_____. *Teoría de la Constitución como ciência de la cultura*. Traducción de Emilio Kikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *Pluralismo y constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Traducción de Emilio Likunda. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II (Coleção Tempo Universitário, 101; 102).

_____. *Dialética e Hermenêutica – para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa I - Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa II – Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. Madrid: Catedra, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen – Juris, 2001.

LOIS, Cecilia Caballero et al. (Coord.). *A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowolsk*. São Paulo: LTr, 2007.

MARTÍNEZ, Pedro Daniel González Rivas. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 27, julio-diciembre 2012, p. 165-192.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, v. 3, n. 12 (abr./mai./jun.), p. 5-20.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus “enemigos”*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid/Ediciones Beramar, 1993.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997.